Universidad de Huelva

Departamento Theodor Mommsen

El menor infractor : evolución jurídica y mitos del tratamiento jurídico-penal actual

Memoria para optar al grado de doctor
presentada por:

Santiago Javier Granado Pachón

Fecha de lectura: 22 de enero de 2016

Bajo la dirección del doctor:

Miguel Ángel Núñez Paz

Huelva, 2016

CC BY NC ND

UNIVERSIDAD DE HUELVA

FACULTAD DE DERECHO

Departamento Theodor Mommsen - Área de Derecho penal

EL MENOR INFRACTOR: EVOLUCIÓN JURÍDICA Y MITOS DEL TRATAMIENTO JURÍDICO-PENAL ACTUAL

TESIS DOCTORAL
PRESENTADA POR

D. Santiago Javier Granado Pachón

Director:
Prof. Doctor D. Miguel Ángel Núñez Paz

Huelva, 2016

ABREVIATURAS UTILIZADAS

CC: Código Civil.

CCAA: Comunidades Autónomas.

CDN: Convención de los Derechos del Niño.

CE: Constitución Española de 1978.

CGPJ: Consejo General del Poder Judicial.

CP: Código Penal.

LECRIM: Ley de Enjuiciamiento Criminal.

LMV: Ley de Vagos y Maleantes.

LO 1/15: Ley Orgánica 1/2015 de 30 de Marzo, que modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de Noviembre del Código Penal.

LO 4/1992: Ley Orgánica 4/1992 de 5 de Junio, Reguladora de Competencia y el Procedimiento Criminal de los Juzgados de Menores.

LO 5/2010: Ley Orgánica 5/2010 de 22 de Junio, por el que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de Noviembre del Código Penal.

LO 8/2006: Ley Orgánica 8/2006 de 4 de Diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/2000 de 12 Enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

LORPM: Ley Orgánica 5/2000 de 12 de Enero, reguladora de la responsabilidad Penal del Menor.

LPJM: Ley Orgánica de 1/1996, de 15 Enero, de protección jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

LTTM: Ley de Tribunales Tutelares de Menores.

OMCT: Organización Mundial Contra la Tortura.

RM: Real Decreto 1774/2004 de 30 Julio, por el que se aprueba el Reglamento de la

Ley Orgánica 5/2000 de 12 de Enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

RP: Real Decreto 190/1996 de 9 de Febrero por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario.

SAP: Sentencia Audiencia Provincial.

STC: Sentencia Tribunal Constitucional.

STS: Sentencia Tribunal Supremo.

TC: Tribunal Constitucional.

TEDH: Tribunal Europeo de derechos Humanos.

TS: Tribunal Supremo.

YCJA: Youth Criminal Canadá Act de 2003

Índice del usuario

EL MENOR INFRACTOR:EVOLUCIÓN JURÍDICA Y MITOS DEL TRATAMIENTO JURÍDICO-PENAL ACTUAL

CAPÍTULO PRIMERO.- Evolución del tratamiento jurídico-penal de los sistemas aplicables a la infancia. Primera parte.

1.-EL SISTEMA RETRIBUTIVO.....1

1.1.- Aspectos generales del sistema retributivo aplicados a niño y en menores en las comunidades primigenias.....1

1.2.-Consideraciones generales sobre la valoración de las acciones cometidas por niños en el pensamiento jurídico-penal del mundo antiguo.....7

1.3.-Manifestaciones del sistema retributivo de la responsabilidad del menor en el mundo antiguo: el derecho punitivo familiar y la responsabilidad colectiva.....18

1.3.1.-El derecho punitivo familiar y la responsabilidad colectiva.....18

1.3.2.- La responsabilidad sacramental de los menores.....28

1.4.-La justicia retributiva aplicada a los niños en los pueblos primitivos.....30

1.4.1.-Pueblos precolombinos: Aztecas y Mayas. 30

1.4.2.- El menor infractor en las leyes de indias. 33

1.4.3.-La condición jurídica del menor en la Iberia Prerromana. La influencia de la mujer en la organización familiar.....34

1.4.4.-El menor infractor en los pueblos Mesopotámicos: el código de Hammurabi, la ley de Moisés y el antiguo Egipto.....40

1.4.5.-El menor de edad en la Ley Criminal de la Antigua Grecia: Esparta y Atenas. 45

1.4.6.-La responsabilidad penal del menor, en el derecho Romano: La capacidad decisoria del paterfamilias y sus limitaciones protectoras: El censor. El consilium domesticum, como expresión de una jurisdicción familiar. Disposiciones referentes a la menor edad.....48

1.4.6.1.-La capacidad decisoria del paterfamilias y sus limitaciones protectoras: *el censor.....48*

1.4.6.2.-El consilium domesticum, como expresión de una jurisdicción familiar.....51

1.4.6.3.-Disposiciones relativas a la edad.....53

1.4.7.-Pueblos Germanos, Nórdicos, Longobardos, Sajones. Los Visigodos en España: Instituciones protectora de los menores.....55

1.4.7.1.- Pueblos Germanos, Nórdicos, Longobardos, Sajones.....55

1*.4.7.2- Disposiciones reguladoras de la edad penal en el pueblo Visigodo.....59*

1.4.8.- El menor en la edad Media Española: La edad penal en los fueros (S.VIII al XVI). Las partidas.....62

1.4.8.1-El menor de edad en la Edad Media Española: La edad penal en los Fueros. (S. VIII al XVI).....62

1.4.8.2.- Las Partidas. 68

1.4.9.- Consideraciones sobre el tratamiento jurídico de la edad penal

en los S. XVI al XVIII....71
1.5.-La codificación española: el sistema del discernimiento y el criterio biológico puro. 86
1.5.1.-El sistema del discernimiento y los códigos penales de 1822, 1848 y 1870. 86
1.5.2.-El Criterio Biológico-cronológico y los códigos penales de 1928 y 1932. 94
1.5.3.-Los Jóvenes reclusos ante la pena privativa de libertad en el S. XIX. 98
2-El SISTEMA TUTELAR.....107
2.1.-El influjo correccionalista.....107
2.2.- El espíritu del Sistema Tutelar. 112
2.3.-Precedentes remotos del sistema tutelar: el padre de Huérfanos de Valencia, las casas Hospicios y de Misericordia. Los Toribios de Sevilla: El internamiento en "casas de Corrección.....114
2.3.1.-El padre de Huérfanos de Valencia, las casas Hospicios y de misericordia.....114
2.3.2.-Los Toribios de Sevilla: El internamiento en "casas de corrección".....118
2.3.3- Escuelas de Reformas y Reformatorios.....122
2.4.-Los tribunales tutelares de menores.....128
2.4.1.-La ley de los Tribunales Tutelares de menores de 1918. Su significación. 128
2.4.2.- La ley de tribunales Tutelares de menores de 1948. La facultad reformadora y la facultad protectora. La llamada doctrina de la situación irregular.....133
2.4.2.1- La facultad reformadora.....135
2.4.2.2.-La facultad protectora. La doctrina de la situación irregular.....138
2.5-Manifestaciones extrapenales derivadas del derecho de corrección: el internamiento y los azotes. valoración jurídica actual. 143
2.5.1.- El internamiento. 143
2.5.2.- Los azotes. Valoración jurídica actual. 146

Capítulo Segundo. Evolución del tratamiento jurídico-penal de los sistemas aplicables a la infancia II. Segunda parte.

1- EL MODELO DE JUSTICIA.....160
1.1.-Los inicios del abandono tutelar.....160
1.2.- La adopción en España del sistema de justicia a través de la LO 4/92 sobre la reforma de la ley reguladora de la competencia y el procedimiento de los juzgados de menores.....164
1.3.-Referencia a la aplicación a los menores de los derechos fundamentales contenidos en el artículo I de nuestra Constitución. 168
1.4- El código Penal de 1973 y los proyectos de los códigos penales de 1980 y 1983.....180
1.4.1.- El Código Penal de 1973.....180
1.4.2.- Los proyectos de los códigos penales de 1980 y 1983.....181

2.-EL SISTEMA EDUCATIVO SANCIONADOR.....183
2.1.- El Código Penal de 1995.....183
2.2.- El Sistema educativo sancionador.....185
2.3.- La adulteración del sistema a través de las sucesivas reformas del Código Penal por la ley 7/2000 de 22 de Diciembre en relación con los delitos de terrorismo y por la Ley 15/2003.....190
2.4.- La edad penal en la LORPM como criterio arbitrario y extrajurídico alejado del concepto de inimputabilidad......193
2.5.- La problemática de los menores de 14 años. 201
2.6.-Consideraciones sobre posibles criterios distintos a la edad objetiva, en la determinación de la capacidad y la responsabilidad criminal. ….....205

3.-EL TRATAMIENTO JURIDICO-PENAL DE LOS MENORES INFRACTORES, EN EL DERECHO COMPARADO. 210
3.1.-la Constitución Española de 1973 y la Convención de los Derechos del Niño de 20 de Noviembre de 1989.....210
3.2.- La convención de los derechos del niño de 1989: sus reservas por diferente Estados.213
3.3.- Consideraciones generales sobre la responsabilidad penal del menor, en el ámbito de la Unión Europea. 215
3.3.1.- Los Jóvenes adultos y los sistemas de transferencia en la UE. 221
3.3.2.-Alemania.....227
3.3.3.-Austria.....231
3.3.4.-Bélgica.....232
3.3.5.-Dinamarca.....234
3.3.6.-Finlandia. 236
3.3.7.-Francia.....237
3.3.8.-Inglaterra y Gales. 239
3.3.9.-Italia.....242
3.4.-El tratamiento jurídico del menor en el Continente Americano. 244
3.4.1.- EEUU.....244
3.4.2.- Canadá.....249
3.5.-La justicia juvenil en América-Latina.....250
3.5.1.- Breve recorrido histórico general.....250
3.5.2.-Argentina.....254
3.5.3.-Brasil. 256
3.5.4.-Nicaragua.....258
3.5.5.-Costa Rica.....260
3.5.6.-El Salvador.....261
3.5.7.-Panama.....263
3.6.- El tratamiento Jurídico penal de los menores infractores en el continente Africano. 264
3.6.1.-Egipto.....264
3.6.2.- Ruanda.....266
3.6.3.-Tanzania.....267
3.6.4- Kenia.....268
3.7.- El tratamiento del menor infractor en la Asia. 270
3.7.1.- La india.....270
3.7.2.- Japón.....272
3.8.-El tratamiento jurídico penal de los menores infractores en Oceanía. 274
3.8.1.-Australia y Nueva Zelanda.....274
3.8.2.-Filipinas. 277

Capítulo tercero. Evolución del tratamiento jurídico-penal de los sistemas aplicables a la infancia II. Segunda parte.

1.-EL MITO POPULAR DE LA FLEXIBILIDAD PUNITIVA EN LA LEY ORGÁNICA DE RESPONSABILIDAD PENAL DEL MENOR.

1.1.-Planteamiento de la cuestión.....282
1.2.-La necesidad racionalizar el sistema penal de menores a través de una política-criminal independiente.....294

2.-LA DESMITIFICACIÓN DE LA FLEXIBILIDAD PUNITIVA DEL SISTEMA PENAL DE MENORES.

2.1.-La falta de mecanismos apropiados para la eficacia de la funciones preventivo-especiales.....305
2.2-Una vuelta a postulados proteccionistas: El protagonismo de las entidades privadas como gestoras del cumplimiento de las medidas de internamiento.....316
2.3.-Los internamientos.
2.3.1.-Introducción.....320
2.3.2.-El internamiento en régimen cerrado.....*322*
2.3.2.1.- La imprecisión de la LORPM en los supuestos justificadores de la medida.....323
2.3.2.2.-La vinculación y el amplio alcance temporal de la medida de internamiento en régimen cerrado. El cumplimiento en centros de adultos..... 328
2.3.2.3.-El establecimiento de un periodo de seguridad como requisito previo a la obtención de "la suspensión del fallo". La STC de 20 de Septiembre de 2012.....333
2.3.2.4.-La reformatio in peius en la adopción de las medidas. El quebrantamiento de condena por los menores de edad.....336
2.4.-La simbología del encierro.
2.4.1.-Consideraciones sobre la condición jurídica del menor en el desarrollo del cumplimiento de la medida de internamiento en régimen cerrado.....340
2.4.2.-Centros Saturados y con síntomas de hacinamiento.....345
2.4.3.-Condiciones no idóneas en los centros.....349
2.4.4.-El Régimen Disciplinario.....350
2.4.5.- Los Medios de Contención.....358
2.4.6.-Las celdas de aislamiento.....363

3.-BREVE REFERENCIA A LA EJECUCIÓN DE LAS MEDIDAS EN LA LORPM.

3.1.-Disfunciones en la aplicación de las Medidas de la LORPM.....366
3.2.-La aplicación de las medidas contempladas en la LORPM a la Luz de la nueva reforma del Código Penal por LO 1/ 2015.....374

Capítulo cuarto. La desmitificación de la flexibilidad punitiva de la LO 5/2000 de 12 de Enero de responsabilidad penal del menor. Aspectos procesales.

1.-DISFUNCIONES PROCESALES FUNDAMENTALES EN EL SISTEMA IDEADO POR LA LORPM.

1.1-Disfunciones en la LORPM en torno al derecho "al juez ordinario predeterminado en la ley".....379
1.2.-Disfunciones en torno al derecho a "un proceso equitativo" en la regulación "de la Conformidad" en la LORPM.....384
1.3.-Consideraciones sobre la aplicación analógica del instituto de la prescripción en la LORPM a partir de las reformas del código penal por la LO 5/2010 y LO 1/2015.....388
1.4-Aspectos críticos de la fase de instrucción en la LORPM: La omnipresencia del Ministerio Fiscal y la posible afectación a garantías constitucionales.
1.4.1.-La omnipresencia de Ministerio Fiscal en la LORPM: la fase instructora y "el Papa Fiscal".....393
1.4.2.-Posibles disfunciones sobre las Garantías constitucionales.....398
1.4.2.1.-Afectación al derecho de defensa ex artículo 24.2 de la C.E.....398
1.4.2.2.- Afectación al Derecho a la tutela judicial efectiva ex artículo 24 de la CE. 404
1.4.2.3.- Ausencia de una regulación específica sobre la asistencia jurídica de los menores en los centros de internamiento.....405

2.-EL DERECHO PENAL DE MENORES COMO DERECHO PENAL MÍNIMO.

2.1.-Significación.....412
2.2.-El interés superior del menor: su función como configurado de la sanción educativa y como limite de la intervención penal.....420
2.2.1.-El interés superior del menor y su función como configurador de la sanción educativa.....420
2.2.2.-El interés del menor como principio limitativo de la intervención penal.....430

3.-LA JUSTICIA RESTAURATIVA COMO MODELO CAPAZ DE AFRONTAR LA DELINCUENCIA.

3.1.-Fundamentos.....437
3.2.- La reparación y la teoría de la pena.....448
3.3.-La Justicia restaurativa en el Marco de la UE.....452
3.4.-Manifestaciones del modelo de justicia restaurativa en la LORPM.....454
3.4.1- El principio de Oportunidad. 454
3.4.2.-La mediación como instrumento de conciliación y reparación del daño.....459
3.4.3.-Breve referencia al uso de determinados prográmas restaurativos en la justicia de menores. 463

BIBLIOGRAFÍA.....469

CONCLUSIONES.....507

INTRODUCCIÓN

"Un gran hombre demuestra su grandeza por la forma

en que trata a los pequeños"

T. CARLYLE.

Cuando el Delito no deja ver al niño.

La pretensión que guía este trabajo esconde en su interior una ambición serena, al andar sobre un recorrido histórico no exento de problemas derivados de la dificultad de encontrar las fuentes apropiadas para el buen fin de esta revisión de formas o modelos sobre el tratamiento jurídico penal aplicable a la infancia. Sin embargo, cuenta con el activo de trabajos y estudios de investigación de ilustres penalistas que bajo el rigor en el manejo de sus plumas, han logrado plasmar cierto casuismo que permite inquirir sobre un fundamento apropiado justificativo del trato dispensado a la infancia a lo largo de la historia

Diferentes estudios centran su investigación en relatar el trato que se dispensaba al menor en un determinado momento histórico ante la comisión de un suceso concreto, sin reparar en el hilo conductor que justificaba jurídicamente aquel tratamiento, sobre todo en las épocas más arcaicas. La explicación parte de la carencia de trabajos existentes en aquellos tiempos vividos por los juristas del Siglo pasado que hacía difícil contemplar a través de la metodología comparativa, un fundamento sobre el tratamiento jurídico penal que se aplicaba a los niños infractores. La actualidad nos permite comparar un mayor número de trabajos y estudios, para llegar a través del

método inductivo a conclusiones más cercanas sobre lo que pudo ser la realidad justificativa del tratamiento jurídico penal de aquellos.

Por otro lado, el título de éste epígrafe es bastante esclarecedor en su rúbrica, al pretender centrar el punto de mira de la investigación no tanto en la valoración de la infracción y sus consecuencias sociales, como en las especiales condiciones individuales del "ser" que se encuentra detrás de la comisión de aquellos hechos, siendo intención nuclear de este trabajo ofrecer la drástica decisión de elegir entre el "Delito" o "el niño".[1]Aquellas especiales condiciones identificadas con la debilidad física, la incapacidad mental y la incompetencia moral, predicable en los niños y menores hasta determinadas etapas de sus vidas, fueron valoradas a lo largo de la historia desde distintos prismas, que tanto positivos como negativos, han sido justificadores del tratamiento dispensado.

En este aspecto, la visión jurídica primigenia del niño, acudiendo a un sentido unitario que reúna tan encontrados enfoques, se encuentra residiendo en el concepto que denomino "*Utilitarismo paradójico"* pues el menor en épocas primitivas se encontraba lastrado por una ineficacia e inutilidad social en sus actos para con la comunidad, que contradecía su "valor jurídico" centrado en la utilidad para la expiación del delito o para la reparación del daño, a través de su facilidad de disposición y de su potencial reparador. Posteriormente, en momentos históricos más

[1] Cfr Art. 1 de la Convención de los Derechos del Niños de 20 de Noviembre de 1989, (CDN) dispone: "para los efectos de la presente convención se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes de la mayoría de edad". Por su parte el Art.40.1 de la CDN, dispone: "Los Estados partes reconocen el derecho de todo niño a quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en las que se tenga en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva de la sociedad". En general, los textos internacionales no precisan diferencia alguna entre niño, joven o menor. Si se observa el artículo 40.1 en el que se reconocen los derechos de todo niño que haya infringido las leyes penales o a quien se acuse o se declare culpable de haber infringido esas leyes, utiliza la terminología "infractor" distanciándose de usos conceptuales de identificación individual como "menor" o "joven".

avanzados, decae esta responsabilidad cuyo brazo ejecutor se encontraba en el derecho paterno para dejar paso a la doctrina proteccionista valedora del afán tutelador de los derechos protectores de la infancia. Aquél utilitarismo paradójico de los primeros tiempos, comienza a enfermar para comenzar a concebir el menor como un futurible de ciudadano, que debe ser protegido.

Esta nota introductoria denominada: "Cuando el delito no deja ver el niño" implica varios elementos en interacción reciproca que provoca confusión en la búsqueda de compatibilidad de términos, en tanto que el concepto de Delito, entendido como un hecho reprochable a su autor y sancionado con una pena; a priori, no casa adecuadamente con la especiales condiciones individuales que hemos resaltado de la infancia, con el añadido particular de que quien se adentra en el estudio de ésta, se pierde en un laberinto de difícil salida.[2]

Por este motivo, durante el transcurrir histórico de nuestro derecho, se han seguido distintos modelos o sistemas en el tratamiento jurídico penal de menores hasta desembocar en el sistema educativo-sancionador de responsabilidad con una función procesal garantista, alejado del sistema tutelar o proteccionista que aplicó la llamada "doctrina de la situación irregular", que priorizaba los intereses sociales y comunitarios relativos a la formación de ciudadano deseable para todo niño, sobre la felicidad y el disfrute de la propia infancia. Ni que decir tiene que en este sistema, las consecuencias de desprotección real, la ausencia de garantías individuales, y la criminalización de la pobreza fueron tan brutales, que acabaron generando una reacción en contra[3]. En este sentido, pueden clasificarse los modelos referidos[4] de la siguiente manera: a) el modelo de propiedad, que

[2]Vid. BERISTAIN IPIÑA, A., Menores infractores-víctimas ante las Naciones Unidas y el Consejo de Europa, cuaderno del instituto Vasco de Criminología. San Sebastián, Nº10-1996,p. 179.

[3]Vid. BERNUZ BENEITEZ, M. J., Justicia de menores española y nuevas tendencias penales, la regulación del núcleo duro de la delincuencia juvenil., Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 2005. núm,07-12,p. 12:4

[4]Vid. AYO FERNÁNDEZ, M., Las garantías del menor infractor, Aranzadi. 2004. pp 21-22, citado por BENÍTEZ ORTÚZAR, I., El derecho penal de menores en el Estado democrático de Derecho. Breve referencia a los principios que disciplinan el Ius puniendi Estatal respecto del Joven infractor, en el Derecho Penal de Menores a debate: I Congreso Nacional de Justicia Juvenil. VV.AA,

parte de la propiedad absoluta paterna frente a los hijos, b) el modelo proteccionista iniciado en el S.XVIII, caracterizado por la búsqueda de la protección de los menores, c) el modelo personalista o individualista surgido en el S. XX, por el cual los niños pasan a ser considerados como titulares individuales de derechos. Sin perjuicio de considerar, que la clasificación propuesta en este trabajo pretende dar un mayor sentido jurídico penal en el análisis de los mismos, para enfatizar sobre los vaivenes surgidos en el tratamiento del menor a lo largo de la histórica, sin olvidar por supuesto, la base sociológica inspiradora de toda norma jurídica.

La clasificación de los modelos relativos a la evolución jurídica del menor infractor en España que analizamos en el presente trabajo se clasifican de la siguiente manera: 1.- Modelo retributivo, 2.- Modelo tutelar, 3.- Modelo de justicia, 4.-Modelo educativo sancionador, sin perjuicio de nuestra proposición final en el sentido de adaptar el actual sistema a otro de " responsabilidad social" en el que se pretenda un regulación más acorde con la integración efectiva y necesaria del menor infractor a nuestra sociedad, siempre a través de una política criminal independiente y bajo principios del derecho penal mínimo. Con respecto a los sistemas que nos interesan, conviene llamar la atención que la justicia retributiva para los menores, durante un amplio periodo fue transversal, en alusión al hecho de que la responsabilidad penal de los niños en los periodos históricos más arcaicos no derivaba exclusivamente de hechos propios, sino que aquella responsabilidad se desarrollaba en las distintas esferas por la que se desenvolvía la vida familiar, fuera ésta comercial, social o religiosa, aunque no hubieren intervenido de forma directa en la comisión del hecho. Las consecuencias de esta justicia retributiva transversal a veces quedaba mitigaba en la fase de ejecución de la penalidad aplicable, no tanto atendiendo a motivos fundados en la capacidad de entendimiento del menor,- elementos desconocidos hasta entrada la edad media en España- sino más bien atendiendo a la conmiseración o razones de índole piadosa. Estas razones atenuadoras basadas en la piedad, van dejando paso al sentimiento humanitario que ha constituido

Dykinson. Madrid. 2010,p. 54.

la piedra angular de la evolución jurídica del tratamiento, y que en el marco jurídico actual, sobre todo a partir de la Convención de los Derechos del Niño de 1989 (en adelante CDN) y de otros instrumentos internacionales, se ha concretado en el principio supremo de la búsqueda del interés del menor y en el carácter recuperable[5] de estos infractores.

Ahora bien, sobre esta última condición no cabe desconocer la existencia de opiniones encontradas que atienden a la tipología y gravedad de los delitos cometidos, y que en definitiva no dejan ver al niño o al joven inmaduro que se encuentra detrás de la realización de hechos delictuosos, invocando permanentemente el fracaso de la eficacia de la norma ante los denominados "delincuentes por convicción" sobre los que lo único que cabe esperar es la evitación de la reincidencia, en la medida que el castigo tampoco es eficiente. Con esta posición doctrinal se habilita a que ésta categoría de delincuentes menores se les prive incluso de la capacidad de entender la finalidad de su propio castigo; y es en este punto, cuando vemos, que el Derecho penal aunque rodeado de límites y de garantías conserva siempre una intrínseca brutalidad que hace problemática e incierta su legitimidad moral y política, más todavía, si se aplica siguiendo esta tendencia, a los menores infractores.[6]

El modelo actual descansa en el llamado " educativo-sancionador" que conserva la violencia estatal para responsabilizar a los menores. Como se verá a lo largo de este trabajo, la ejecución del internamiento en régimen cerrado, el régimen disciplinario al que se someten los afectados por la medida o la existencia de disfunciones de naturaleza procesal que inciden en garantías procedimentales, ponen en entre dicho un sistema, que paradójicamente es percibido por la

[5]Vid. Resolución A/RES/61/146, de 19 de Diciembre de 2006 (RESOLUCIÓN DE LA ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO), por la que se alienta a los Estados a promover acciones para lograr la reintegración social de los niños en situaciones difíciles, considerando, entre otras, las opiniones, aptitudes y capacidades que esos niños hayan desarrollado en las condiciones en que les tocó vivir, y cuando proceda, su participación significativa.

[6]Cfr. BERISTAIN IPIÑA, A., ob.cit,p.191

población como flexible, blando y poco satisfactorio para las víctimas. No obstante, del contenido de la LO 5/2000 de 12 de Enero y de su Reglamento RD 1771/2004, cabe deducir aspectos relacionados con un modelo de seguridad ciudadana que permiten colegir no sólo la traición a principios básicos como "el interés del menor", sino un fracaso espiritual sobre su sentimiento originario. Este fracaso espiritual y normativo se materializa empíricamente de manera meridiana en las dificultades para la ejecución de las medidas, sin que se hayan constatado resultados significativos en la reducción de la delincuencia juvenil. En todo caso, compartimos opinión con Diez Ripollés para quien es preciso abandonar la argumentación en el mero terreno de los principios, y descender a discursos en la que la alternativas defendidas están bien apoyadas en datos empíricos-sociales.[7] De ahí que sería deseable una demostración de la dureza concreta y material sobre el tratamiento que se dispensa a lo menores, así como también sobre el fracaso de su sistema. Atendiendo a esta afirmación, éste estudio, sin pretender ser un "trabajo de campo", aporta elementos contemplados en la propia normativa de menores de la que cabe inferir una situación jurídica del menor infractor inferior, en su comparación con la derivada del adulto delincuente, en contraste con los escasos estudios empíricos que se han desarrollado al respecto, que se hacen necesarios, ante una sociedad tan desideologizada como la nuestra.

Esta es en realidad la intención del presente trabajo, acercar el sistema de la LORPM al ámbito de la realidad conectándola siempre con las distintas dimensiones que pretende gobernar el sistema. Los capítulos de éste trabajo se dividen en cuatro, abarcando el primero y el segundo la evolución histórica del tratamiento jurídico de la infancia desde los pueblos primitivos hasta la actualidad, así como el desarrollo de nuestra oposición a las distintas "creencias populares" sobre la benevolencia de la LO 5/2000 de 12 de Enero de responsabilidad penal de menor y del RD 1771/2004 que se desarrollan en los capítulos III y IV.

[7]Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS., El nuevo modelo penal de seguridad ciudadana, en Revista electrónica de Criminología (06-04), 2004. Disponible en Internet: " http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-03.pdf.

Como decimos, los capítulos I y II ponen de manifiesto los distintos modelos históricos que se han seguido en España en el tratamiento jurídico penal que se ha dispensado en el menor, con sus vaivenes legislativos y de tratamiento, siempre marcados por su dureza. En tanto que los capítulos III y IV tienen en común, el estudio de aquella creencia popular errónea de atribuir benevolencia al sistema gestado por " la ley del menor" dado que "los mitos populares" suelen preocuparse con más frecuencia del plano ejecutivo y procesal. Por este motivo, analizamos de manera separada en el capítulo III la dimensión ejecutiva de la norma en el plano de la medida de internamiento, del régimen disciplinario, de las celdas de aislamiento o de los medios de contención, coligiendo signos de una situación jurídica atribuida al menor infractor de peor condición que la del adulto, y en el capítulo IV, los aspectos procesales más críticos que presenta la actual LORPM que configura un sistema procesal plenamente independiente del derivado del derecho procesal de adultos, a pesar de su aplicación supletoria. La caracterización de estos aspectos procesales pretenden colmar las expectativas derivadas de la intención de preservar "el interés del menor", aunque en realidad, de su regulación específica pueden extraerse determinadas fases que afectan tangencialmente a derechos procesales fundamentales.

El eje de todo el procedimiento se encuentra centrado en las diferentes funciones que puede ejercer el Ministerio Fiscal, quien sin ser un "órgano jurisdiccional" tiene encomendada no sólo la función de instruir, sino también la de ser parte en el mismo, y la de proteger al menor en el procedimiento cuando éste comparezca sin padres, tutores o representante legales. Además de la extrañeza que acecha al que se acerca al estudio del proceso de menores, se observan determinadas disfunciones que se enfrentan a preceptos constitucionales. Así, el derecho al juez ordinario predeterminado en la Ley puede verse afectado ante la competencia del Juez del menores para autorizar diligencias que afectan a derechos fundamentales y posteriormente acceder al

enjuiciamiento por esos mismo hechos, o bien regular un supuesto de "conformidad" que permite la aceptación de una medida superior a la pena permitida a través de este instituto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Con todo, la dependencia normativa de la LO 5/2000 sobre el Código penal de adultos ha permitido que cuestiones trascendentes como "la prescripción" aliente diferentes interpretaciones por las Audiencias Provinciales, sin que la actual reforma del Código penal protagonizada por la LO 1/15 la haya integrado, regulando definitivamente el aspecto relativo a la interrupción de la misma en el derecho penal de menores. Por último, el presente estudio culmina contemplando el derecho penal de menores como un sistema penal mínimo en la consecución de lograr en el menor una responsabilidad personal, alejada de la responsabilidad penal.

CAPÍTULO

PRIMERO

EVOLUCIÓN DE LOS SISTEMAS JURÍDICO-PENALES APLICABLES A LA INFANCIA I:

PRIMERA PARTE

1.-EL SISTEMA RETRIBUTIVO.

1.1.-Aspectos generales del sistema retributivo aplicado a niños y menores en las comunidades primigenias.

El trato jurídico dispensado a la infancia no ha sido uniforme a lo largo de la historia. Es difícil saber cuál ha sido la condición jurídica del menor delincuente en los pueblos de la antigüedad, dificultad nacida de la falta casi absoluta de fuentes del derecho en aquel periodo histórico.[8] Desde los orígenes de las primeras poblaciones hasta aproximadamente el S. XVII, los niños fueron depositarios del mismo sistema de responsabilidad penal que se aplicaba a los adultos. Así, la atribución de responsabilidad se extendía igualmente al menor que quedaba sometido –desde edades muy tempranas- a las mismas normas que regulaban la responsabilidad criminal de los adultos; y en el mejor de los casos, simplemente se suavizaba el rigor de las sanciones.[9] Aunque también es cierto que de las fuentes del derecho Romano parece inferirse que existía una diferencia de tratamiento entre el menor y el adulto.[10]

Conciliar ambas exigencias parte de preconizar que el trato que va a dispensarse al menor va a depender de la concepción que cada pueblo en un determinado periodo histórico, posea sobre la idea del niño, y también de una elaboración suficiente de la técnica jurídica que al menos tienda a valorar circunstancias que como la edad, pueden estar concurrentes en la comisión de un hecho determinado. Tal es así, que la apreciación de la menor edad, como causa de exención o como causa

---

8

Cfr. PÉREZ VITORIA, O., la Minoría Penal. Editorial Boch. Barcelona. 1940,p. 13.

9 Cfr. LANDROVE DÍAZ,G., Introducción al derecho Penal de Menores. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2003,p.21. En este mismo sentido MOMMSEN,T., Derecho Penal Romano, Edit. Temis, Santa fé de Bogotá, 1999, p.646, en donde se recoge que la edad en el derecho romano se tuvo en cuenta para fijar la medida de la pena, aún con respecto a los reos que hubiesen ya traspasado los límites de la mayoría penal.

10 Cfr. SALOMONESCU., Revista de drept penal si stinta penitenciaria. Bucarest, 1924, nº 6. En este mismo sentido PÉREZ VITORIA, O., ob. cit.p.13

modificativa de la responsabilidad, no ha tenido lugar de una manera rigurosa o científica, hasta mediado el siglo XIX, a cuyo logro contribuye el desgaste de los principios represivos impregnados de crueldad, imperantes hasta aquel momento, y por otro lado, en un mayor afinamiento en la construcción de un teoría y una técnica del derecho Penal[11]. Hasta entonces, las consecuencias jurídico-penales de naturaleza retributiva sobre los niños, pueden diferenciarse únicamente partiendo del conocimiento o desconocimiento de la ley escrita por las comunidades antiguas, y de la existencia o ausencia del intervencionismo público en la resolución de los conflictos jurídicos. Por tanto, aquellas comunidades primigenias que ignoraban la norma escrita y obviaban el intervencionismo público, otorgaban plenitud de facultades al máximo exponente del derecho familiar, quien en uso de tan extensas potestades aplicaba la llamada justicia doméstica según tuviere por conveniente, sin limitación alguna y con independencia de la edad del afectado.

En esta línea no puede perderse de vista la potencia jurídica de la justicia doméstica, cuya tradición histórica se fue aplicando para el castigo[12] del menor rebelde y delincuente hasta bien entrado el Siglo XX. En éste sentido, resulta significativo que a pesar de que *el código de Hammurabi,* la ley penal más antigua conocida, ni tan siquiera deja entrever una consideración especial de los delitos cometidos por los menores[13], aunque introduce una línea fronteriza a favor de los hijos, al eliminar de la autoridad del padre, el derecho de vida y muerte sobre ellos. Se observa irremediablemente, que la utilización de tan excelsa técnica jurídica de recoger disposiciones punitivas a través de la ley escrita, permitió en ocasiones mitigar y dar mayor benignidad a la aplicación del rigor penal, como más adelante veremos. Debe rubricarse igualmente, que la mayoría de las comunidades primitivas poseían una visión del niño equiparable a un mero objeto, dada la

[11]Cfr. PÉREZ VITORIA, O., ob.cit,p.13.
[12]No todo "castigo" a lo largo de la historia ha adquirido forma penal, en el bien entendido que el internamiento de menores y niños llegó a revestir condición civil, como el que se aplicó en la España del S.XIX por causa de corrección paterna.
[13]Cfr.. PÉREZ VITORIA, O., ob.cit,p.14

debilidad y escasa utilidad social de aquél, que venía a justificar su sometimiento a la autoridad del jefe de familia, quien podía determinarlo con su puesta a disposición y entrega a la reparación del daño que hubiere ocasionado el propio menor con su conducta, o por causa de conducta de cualquier componente de la familia o del clan.

Este sistema retributivo de responsabilidad penal llegaba a ser tan cruel para los niños y menores, que al descansar en el más firme fundamento del derecho de propiedad y en las facultades del dominio, podía hacerse efectivo en cualquier ámbito del que derivara la responsabilidad que fuera exigida, ante la ausencia general del intervencionismo público. De hecho, todas las esferas en la que se desenvolvía la vida familiar del grupo o clan, se encontraban infectados por la concepción del derecho de propiedad que se extendía imperiosamente a todos los sometidos a la autoridad paterna. Y Fueren aquellos ámbitos de naturaleza comercial, jurídico, religioso o supersticioso; lo cierto es que la expiación del mal, la reparación del entuerto, la defensa o supervivencia de la comunidad, podría exigirse sobre el niño obviado y olvidado en su valoración como ser, pero subrayado en cuanto a su condición de sometido o de objeto.

No obstante, a partir de esta responsabilidad reparadora del menor, puede deducirse que el pensamiento primitivo valoraba la condición del niño con miras al futuro. Esta valoración sugiere dos vertientes, por un lado, la visión negativa de que de fructificar tal expectativa pudiera suponer un peligro para el mantenimiento del poder absoluto para aquél que ocupaba la cúspide del sistema o de la jerarquía familiar[14], y la visión positiva, de entender al menor como un futurible de

[14] Cfr .VON HENTIG, H., La pena: formas primitivas I y conexiones histórico-culturales. Espasa Calpe. Madrid. 1967. "Es típica la situación tipo Don Carlos, el eterno y a veces justificado temor del viejo Rey por las dos cosas: Su trono y su mujer. Mejor conocido es el conflicto padre-hijo que casi costó la vida a Federico el Grande después de haber precedido graves maltratos". Del mismo modo es significativo dentro de la leyenda de *Gargoris y Habidis*, el miedo del Rey *Gárgoris* a la pérdida del trono por parte de su incestuoso hijo *Habis*, al que nos referiremos en páginas posteriores de este trabajo.

ciudadano[15]. De estas visiones, nacía el trato jurídico que iba a dispensarse y que se define en aquellos tiempos remotos, a partir de un utilitarismo paradójico que contradecía la premisa consistente en la negación de su valor social achacable a su debilidad física y a su pertenencia en propiedad al padre o al jefe de familia, con la de su utilidad a efectos jurídicos, consecuencia de ser objeto de responsabilidad expiatoria ante males ajenos. Esta utilidad jurídica que se originaba por razones religiosas, de derecho familiar, de defensa social o de responsabilidad colectiva, y que llegaba a al niño a través de una comunicación transversal, concluía exponiéndolo a los tratos más brutales. Tratamos con una responsabilidad retributiva pero también transversal, dada la afectación a las distintas esferas que componían el desarrollo del niño.

Como ejemplos de esta crueldad referida, baste recordar que en las antiguas Siria y Persia donde la condición de menor no difería de la otorgada del adulto, los hijos de los delincuentes a quienes alcanzaba la responsabilidad del delito paterno, debían seguir la misma suerte y padecían la muerte y los suplicios más atroces.[16] Igualmente en Egipto, en el que gran parte de los delincuentes eran condenados a trabajar en las minas, los hijos de aquellos debían acompañarles en su trabajo, siendo frecuente ver niños todavía impúberes entregados a las más penosas labores subterráneas.[17] También en Alemania, y entrado el S. XVII, a los menores se les aplicó un durísimo e inhumano trato. En el principado de Bamberg, desde 1627 a 1630 se impuso la pena de muerte por delitos de hechicería y brujería a niños menores de 10 años, en Wurtemberg por la misma época, murieron en

[15] Cfr. COMPAY CERVERA, I., Dos modelos Teóricos sobre el tratamiento jurídico debido a los niños. Universidad Carlos III. Edit. 2000. Instituto de derechos humanos "Bartolomé de Casas",p.26. Este autor señala que es precisamente en la doctrina encabezada por pensadores como Platón y Aristóteles en la que se observa que es precisamente en la etapa de la niñez donde se debe actuar, para que queden superada las deficiencias del hombre, y se potencien las cualidades positivas que sólo como adultos, podrá desarrollar y ejercitar plenamente. Es decir, es en la obra política de estos dos pensadores donde se contempla claramente la importancia de la formación del niño, para la consecución del ciudadano que va a formar parte de la sociedad que se pretende.
[16]Cfr. PÉREZ VITORIA, O., ob.cit,p. 14
[17]Cfr. PÉREZ VITORIA, O., ob.cit,p. 14.

la hoguera niños de ocho a diez años., y se han encontrado en el antiguo derecho Alemán, otros casos de condenas capitales contra menores de doce años.[18] En Inglaterra durante ese mismo siglo, la pena de muerte se aplicaba los niños de 10 años.[19]

En éste clima de crueldad, tampoco parece justo decir que el inhumano trato fue una constante en la historia y cabe predicar la existencia de vaivenes legislativos que se debatían entre momentos dulcificadores y otros de crueldad en la imposición de penas. No obstante, a pesar de la existencia de leyes, ordenanzas o disposiciones mitigadoras de la penalidad durante la historia de los pueblos, lo cierto es, que no se modificó el sistema retributivo de responsabilidad con aquellos y que tampoco se desarrolló un modelo orgánico comprometido con los menores hasta ya entrado el S. XIX[20].

Fue en éste Siglo donde surgieron sentimientos protectores, generosos y compasivos con el fin de impedir que dada las circunstancias el menor de edad pudiera perderse para siempre. Este sentimiento humanitario afectó de lleno a la situación de la infancia hasta el punto que el tratamiento de los jóvenes delincuentes fue el primero de los tratamientos penales invadidos por el

[18]Cfr. CUELLO CALÓN, E., La criminalidad infantil y juvenil. Bosch, Casa Editorial. Barcelona 1934,p. 86.

[19]Vid. CUELLO CALÓN, E., ob.cit,p. 86. Este autor partiendo de lo narrado por W. Clarke Hall cuenta como un niño de ocho años, que con malicia, astucia y disimulo había puesto fuego en un pajar, fue sentenciado y condenado a muerte.

[20]Cfr. MARTÍN HERNÁNDEZ, J., La protección de menores. Una institución en crisis. Ediciones Pirámide. 2009. pp 61 y 62 "Es en esta época, cuando tiene lugar el desarrollo y la consolidación de la revolución industrial, que trajo consigo una serie de fenómenos que conllevaban un fuerte desarraigo de los niños especialmente en las ciudades. Así como consecuencia del fenómeno migratorio del entorno Rural al Urbano, se limitó las posibilidades de colaborar en la crianza de los más pequeños. Los padres se vieron obligados a trabajar jornadas que duraban todo el día, con lo que muchos niños se quedaban sin el cuidado de un adulto. Esto, unido al escaso desarrollo de la escolaridad, propició el surgimiento de niños en la calle que se dedicaban al bandolerismo, el pillaje, la limosna, el vagabundeo, o la delincuencia. En no pocos casos, los niños debían trabajar en condiciones de explotación y semiesclavitud. Es entonces cuando la infancia delincuente y abandonada se transforma en un problema social, lo que propicia la aparición de una conciencia social y pedagógica que se proponer poner freno a esta vergonzosa situación"

sentimiento humanitario[21]. Si bien, tampoco cabe desconocer que en épocas pretéritas, existieron muestras de mitigación del rigor punitivo[22], fundado en el sentimiento humanitario que ocasionaba la debilidad y la indefensión de los niños. Ya Séneca nos decía que comete impiedad, el padre que gobierna sobre sus hijos, igual que el tribuno o centurión sobre sus soldados, y que sería un padre pésimo el que reprime con golpes constantes a sus hijos, basándose en causas mínimas.[23] Por este motivo cabe significar, que ya en el siglo I a. c las virtudes romanas comenzaron a impregnarse de helenismo[24], surgiendo la *humanitas*[25], que es utilizada como un auténtico criterio de política criminal y procesal penal[26] en cuya base se pretende proyectar el castigo hacia el futuro, en una clara tendencia a superar la idea de venganza. "*La humanitas*" se configura como un mecanismo de control en la aplicación de la pena, determinándose a través de ella atenuantes y agravantes, y aspirando a una mayor moderación en su uso, ensalzando la parte racional del hombre[27]. En todo caso, la llegada al terreno legislativo del interés por la protección del menor y de la infancia no ha

[21]Cfr. DORADO MONTERO,P.,El Derecho Protector de los criminales. Tomo I. Analecta. Pamplona. 1999. pp 221 y 222. "La debilidad en cuanto tal, provoca más sentimiento filantrópico que no la condición contraria. Sin embargo, en la piedad amorosa para con los delincuentes Jóvenes, quizás la inclinación sentimental vaya algo mezclada de razonamiento, pues los que la experimentan no dejan de percibir de una manera más o menos clara, que los muchachos aún habiendo cometido algún delito son en general, más modificables, más susceptible de reforma, y consiguientemente, más utilizables desde el punto de vista social, ya por lo pronto o ya en el por venir,que no los adultos, de quienes se sospecha que son cosa perdida o poco menos"

[22]Cfr. LANDROVE DÍAZ, G., ob.cit,p.21

[23]Cfr. SÉNECA, de clem., 1,12,1:1,13,4; de ira 3, 32, en este sentido NÚÑEZ PAZ, ISABEL., Concepción Arenal y el fin de la pena desde las fuentes clásicas (Philantropia, humanitas, Therapheia) en Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 2013, núm. 15-20,p.20:1-20:25. Disponible en Internet: http://criminet.urg.es/recpc15-20.pdf. Nota al pie 18., Pág 20:10

[24]Cfr. NÚÑEZ PAZ, I., ob.cit,p.20:4. Es en el "protágoras" de Platón donde aparece la primera crítica fundamentada a las teorías retribucionistas de la pena. En dicho diálogo, la función del castigo se encuadra en el necesario aprendizaje de la virtud y por tanto debe proyectarse hacía el futuro (prevención) "porque es necesario instruir al hombre en la virtud y en su caso castigarle hasta que el castigo lo haya mejorado(...) en cuanto alguno, niño, hombre o mujer sea ajeno a ello se procura instruirle y en su caso de poderlo conseguir, de considerarle incurable, poder expulsarle de la sociedad o hacerlo morir".

[25]Cfr. F.L.LISI., Cicerón, Escritos filosóficos, en Historia de la literatura latina, de. C.CODOÑER, Madrid. 1997.

[26]Cfr. NÚÑEZ PAZ, I., ob.cit,p. 20:8.

[27]Vid. D´ORS, A., Antología de textos jurídicos de Roma, Madrid.2001. Pág 56 supra nota 5; en este sentido NÚÑEZ PAZ, I., ob.cit.p. 20:10

fue tarea fácil, dada la dependencia con múltiples concausas vitales, como la articulación del derecho punitivo familiar, las relaciones entre padres e hijos[28], el mejor interés del niño o la formación del ciudadano[29] través de la educación, que se pretendieron en sociedades primitivas avanzadas.

1.2.-Consideraciones generales sobre la valoración de las acciones cometidas por niños en el pensamiento jurídico-penal del mundo antiguo.

Si constituye una ardua tarea encontrar elementos configuradores de la vieja ciencia penal, en las edades más remotas de los Pueblos, más difícil supone hallar en estos, vestigios sobre la toma en consideración de la edad del individuo como circunstancia influyente en la capacidad delictiva. Si partimos del hecho de que en los periodos más arcaicos de las civilizaciones no existía propiamente el derecho penal, sino tan solo un sistema de reacciones, más o menos consolidado por la costumbre contra ciertos hechos nocivos, que solo cometiendo un anacronismo se podrían llamar deliciosos[30], observamos que la atribución de responsabilidad a los individuos causantes de tales hechos, con independencia de su edad, tenía su origen en la escasa intelectualidad jurídica predicable de aquellos tiempos. Este déficit intelectual, permitía que de manera inconsciente, aquellas comunidades primigenias mostrasen indiferencia hacia la valoración psicológica o moral sobre los actos que producía el hombre primitivo, sin que por otro lado, dicha carencia jurídica, se entienda equiparable a una falta de capacidad de razonamiento o de entendimiento[31] en sus

[28]Cfr. COMPAY CERVERA, I., ob.cit,p. 10.
[29]Cfr. NÚÑEZ PAZ, I., ob.cit,p.20:4 citando a PLATÓN, "El injusto o impío debe ser ensañado para así recuperarlo socialmente. Es más feliz aquel que es castigado por cometer injusticia que él consigue sustraerse a la pena". Él filosofo en Heleno, en la Leyes, 718a, 724 b, tomo I. pp.149-157, considera que es mejor instruir o recomendar que tener que dictar leyes que impongan sanciones penales, nos dice "Es necesario que el legislador prevenga a los que podrían llegar a ser criminales y que haga leyes para separarles del crimen y castigarlos tanto si fueran culpables como si pudieran llegar a serlo. Para los malos que no admiten curación la muerte es la medicina"
[30]Vid. MANZINI, V., Paleontología Criminal. Traducido por Bernardo de Quirós. Viuda de Rodríguez Serra, Casa editorial. Madrid 1905,p.29
[31] Vid. ALVARADO PLANAS, J., Historia del pensamiento jurídico primitivo. Edición *a cura de*

relaciones materiales.

La configuración de la edad como una circunstancia concurrente en la comisión de los hechos y digna por tanto de sustitución en posibilidades de naturaleza atenuadora o de exención de la responsabilidad penal, era ignorada[32] en los orígenes remotos de los pueblos, sobre todo cuando el desconocimiento del uso de la ley escrita[33], se encontraba generalizado. La ausencia de valoración de contenidos psicológicos[34] o morales en la conducta, unida a la falta de intervención

Tomás de Montagut. Universidad Pompea Fabra. Dedicada a la memoria de Tomás y Valiente. 1997,p.35. Este autor entiende que ya no es posible predicar la escasa intelectualidad del hombre primitivo, y en general de las llamadas sociedades antiguas y primitivas. Antropólogos como Krause, Handy, Fox, Smith, etc., confirman que el hombre primitivo, por el hecho de serlo, no está menos dotado mentalmente que el hombre moderno. Ahora bien, su discurso intelectual siendo lógico, se basa en premisas distintas a las nuestras.

[32] vid. PÉREZ VITORIA, O., ob.cit,p. 13. En el mismo sentido HIGUERA GUIMERÁ, JUAN FELIPE., Antecedentes históricos de la minoría de edad penal. Compendio de derecho penal, Tomo I, Editorial revista de derecho privado. Madrid. 1958,p.227. "Piénsese, como bien índica Quintano Ripollés, que cuando comenzó a determinarse legislativamente, el límite de edad penal y el límite de edad civil, estos no han sido idénticos. La reproducción de los límites de edad en el ámbito penal siempre fue más señalada que la civil o política, quizás por entender que: "dada la maldad ingénita de la naturaleza humana, la precocidad para delinquir es mayor que la supuesta para otras actividades." Es interesante destacar que MANZINI, V., Paleontología Criminal, ob.cit. pp.32, 33 a este respecto nos dice que: "La distinción entre Homicidio voluntario o involuntario era completamente desconocido a nuestros antepasados más lejanos. El homicida encontraba siempre reacción por el sólo hecho del evento en tanto y mientras vivía en sociedad y sin consideración a *las circunstancia ni a los móvile*s. Por lo que siendo esto así, más difícil será encontrar la sutil distinción entre dolo, culpa o caso fortuito. Ni que decir tiene por propia extensión, acoger la edad como una circunstancia que permitiese modificar o disminuir la responsabilidad".

[33]Así *Hamburabi*, a través de su ley escrita conocida como el código Babilónico (deslumbrante antigüedad de más de cuarenta y un siglos, es más viejo en cerca de diez lustros que la más vetusta ley penal china perdida de que se haga memoria; precede en medio milenio, por lo menos, al tiempo más remoto hasta ahora se ha atribuido al mänava-Dharma- Sastra de Manú; y nació muchísimo antes que las constituciones griegas de Zaleuco, Carandos, Dracón, etc…emanadas hacía el VII siglo antes de Jesucristo, así como las XII las tablas, promulgadas en el S.V de Roma, abuelas, bisabuelas, tatarabuelas de las primeras compilaciones germánicas (V siglo después de J.C) y eslavas (1020 después de JC), Vid MANZINI V. ob.cit,p.148, 149 y 151, acoge la excelencia de realizar la distinción entre (desconocida en todas las leyes primitivas) dolo, culpa, y accidente fortuito. Por tanto siendo cierto que el gobierno de tales cuestiones subjetivas por dicha norma, no alcanza la perfección propia de los conceptos jurídicos actuales, también los es, que regula expresamente circunstancias psicológicas que pudieran concurrir en el hecho, no conocidas hasta entonces.

[34] Vid. COSTA, F., El delito y la pena en la historia de la filosofía. Editorial Hispano Americana. México, 1953. pp. 3 y 4. El autor entiende que la imputabilidad en el derecho de los pueblos primitivos es una imputabilidad física y objetiva, y por tanto, no hay distinción alguna entre el

política[35] en la reacción vindicativa frente a las acciones perjudiciales ocasionadas por el hombre primitivo, permite afirmar que todo acto luctuoso podía ser objeto de vindicación por el afectado, bastando que el hecho se hubiese generado[36], a través de la concurrencia de una condición física idónea para ello, como simple presupuesto para la ejecución de la acción. En este aspecto, Manzini entiende que el homicida encontraba siempre reacción por el sólo hecho del evento, en tanto y mientras que vivía en Sociedad y sin consideración *a las circunstancias ni a los móviles*"[37]. Se observa, por tanto, partiendo de las escasas fuentes[38], que las circunstancias concurrentes en los actos ocasionados por el hombre, no encuentran encaje en la vida de las comunidades más primitivas. Pues es natural, que las más sutiles distinciones entre culpa, caso fortuito y demás por el estilo, fueran enteramente desconocidas en aquel periodo en que apenas se puede reconocer la aparición de la diferencia entre homicidio voluntario e involuntario[39].

Téngase en cuenta que posiblemente aquellas, por cuestiones de utilidad, se considerarían contingentes dada la omnipotencia jurisdiccional del derecho punitivo familiar, que ejercido por el jefe de familia se extendía sobre todos sus sometidos, con independencia de la edad que ostentase el individuo, y por tanto, sobre cualquier circunstancia personal de la que poder deducir cualquier cuestión sobre la naturaleza psicológica del hecho. También, la eficacia de la venganza privada y la

---

hecho y la simple proposición, entre el dolo, la culpa y el caso fortuito.

[35]Cfr. MANZINI V., ob.cit,p. 52 "la reacción contra las acciones perjudiciales se ejercita en las sociedades primitivas por los particulares, y no por la colectividad política, salvo algún caso excepcional en época relativamente avanzada".

[36]Cfr. MOMMSEN T., ob.cit,p. 60. "El concepto de Delito requiere la existencia de una voluntad contraria a la ley en la persona capaz de obrar. Este principio fundamental del derecho penal ya desarrollado fue desconocido en el derecho penal de los primeros tiempos; entonces se cuestionaba sobre el hecho en sí, antes que sobre el estado de la alma en el que el mismo tenía su base".

[37]Cfr. OLDENBERG.,Die religión das veda, Berlín. 1894,p. 208. En el mismo sentido MANZINI V.,ob.cit,p. 33. "Lo esencial es el hecho objetivo de la acción pecaminosa".

[38]Cfr. PERRONI-FERRANTI., Saghe e poemi nazionali come fonti di studio del Diritto penale antichissimo. Cultura Política, palermo, 1301. núm. 10. En el mismo sentido MANZINI V, ob.cit,p. 28. "En los comienzos de la historia de casi todos los pueblos, las fuentes del derecho están, más en los poemas y en los libros religiosos que en verdaderos códigos de Leyes"

[39]Cfr. MANZINI, V., ob.cit,p. 34.

composición para el resarcimiento de hechos perjudiciales sobre los que no existía un interés colectivo que preservar, y que fueron considerados como maleficios más graves y comunes que los llamados delitos en sentido técnico[40], se entendían útiles para el logro de la vindicación privada, dada la ausencia de contenidos morales.

Los hechos delictivos, por aquellos entonces se reducen a toda acción considerada perjudicial, y si bien escapa al entendimiento del delito hoy día la existencia de hechos criminosos que no estuvieran previstos en una la ley penal; en cambio, en el periodo de los orígenes, la no punibilidad política constituía la regla general.[41]. Sin embargo, cuando comienza a tener lugar una disminución paulatina de los llamados "entuertos"[42] para dejar paso a los delitos en sentido técnico, sobre los que existe un interés colectivo que tutelar y proteger, empiezan a platearse algunos pueblos la importancia del contenido psicológico en las acciones. Este es el caso, del pueblo Longobardo, que contemplaban la falta de intencionalidad de los menores de cierta edad, en los atentados contra la comunidad. Su fundamento es lógico, si partimos de la presunción de las dificultades intelectivas y volitivas de los menores para abarcar en su actuar, no solo la intención del daño, sino también el ánimo de perjudicar al bien común; tal es así, que para castigar a un adolescente con la misma pena que aún adulto, era preciso que se adujera la prueba de que aquél poseía la consciencia del mal cometido.[43]

[40]Cfr. MANZINI, V., ob.cit,p.52. Para este autor el germen del proceso de formación del delito moderno, se encuentra en toda grave transgresión hacia los Dioses o todos los hombres. Para los Griegos, continua este autor es la traición de Tebas, el regicidio que sigue la profecía de Casandra, el parricidio, la violación del asilo de los Dioses, el no dar sepultura a los cadáveres. Es, en suma, la infracción de una ley divina que implica un supremo interés público humano. De esta suerte los primitivos delitos en sentido técnico, fueron la traición a la patria (perduellio), la cobardía ante el enemigo (Herisliz), el regicidio, la violación de la paz de los muertos. En cambio, los otros maleficios que aun hoy se consideran como delitos, a menudos graves que los precedentes, se concebían originariamente como entuerto de que nacía la obligación de venganza o de composición.
[41]Cfr. MANZINI, V., ob.cit,p. 52.
[42]Término utilizado por MANZINI, V., ob.cit, para referirse a la infracción antes de la configuración del delito.
[43]Cfr. PÉREZ VITORIA, O., ob.cit,p. 21

En todo caso, desde el punto de vista procedimental, resulta difícil imaginar a menores de cierta edad, siendo sometidos a enjuiciamiento penal por hechos atentatorios contra la colectividad, porque en este tipo de litigios, el juez debía de recurrir con frecuencia a la fuerza, imitando al héroe salvador de la patria, revistiendo el juicio formas de rito de guerra[44], que en definitiva se mostrabaincompatible con la debilidad intrínseca de aquellos, y por tanto con la equiparación de fuerzas que rodeaba al procedimiento. La construcción del límite de edad penal en aquellos tiempos prehistóricos, constituye una imposibilidad técnico-científica, dada las propias peculiaridades y condiciones en la que se desenvuelve la vida de estas sociedades, y que justifica que los conceptos de imputabilidad y de responsabilidad fuesen desconocidos en el sentido otorgado a su contenido en la actualidad. En primer lugar, por el escaso poder intelectual padecido, en el plano explicado, pues más allá de la oposición de bien y del mal, equivalente al de la fuerza y la debilidad o al de lo útil o lo perjudicial, ignoraban tales pueblos, aplicaciones psicológicas[45] o morales[46] a los hechos

[44]Cfr. MANZINI V., ob.cit. pp. 74-76. El origen de los juicios penales, puede desdoblarse en los dos elementos del arbitraje, para los delitos privados) y de la coerción, (para los hechos reputados antisociales). El juez primitivo hubo de ser un fuerte cazador: "un Aod que hiere a dos manos, un Sansón que destroza los leones para sacar la miel de la Justicia. Sansón es el juez de Israel; Hércules el juez helénico"...El juicio y la guerra en los tiempos primitivos tienen casi siempre idénticos atributos, pavorosos y macabros; una espada ensangrentada, una flecha tinta en sangre, un fúnebre sudario, etc. Cuando un hombre es llevado a juicio, el alférez ha de tremolar la insignia, hundir la punta en tierra y no levantarla hasta el dictamen de la sentencia...en algunos pueblos, la acusación se parece a un reto bélico: " Cuando los acusadores acuden a gritar al asesino ante la justicia, desnudan la espada. Traen el muerto al primer grito y retiran los aceros después del tercero...Además la terminar la noche decimocuarta y al siguiente día, los acusadores deben comparecer con escudo y maza ante el tribunal, para que los escabinos y jurados conozcan que un hombre de Franconia viene a acusar a otro de rapiña y asesinato".

[45] Los antepasados más remotos desconocían para el homicidio, la valoración de las circunstancias que pudieran concurrir en cada hecho; se entiende que al igual que la distinción entre homicidio voluntario o involuntario, como también la minoría de edad u otra de análoga naturaleza fue desconocida en aquellos tiempos prehistóricos. En este aspecto, MANZINI, V., ob.cit,p. 33 "El Homicida encontraba siempre reacción por el sólo hecho del evento, en tanto y mientras vivía en sociedad y sin consideración a las circunstancias ni móviles". En el mismo sentido, OLDENBERG., ob.cit,p.208 "Sabido es que, por un hecho atávico, esta concepción prehistórica ha sido abrazada por algunos escritores modernos, para los cuales, lo mismo que para los indios antiquísimos, lo esencial es el hecho objetivo de la acción pecaminosa".

[46]Vid. MANZINI, V., ob.cit. pp. 48,49. Nos dice este autor, que los conceptos morales que hoy tenemos sobre los delitos eran complemente desconocidos por los pueblos. Así, sobre el valor que

cometidos; y en segundo lugar, porque dado que la imputabilidad ha sido tradicionalmente predicable de la persona física, y en tanto que el individuo primitivo vivía confundido con el grupo a qué pertenecía, siendo la culpa y la voluntad de él, culpa y voluntad también del grupo, que respondía o se aprovechaba de las consecuencias de los hechos de cada uno de sus miembros, no podía plantearse límites y dudas sobre la responsabilidad individual, frente a una colectividad condenada eternamente al castigo[47].

Las dificultades mostradas entorno a la valoración de las circunstancias y móviles que pudieran estar presente en los actos no impide que a medida que avanzan en el tiempo las civilizaciones y que la intervencionismo público se hace más activo en la resolución de los conflictos, encontremos posibilidades de ejecución de disposiciones punitivas, en las que se suaviza el rigor de la pena -en referencia con las que podían imponerse a otros individuos- cuando su ejecución tiene por objeto la afectación a individuos menores de cierta edad. Esta mitigación del rigor punitivo, para algunos pueblos, se hacía patente en fase de ejecución de aquella y podía obedecer a distintos motivos. En algunos casos, era atribuible a razones de naturaleza piadosa, por la consideración del menor o niño, como un ser débil. De hecho, en sociedades como la *Siria, egipcia, persa o India,* conocedoras de la ley escrita, regularon disposiciones relativas a los

se le otorgaba a la propiedad cabe decir, que en el periodo de los orígenes, mientras el hurto secreto implicaba desprecio y persecución, el hurto violento implicaba admiración y miedo. Algunos pueblos tenían un Dios protector de los ladrones Mercurio, Laverna, etc... Solo en tiempos de Platón se negó la virtud de Mercurio. Homero considera el abigeato como una honrada fuente de ganancias, y los héroes preguntan amablemente a los huéspedes que reciben si son piratas o alguna otra cosa. Es conocidísimo el pasaje de César: "No son infamantes los latrocinios cometidos más allá de los límites de la ciudad, y entre ellos encuentra la Juventud un medio de ejercitarse y de expulsar la pereza. Pero donde es mayor el desvarío entre la concepción moderna del homicidio, y la Paleontológica, está en que en el periodo de los orígenes este hecho no se reputaba acción infamante, de hecho la situación de homicida, huyendo de la venganza de los parientes del muerto, se compadece más que la suerte de la víctima. Continua este autor en pp 34, 35, partiendo de la *Odisea de Homero, XV, 335,* que considerar no infamante un acto, o que por tanto no cause deshonra, no equivale a considerarlo insignificante, porque el acto es entregado a la venganza. También en p. 36*,* expresa que el homicidio afecta principalmente a la familia, y es *una causa belli* de derecho internacional primitivo, más que un delito o un *hecho inmoral.*

[47]Vid. MANZINI V., ob.cit. pp.50, 51.

menores que le otorgaban ciertas prerrogativas en determinados delitos[48]. Es más, las leyes Indias de Manú recomienda al Rey que aplique la reprensión a los enfermos, ancianos, niños y mujeres en encinta que depositen escombros en la vía pública, como pena especial y de mayor benignidad, sustituyendo a la multa de dos Karchapanas, penalidad a la que se condenaba la resto de los transgresores.[49] Del mismo modo, la doctrina Canónica a pesar de que apostara por la acreditación del discernimiento, entendía que en todo caso debía aplicarse una penalidad atenuada al menor culpable[50], siendo cierto que en las Decretales de Gregorio IX se recogía que los menores deberían ser castigados con menor rigor que los adultos. También en Roma encontramos muestras de esta mitigación, pues excepto en los casos de crímenes graves, a los menores de 25 años se les penaba menos duramente que a los adultos e incluso podía tenerse en cuenta la edad para fijar la medida de la pena, aún con respecto a los reos que hubieren ya traspasado los límites de la mayoría de edad[51]. Se hace evidente la flexibilización de la ejecución punitiva inspirada en criterios cercanos a la compasión.

Esta línea argumental favorecedora de la flexibilidad punitiva fundada en motivos derivados de la benevolencia y la piedad, más que en los relacionados con las circunstancias concurrentes en la ejecución de la acción, resulta afianzada, en la aplicación de la pena de muerte, pues cuando era ésta la correspondiente al hecho cometido, se permitía su sustitución cuando iba a ser de aplicación a los menores de cierta edad. En los países Nórdicos, la pena capital y al igual que ésta la mutilación, no se aplicaron en ningún caso a los niños, ni en épocas más antiguas, buscando siempre una pena sustitutiva. La pena de muerte acababa siendo sustituida por castigos en la piel y en el pelo, o por el pago en moneda fraccionaria, u otros castigos dictados por el Juez en cada caso,

[48]Vid. SABATER TOMÁS, A., Los delincuentes jóvenes. Estudio sociológico y Penal. Edit. Hispano-Europea. Barcelona. 1967.p. 57.
[49]Cfr. PÉREZ VITORIA, O., ob.cit,p. 14.
[50]Vid. PÉREZ VITORIA, O., ob.cit.p. 20.
[51]Cfr. MOMMSEN T., ob.cit,p. 646

según su arbitrio.[52] Es más, el recurso a la sustitución del último suplicio por otras penas como azotes, corte de cabello, o marca con hierros candentes[53], estuvo extendido entre los pueblos germánicos; sin perjuicio de la componenda o composición que basada en razones de utilidad económica, aplicaban los Frisones, pueblo que entendía que toda herida causada por un niño se salda con el pago de una composición simple.[54] Esta benevolencia en la aplicación de la pena capital también fue predicable de Roma donde el precepto del antiguo derecho según el cual nadie podía ser condenado a una pena propiamente dicha, a causa de un acto realizado antes de la pubertad o antes de la edad viril, solamente continuo respetándose en lo que a la pena de muerte toca[55]. Por ello, la pena capital no se aplicaba nunca a los menores de 25 años de edad[56]. De hecho, la ley de las XII tablas estableció para el delito de pasto abusivo y corte nocturno de mieses que no se aplicara la pena muerte a los impúberes[57], y que se sustituyera por *la castigatio,* con el resarcimiento del daño

[52]Cfr. SABATER TOMÁS, A., ob.cit. pp. 40, 41.
[53]Cfr. PÉREZ VITORIA, O., ob.cit. pp. 20, 21.
[54]Vid. GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, BENITO., Examen histórico del Derecho Penal. Imprenta de Antonio Peñuelas. Madrid. 1866.p. 69
[55] Cfr. MOMMSEN T, ob.cit,p. 53.
[56]Vid. SABATER TOMÁS, A., ob.cit,p. 40. En el mismo sentido PÉREZ VITORIA, O., ob.cit,p.18., sin embargo PESSINA, en elementos de Derecho Penal. 1936, opina que únicamente en condiciones especiales podían obtener esta mitigación de la pena; probablemente en los delitos culposos, - pero no con toda seguridad- en los casos de adulterio o estupro. Por otra parte, añade este autor, solamente para algunos delitos que estaban amparados por la presunción de la ignorancia del derecho.
[57]Vid. PERRIN, B., La minorité pénales en Droit Romain et dans les législations européennes antérieures au XIX siècle., en H. Dondedieu de Vabres y M.Ancel (comp). "le problême de l ´enfance délincuante". París 1947. pp. 11 y ss. En el mismo sentido SÁNCHEZ DE PAZ, MARÍA ISABEL., Minoría de edad penal y derecho penal juvenil. Editorial Comares. Granada. 1998,p. 36, encuentra su fundamento en la presunción de que la impubertad es un estado de discernimiento intelectual incompleto, apoyándose en un principio general de las XII tablas, que distinguía entre actos voluntarios o involuntarios, equiparándose los del menor a estos últimos. Ahora bien, siguiendo a MOMMSEN, T., ob.cit,p.53, nos dice "que el precepto del antiguo derecho según el cual nadie podía ser condenado a una pena propiamente dicha a causa de un acto realizado antes de la pubertad o antes de la edad viril, solamente continuo respetándose en lo que a la pena de muerte toca; en las demás ocasiones, el aplicar o el no aplicar pena era cosa que dependía de la determinación de las particulares circunstancias que acompañasen en el caso concreto (…) cuando se pasaba de la edad de 7 años, se entendía que había que proponer la cuestión tocante al discernimiento (..)". Atendiendo a ello, puede extraerse en conclusión, que cuando la pena de muerte estaba en juego para un impúber su inaplicación era automática, y ni siquiera se acudía al juicio del discernimiento que se dejaba para la aplicación de cualquiera otra clase de pena. Por otro lado y por lo que respecta a la voluntariedad o involuntariedad de las acciones realizadas por

mediante una pena pecuniaria *in duplum*. En el hurto cometido por impúberes, la pena era reemplazada por una simple amonestación (*Verberatio),* siendo muy posible que parejas sustituciones tuvieran lugar en muchos casos de los cuales, no ha llegado hasta nosotros vestigio alguno[58]. Por su parte, el *Talmud Ebreo* excluye al menor del suplicio de la lapidación antes de alcanzar la pubertad, pero sin embargo, permite ejecutarla una vez superada ésta, siempre que no haya alcanzado todavía la edad viril.[59] También dispone éste en otro lugar, que para reclamar la muerte del hijo culpable era preciso que lo demandaran conjuntamente el padre y la madre, de manera que el perdón o la indulgencia de uno de ellos evitaba que se llevara a cabo el inhumano suplicio, que según declaran los textos hebreos, nunca fue en realidad aplicado.[60]

Ahora bien, otras sociedades, ponen el acento mitigador en la creencia de la involuntariedad en la realización de la acción llevada a cabo por los menores, y así se recogía en el propio uso o en la ley de aplicación. Cabe recordar a este respecto la doctrina de la filosofía Griega o ciertas disposiciones del derecho germánico longobardo, en donde comienzan a distinguirse actos de naturaleza involuntaria que justificaban su atribución a los menores de cierta edad[61]. También resulta significativo, sin abandonar los entresijos de la pena capital, que en épocas más avanzadas como la que dio origen a la "Constitutio Criminalis Carolina" en el año 1532, se dispusiera que un menor de 12 años no podía ser condenado a muerte a menos que existiera una razón particular o que

menores, el hecho de que la pena de muerte no se aplicara a menores de 25 años no puede encontrar otro fundamento que la piedad punitiva, ya que sostener en todo caso la involuntariedad de acciones en persona en torno a esa edad, resulta más complejo, desde nuestro punto de vista.

[58]Vid. PÉREZ VITORIA, O., ob.cit,p.16

[59]Cfr SABATER TOMÁS, A., ob.cit,p.40. "(…) Desde la aparición de dos pelos en cualquier parte del cuerpo, signo de pubertad, hasta el crecimiento de la barba, que denota ya el hombre completamente desarrollado; prácticamente, según los rabinos, por espacio de tres meses a partir de los trece años (…)"

[60]Cfr. PÉREZ VITORIA, O., ob.cit,p. 15

[61]En una determinada época del derecho germánico, como veremos en este trabajo, el delito cometido por un menor se equipara valorativamente a un hecho causal, involuntario y, como tal, la pena debe ser objeto de atenuación. Igualmente en el derecho Longobardo, comienza a valorarse la intencionalidad, entendiendo que los menores de 12 años no tenían intención de atentar en ningún caso contra la colectividad.

la malicia supliera a la edad, en clara manifestación presuntiva de ausencia intencional en los actos cometidos por menores de dicha edad. También en España, durante la vigencia de las Partidas de Alfonso X, en ningún caso se aplicaba la pena de muerte al menor de 17 años, dado que el sujeto no sabe ni entiende el error que hace.[62] En este mismo plano, la falta de la capacidad de reflexión y de deliberación de los niños fue advertida por Aristóteles, que en su *ética a Nicómaco*, aplicó el nombre de *intemperanza*[63] a las faltas cometidas por ellos, entendiendo que los menores de edad poseían una voluntad incompleta.[64] La consecuencia de esta situación psicológica de los menores, según Aristóteles, es que éstos realizarán actos voluntarios guiados por las pasiones y no por la razón, pero en todo caso, al no ser aquellas conductas del resultado de una deliberación y de una elección, así como fruto de reflexión y de la razón, no podrá entenderse que hayan actuado con la justicia o la injusticia propias de un hombre justo o injusto[65].

Las ideas Aristotélicas sobre la concepción de los niños y menores casan con el hecho de que en la Polis Griega se pretendiera cierta construcción teórica para valorar jurídicamente, la deficiencia intelectiva existente en los niños y menores de edad. Es en este entorno, donde Platón en su obra *las leyes,* además de subrayar la situación psíquica especial de los niños, pone de manifiesto que estos poseen una incapacidad intelectual derivada de la fogosidad que presentan, al no guardan reposo ni en el cuerpo ni en la voz, y por ello, gritan y saltan en desorden[66], aunque por

[62]Cfr.SOTO ACOSTA, F., Historia de la Justicia de Menores (adolescentes) en México, Epikeia. Derecho y política, revista electrónica del departamento de ciencias jurídicas de la universidad iberoamericana León,p.5.

[63]Vid.ARISTÓTELES., Ética a Nicómaco. Traducción y notas de Julio Pallí Bonet. Gredos, Barcelona. 2007,p.1111b.5

[64]Vid.ARISTÓTELES., La Política. Libro I, Capítulo V**,** El poder doméstico, (www.edu.mec.gup.uy./biblioteca_digital/libros/a/ Aristóteles/).p.20.

[65]Vid. ARISTÓTELES., Ética a Nicómaco, ob.cit,p.1135b20-1136ª6.

[66]Vid PLATÓN., Las leyes., Edición de José Luis Ramos Bolaños IX, AKAL/Madrid.1988. 863c-d. En el mismo sentido COMPAY CERVERA, I., ob.cit,p.25. Es igualmente significativa la referencia que en este aspecto realiza ALVARADO PLANAS, J., ob.cit,p.46 "Con respecto a estos comportamientos desordenados y molestos de los niños, cabe hacer mención al poema Babilónico de la creación, en el que se recoge que el Dios Apsú se queja del alboroto que causan sus hijos-dioses después de ser creado: "insoportable me es su conducta. De día no puede reposar, de noche

otro lado, no detrae a la debilidad del niño, su condición fundamental en el plano de la penalidad.

La especial atención sobre la influencia de la Psique en la conducta del individuo, permitió al pensador griego graduar la imposición de las sanciones. Pero lo hizo, teniendo en cuenta no solo la gravedad de la ignorancia y por tanto de los defectos intelectivos en el obrar humano, sino también y en plano de igualdad, según la fuerza y el vigor del sujeto, y en consecuencia, valorando como cuestión fundamental desde un punto de vista punitivo, la debilidad propia de los niños y ancianos, que le lleva a demandar para este grupo de infractores, la promulgación de leyes más benignas[67]. Resulta lógico entender que la justificación de tal petición mitigadora de la norma, se encuentre en la benevolencia y en la humanidad frente a la debilidad[68] padecida por menores y ancianos, por razón de que a pesar de la observancia de dichas carencias fisiológicas, el pensador Griego, los considera culpables de los hechos.

En este contexto cabe afirmar, que la ausencia de discernimiento ni excluía ni atenuaba la penalidad, pues en Platón se observa que las penas prevista para los delitos más graves como

---

no puedo dormir. Voy a aniquilarlos para que reine el silencio entre nosotros y así podré dormir"

[67]Vid PLATÓN., Las Leyes., ob.cit,p.392 "(…) Y si alguien dijera que la tercera causa de los delitos, es la ignorancia, desde luego no mentiría. El legislador en los casos de ignorancia simple debe considerarla responsable de delitos leves. En los casos de ignorancia doble, es decir, cuando uno no sabe lo que trae entre manos por estar dominado por la ignorancia, pero se cree al mismo tiempo sabio, imaginando saber perfectamente lo que el adulto sabe. Si una ignorancia de esta clase va acompañada de fuerza y vigor, el legislador la tendrá por culpable de faltas graves y groseras, pero si va acompañada de debilidad, considerará estas faltas como propias de niños y ancianos, y como culpables les darán leyes, que serán no obstante, las más suaves de todas y las que más cabida den a la clemencia (…)"

[68]Cfr.COMPAY CERVERA**,** I., ob.cit.p.25 "Para los Ateniense las características de los niños que predominaban serían la que GOLDEN denomina como "atributos negativos", es decir, que los niños eran considerados principalmente por las carencias de cualidades que los adultos si poseían, y de ésta manera, de lo que ellos se resaltaba era su debilidad física, su incapacidad mental y su incompetencia moral. Lo relevante de esta concepción es la forma de entender la relación que existe entre todas estas características; la debilidad física, incapacidad mental e incompetencia formal forman un todo en el niño que de forma esencial se complementan".

traición a la ciudad o *el parricidio*[69], y las lesiones a los padres por parte de menores, se revestía de la misma severidad en los menores que en los adultos[70]. En definitiva, excepto algunas sociedades mencionadas, la generalidad de ellas, ante la ausencia de una técnica jurídico-penal que contemplara la incapacidad del niño o menor para comprender las consecuencias de sus actos, impusieron las mismas penas que la que correspondía a los adultos con un sentido retributivo de la misma, pero sin embargo, se permitió su dulcificación en razón de ejercicios compasivos y piadosas fundados en la debilidad intrínseca de los niños.

1.3.-Manifestaciones del sistema retributivo de la responsabilidad del menor en el mundo antiguo: el derecho punitivo familiar y la responsabilidad colectiva.

1.3.1.-El derecho punitivo familiar y la responsabilidad colectiva.

Si algo caracterizaba al hombre de las primeras poblaciones es que únicamente alcanzaba el amparo suficiente para desplazar y vencer los peligros, que de las fuerzas de la naturaleza, de la magia, y de los enemigos podían nacer para provocarle algún mal, en la familia; lo que elevaba a cuestión social y de supervivencia, su pertenencia a ella. Ni los niños, ni las mujeres, ni los viejos poseían individualidad, o si se quiere, un estatus jurídico diferenciado fuera de la familia, como tampoco lo tenía el que había sido expulsado del grupo.

[69]Es más, el pensamiento de estos filósofos se recrudece ante el maltrato del menor a sus padres. El parricidio era para Platón un acto tan atroz, que llegaba a maldecir al autor del crimen aunque fuese un niño. Vid. Platón. La Leyes, ob, cit. 811a, c, y d. También en p.878e, refiere que para las heridas producidas por arrebato, que los hijos infieran a los padres, es preciso que los jueces sean hombres que hayan pasado los sesenta años y que tengan hijos de su sangre, no ya simplemente adoptivos.

[70]Vid. PÉREZ VITORIA,O., ob.cit.p.15, pone de manifiesto que la ausencia de discernimiento ni excluía ni atenuaba la penalidad. De hecho siguiendo a platón se observa que en delitos graves como (traición a la ciudad, el parricidio, y las lesiones a los padres) los menores eran castigados con la misma severidad que los adultos.

La familia se constituía como un grupo parental formado por descendientes de un cabeza de familia, y estos eran considerados como un mero objeto sometido y dependiente de aquel. Como regla general la estructura familiar de las Sociedades milenarias se constituían de manera patriarcal. Los pueblos mesopotámicos, como Persia, Egipto, Israel, Grecia o Roma, nos han dejado vestigios sobre la existencia de una configuración patriarcal en la estructura del clan, familia o tribu. A partir de esta configuración jerarquizada de la familia se condicionaban los designios de todos los que se encontraban sometidos al jefe de aquella.

La edad y la superioridad física, a la que se le atribuyen en una evolución posterior concepciones mágicas y religiosas, dan la jefatura al padre o cabeza de familia.[71] La caracterización del patriarcado desde un punto de vista Jurídico aparece regido por el elemento básico de que el padre de familia contaba con un poder ilimitado sobre sus sometidos, impartiendo la *llamada justicia doméstica*[72]. Las facultades atribuidas al cabeza de familia podían ser tan amplias que se

[71]Vid. ALVARADO PLANAS .J., ob. cit,p. 42, citando a ORTEGA Y GASSET, para quien es fácilmente deducible extraer que el cabeza de familia, como jefe de la organización familiar- *al igual que otros, el mejor para dirigir la caza, o el anciano de más experiencia*- ejercía una función necesaria para la comunidad, y ante tal relevancia, a través de la *imitatio* o de la repetición de sus actos individuales por el grupo humano podían convertirse estos en usos o costumbres obligatorias. Vid. ALVARADO PLANAS, J., ob.cit,p.41. "El jefe imitaba a los dioses y participaba de su sacralidad. (…) las cualidades más sobresalientes del individuo (la inteligencia, la fuerza, habilidad, oratoria) eran atribuidas a la mayor o menor participación con lo sagrado".

[72]Cfr. MOMMSEN T., ob.cit,p. 91 y ss. "Salvo restricciones, por censurable, por perjudicial que fuese para la sociedad semejante acto, -refiriéndose a la exposición de los niños con deformidad-, el padre tenía derecho de consumarlo; era y debía ser siempre dueño absoluto de su casa. Tenía a los suyos sujetos a la regla de una severa disciplina; tenía el derecho y el deber de ejercer la justicia entre ellos; hasta imponía si lo creía conveniente la pena capital. (…) Por último, quiso la ley que en el ejercicio de su poder de justicia domestica no pudiese el padre, y sobre todo el marido, disponer de la suerte de los hijos y de la mujer sin haber convocado antes a sus parientes próximos en el primer caso, y además a los de la mujer en el segundo". En el mismo sentido en su obra Derecho penal romano; ob.cit, p.14, pone de manifiesto que el poder punitivo ejercido por el padre sobre los hijos, no era otra cosa, que el ejercicio del derecho que al propietario corresponde. Por otro lado, VON HENTIG, ob.cit,p.141, citando a PLATÓN., Leyes, III, 680; refiere que el filósofo compara el señorío del más anciano con el del animal que guía el vuelo de las aves, y dice que la justicia doméstica en el sentido de su optimismo utópico, es la forma más justa de realeza. También Vid. Aristóteles, Política, I, 1,7, en el mismo sentido "(...) La familia es una unidad biológica. Por su unión velan fuertes instintos animales."

ejercitaba sobre ellos, a su poder y voluntad, como dueño y señor, en uso arbitrario, y sin la necesidad de una previa definición de los delitos y de las penas, o de un procedimiento penal al que atenerse. Los hijos eran entonces propiedad de los padres y estaban sujetos a su exclusiva disposición[73]. Esta falta de determinación legal, lleva a Mommsen[74] a afirmar que el poder perteneciente al jefe doméstico no era otra cosa que una manifestación del ejercicio del derecho que a todo propietario corresponde, y no debe ser, por tanto, considerado como derecho penal. También en esta precisa línea, Grecia, con *Aristóteles,* justifica el poder atribuido al jefe de familia en el mencionado derecho de propiedad, pues no solo entiende al hijo como una persona dependiente del padre, o como una persona inmadura o con capacidad deliberativa imperfecta, sino también como una simple parte del aquél, considerándolo una propiedad suya, incluso llega a equiparar la propiedad sobre el hijo, como la que puede tenerse sobre el cabello o los dientes[75]. En Roma, *el paterfamilias* dirige y conduce la familia según su voluntad suprema. Ante él no tienen absolutamente ningún derecho los que viven en la casa: el Buey, lo mismo que el esclavo; la mujer, lo mismo que el hijo[76].

En general, los niños eran acreedores del recibo del automatismo punitivo de las primeras comunidades, donde los usos y costumbres trasmitidos de generación en generación no precisaban ser impuestos, sino que se imponían por sí mismos a través de una justicia intrafamiliar de origen patriarcal. Es en este contexto de sometimiento a la autoridad paterna en la que se desenvolvía la vida de los hijos y sometidos, que sin distinción de edad, cuando eran considerados delincuentes, al estar sujetos al poder doméstico, les era objeto de aplicación el derecho familiar a falta de un

[73]Vid.VON HENTIG.,ob.cit. Pág 142. "(..) En la antigua palestina fue en los primeros tiempos casi ilimitado (…)"
[74]Vid.MOMMSEN, T., ob. cit,p. 14.
[75]Vid.COMPAY CERVERA, I., ob.cit,p. 40, citando ARISTÓTELES.
[76]Cfr.MOMMSEN.T., Historia de Roma, Editorial Turner. Madrid. 1983,p.93.

procedimiento establecido por el Estado[77]. El antiguo derecho familiar Romano generalizo la aplicación de la figura de la *noxa*, cuyo mecanismo aplicable por igual a hechos, como el homicidio, el robo o el daño en las cosas, no constituía un procedimiento penal propiamente dicho, pero sirvió de modelo para el procedimiento en los delitos Privados. Por *la noxa* cuando un impúber, sometido al jefe de familia, hubiese causado un daño a un tercero, aquel estaba obligado a resarcir tal daño por la vía de la compensación, o bien entregando al dañador al perjudicado[78].

Ahora bien, este poder ilimitado existente sobre los sometidos[79] en la antigüedad adquiere dimensiones diferentes, según las épocas y el potencial legislativo de aquellas sociedades. Parece ser que el derecho familiar paterno comienza a recibir limitaciones por el poder público. Así, en el patriarcado más antiguo regía la astucia o la fuerza, la superioridad más bien física que moral, en tanto que en el derivado de los pueblos que conocían las leyes, era más bien un principio de equidad fundado en la razón, y frecuentemente dirigido por inspiraciones del cielo.[80] Buena muestra de ello se encuentra en el código *Hammurabiano* donde se observa un patriarcado más limitado con respecto al poder del padre, como igualmente lo encontramos, en el Egipto de los faraones.

---

[77]Vid.MOMMSEN,T., Derecho penal Romano, ob.cit,p. 15, nos dice que tan pronto como comenzó a emplearse el procedimiento público o del Estado en los delitos privados, perdió su importancia con relación a los mismos, el sistema de punición doméstica, sin que por esto dejara el mismo de ser aplicable a los delitos cometidos por los individuos sujetos al poder doméstico.

[78]Vid.MOMMSEN, T., Derecho penal Romano., ob.cit,p. 15.

[79] Vid.FERNÁNDEZ BAQUERO M.E, (2001)., La Familia en Roma: entre los "Mores Maiorum" y la norma escrita, en Ramón López Rosa y Felipe del Pino Toscano (eds), Derecho de familia y los Derechos reales en la romanística Española (1940-2000). Huelva,p.110. **"**Cabe preguntarse por qué la organización de *la civitas* permitió o delegó en el paterfamilias tanto poder. Una hipotética explicación se puede desprender después de leer los primeros libros de Tito Livio *(Ab Urbe condita libri*) y Dionisio de Halicarnaso (*Antiquitates Romanae*), sobre cómo fueron los primeros siglos de existencia del pueblo romano. Utilizando dichas fuentes, con la debida cautela y contrastado unas con otras, se aprecia durante el periodo comprendido desde los orígenes de roma hasta inicios de la República, el poder del padre se encuentra absorbido principalmente por la preocupación de encontrar un lugar preeminente frente a los otros pueblos de la Antigüedad. Cualquier intromisión en el ámbito de la patria protestas de pater solamente se puede justificar si era en pro de este cometido, o en todo caso, para mantener la pax deorum, dada la plena fusión en esta época de mundo jurídico y el religioso"

[80]Cfr.GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B.,ob.cit.pp 3 y 4.

En Roma, a partir de ciertos periodos históricos, fue acotándose poco a poco este poder paterno. En concreto a partir de la época republicana y principios del Principado- *finales del Siglo I y comienzo de nuestra era*- el paterfamilias[81] fue encontrando progresivamente límites en su poder por parte de la actividad normativa de los emperadores, asumiendo el poder público la regulación de aquellas cuestiones que en tiempo pasado se resolvieron en el ámbito familiar, y provocando consecuentemente de manera definitiva que el imperio de las leyes fuera más fuerte que las antiguas *mores maiorum*. De manera ejemplificativa, podemos subrayar que a partir de Diocleciano, y de Constantino se prohíbe la venta de los hijos. De hecho, este último emperador, inspirado en las ideas cristianas, hizo colocar en las iglesias cunas donde se depositaba a los menores abandonados por sus padres. Valentianiano I tuvo que dictar leyes prohibiendo el abandono de niños recién nacidos y en la antigua Grecia, el derecho de vida y muerte sobre ellos, si llegó a estar vigente en algún periodo por la legislación ateniense, dejaría de tener vigencia tempranamente por las leyes de Solón.

En todo caso, el máximo representante familiar, siempre logró una fuerte protección con la consideración del parricidio como un delito atentatorio contra la colectividad, que se manifestaba en *la cruenta pena de muerte*[82] *que se imponía a su autor, y* sobre la que pueden asaltar dudas acerca

[81]Vid.FERNÁNDEZ BAQUERO M. E, 2001., ob.cit.p.109. **"**se comprende que el papel desempañado por el paterfamilias fuese comparable al de un jefe político e, incluso religioso, dada la importancia que tuvo este factor, especialmente en la época más antigua del derecho romano, hasta el punto de que en un principio- y hasta ya iniciada la etapa republicana-se encontraba plenamente fusionada la norma religiosa (fas) con la norma jurídica (ius) ".

[82]Vid.MOMMSEN, T., Derecho Penal Romano, ob.cit,p. 568. Lo que primero se hacía era azotar al condenado, y después se le cubría la cabeza con un gorro de piel de lobo, se le calzaban los pies con unos zapatos de madera, se le metía en un saco de cuero de vaca, juntamente con culebras y otros animales, se le conducía al río en un carruaje tirado por caballos negros, y se le arrojaba al agua. También en p. 406 escribe "la ley Pompeya abolió la conocida *pena del saco*, en cambio hizo extensiva al parricidio la pena de muerte en la forma como en general se aplicaba entonces o sea en la de destierro. Sin embargo, en tiempo de Augusto primero y Adriano después, volvió a usarse la pena del *Cuelleum*, no ya al parricidio en general, pero si el de los ascendientes, y Constantino ordenó de un modo expreso que así se hiciera".

de su aplicación a niños o adolescentes Romanos, dada su tremenda crueldad, aunque sí fue objeto de aplicación a los jóvenes. Y no es extraño que muchos de ellos, por la necesidad de pagar sus deudas, atentasen contra su progenitor con la finalidad de poder acceder a la herencia, que le permitiera solventara sus pagos. El *parricidio*, en definitiva, consistía en dar muerte a alguien de la propia familia, clan o tribu, constituyendo para los hombres primitivos un hecho muy distinto del que mataba a un extraño cualquiera[83]. De hecho, mientras que el homicidio, quedaba abandonado a la venganza privada, el *parricidio,* tuvo siempre una sanción en el interior del grupo o clan[84], existiendo un interés colectivo, en la ejecución de la pena a imponer. La ejecución de la pena capital en Roma se realizaba en forma de *culleum,- conocida como "el saco"*- esto es, a través del ahogamiento del reo, introducido previamente en un saco, junto con un perro, un gallo, un mono y una serpiente, en claro alarde de combinación de pena con sacrificio humano a través de animales, al que se le ha pretendido justificaciones de naturaleza fantásticas.

En Grecia, nos ofrece curiosidad la sanción determinada por Platón en *las leyes*, al pedir para los niños que matasen a sus padres, la aplicación de la pena de privación de *los honores infantiles*[85]. El filósofo Griego llega a maldecir a los autores de este delito, entendiendo que la simple agresión a los progenitores debe castigarse con la pena máxima, aunque fueran niños. En España, el sistema de sometimiento a la autoridad familiar se deja entrever de manera más evidente en la legislación anterior a las Partidas. En concreto en las disposiciones forales abundan normas de orden educativo familiar y por tanto de corrección paternal. A este respecto, la razón de ser esta normativa es que en aquellas remotas épocas en las que la más importante preocupación colectiva era la lucha continua con los musulmanes invasores, el poder público, para desentenderse de

[83]Cfr.MANZINI. V., ob.cit,p. 37.
[84]Cfr MANZINI. V., ob.cit,p. 38.
[85]Cfr. PLATON, las Leyes., ob.cit.810.b, que equivaldría hoy a la pena de inhabilitación absoluta, que admite la ley orgánica de Responsabilidad del Menor.

preocupaciones, concedía a los padres amplia potestad sobre los hijos, lo que les permitía la imposición de durísimas correcciones[86].

Por otro lado, el automatismo punitivo de los pueblos primitivos también se extendía a la aplicación de medidas preventivas, con fines de defensa social. En efecto, acudiendo a una visión estrictamente utilitaria, observamos que actividades como la guerra o la caza que constituían una actividad necesaria para la supervivencia familiar, determinaban funcionalmente al niño a una carencia absoluta de valor social[87], que le permitía mayor facilidad para ser objeto de pena de rechazo, al ser considerados como una carga para la comunidad. Se entiende así, que la costumbre de matar a los débiles, (niños, enfermos, viejos), era una medida de defensa social que en tiempos pasado aprobaba y ejecutaba el propio grupo. El homicidio del ser débil, no se hacía cuestión de culpabilidad, sino *de peligrosidad social* para la pervivencia familiar, y se ejecutaba a modo de medida de seguridad[88].

Un recurso extendido en todos los pueblos antiguos, en aras de la consecución de la supervivencia del propio grupo familiar, era la llamada *exposición,* conocida como *expulsión o destierro,* cuando era aplicaba a los adultos. Esta medida defensiva buscaba apartar el mal del grupo, través de la *inocuización*. Se trataba de un recurso preventivo que tenía como escenario para su ejecución los bosques o la Selva, a fin de complacer las embestidas y ataques de los animales salvajes o rabiosos, que podían ocasionar la muerte del abandonado. En palabras de Heinrich

[86]Cfr. CUELLO CALÓN., La infancia delincuente y abandonada en la antigua legislación española. Revista penitenciaria. Año II. Madrid. 1905,p. 742.

[87]Cfr. NÚÑEZ PAZ, M. A., La buena muerte. Técnos. 2006,p.33. "La eliminación de los ancianos y de los niños recién nacidos con malformaciones genéticas de importante consideración o de los enfermos muy graves carentes de solución, en base a que lo único que estos pueden aportar a la comunidad eran importantes cargas tales como su difícil traslado o el propio consumo de alimento, sin duda más necesario para los cazadores y otros individuos que, por el contra, ofrecían beneficios al clan y para los que había que poner todos los medios posibles a fin de mantenerles sanos y fuertes"

[88]Vid.VON HENTIG., ob.cit,p.195.

Zimmer[89] "el destierro a las tierras incultas, a la selva, es la forma usual de *inocuizar* al que ha sido privado de sus derechos". La consecuencia de tan sórdida y atroz medida se resumía en la llamada perdida de la paz[90]. Con ésta, se cortaba el tronco del grupo cerca de sus raíces cuando los desterrados eran los niños.

Tanto en Roma como en Atenas, la exposición de los hijos era una práctica comúnmente aceptada, ya que de su ejercicio no derivaba ninguna clase de sanción para el padre. A veces se justificaba en que la perturbación del curso normal de la naturaleza delataba que los Dioses estaban descontentos.[91] De hecho, en los orígenes germánicos, la exposición de los niños tuvo un carácter supersticioso: Los niños que nacían un día infausto constituían un peligro para la colectividad[92]. En otras ocasiones, el hambre y la necesidad se mostraban argumentos suficientes para que en aras de la pervivencia de la familia, los niños pudieran ser abandonados. Además, resultaba obligatorio en

[89]Vid. HEINRICH ZIMMNER, Maya de indische Mythos, Zurich, 1952. En el mismo sentido VON HENTIG.,ob. cit.Pág 117.

[90]Cfr.VON HENTIG., ob.cit,p.118. "El privado de la paz que queda rebajado a ser un hombre de los bosques puede ser muerto sin que nadie se preocupe de ello…no se conocen asilos para el que está privado de la paz."

[91]Vid. TITO LIVIO, XXVII, 37, citado por VON HENTIG, ob.cit. "(...) a razón del carácter supersticioso del pueblo romano, en el año 545 A.C, en que Asdrúbal se disponía a venir en ayuda de Aníbal, sucedió el siguiente estremecedor acontecimiento: "Apenas se habían tranquilizado los ánimos por estas santas amenazas, cuando les angustió (a los romanos) una nueva noticia: La de que en Frusini había nacido una criatura tan robusta como un niño de cuatro años, pese a lo cual no era extraño su tamaño, sino…el no saber si había venido al mundo un varón o una hembra. Los Augures traídos de Etruria declararon que la criatura era un monstruo abominable y repelente, que tenía que ser desterrado de suelo romano y, lejos de todo contacto con la tierra firme, arrojado a los profundos del mar. Así que lo metieron vivo en un cajón, lo condujeron hasta el mar abierto y lo echaron por la borda". También narra que en el año 552 A.C: "De varios lugares llegaban noticias de abominables engendros de hombre y animales. En sabinia nació un niño del que no se sabía si era del género masculino o femenino…Se halló otro, de dieciséis años, igualmente de sexo incierto. ..todos estos fenómenos se tuvieron por funestas anomalías, por desatinos de la naturaleza extraviada en la generación de un sexo al otro. Los hermafroditas era execrados como presagio de especial infelicidad y se le arrojo al mar, igual que aun hace poco un horrendo monstruo andrógino fue sumergido en la mar." También en época de Augusto, Suetonio, en Augusto, 65, se narra como éste desterró a su hija Julia a la isla de Pandataria, y la no menos corrompida nieta del mismo nombre a la isla de Trimeo. (…) El hijo que dio a luz la nieta después de la condena, por mandato del emperador, fue equiparado a un monstruo y condenado a morir de hambre"

[92]Vid.VON HENTIG, ob. cit,p.195.

las antiguas costumbres romanas dar muerte a los nacidos deformes[93], estos podían ser igualmente expuestos junto a la columna Lactaria, o en los estercoleros públicos, donde si la piedad de un particular no interviniere, podrían morir de hambre o de frío o devorados por los perros errantes[94]. Por doquier existió un derecho de exposición, acaso un deber tratándose de niños malformados[95]. Pero la defensa del grupo familiar también permitía otras modalidades de tratos más explícitos y brutales hacía los niños. Ejemplo de ello, fue la llamada Asfixia por Inmersión, sobre la que Séneca nos cuenta en *De ira, I, 15,* que cuando los niños eran débiles y constituidos contra la naturaleza, los ahogaban en las aguas profundas de un Rio o Mar.

Avanzando aún más en el frio terreno de la defensa social, no puede obviarse los efectos de la venganza de la sangre sobre la prole y su futuro, los niños. En efecto, en la vindicación se acudía a dar muerte a los parientes más próximos incluidos los hijos[96], que eran contemplados como futuribles propicios a la venganza cuando su capacidad física se lo permitiese. El deseo de venganza aparecía constituido en obligación, que a veces se perpetuaba artificiosamente, aún pasada la ira y el ímpetu del primer momento, de hecho era cosa inefablemente dolorosa

[93]Vid.MOMMSEN, T.,ob.cit,p. 92

[94]El proceso de admisión en la familia del recién nacido lo recoge, GALINO, MARÍA ÁNGELES, "Historia de la educación I. Edad Antigua y Media" (1968). Biblioteca Hispánica de Filosofía. Ed. Gredos, S.A. Madrid. 1968,p.241 "en cuando éstos nacen –nos explica (*Galino, 1968:241*) – son depositados a sus pies. Sólo si el padre los levanta y los presenta ante el fuego del hogar, declarándolos hijos suyos, recibirán los cuidados necesarios a la vida. En caso contrario serán expuestos junto a la columna Lactaria, o en los estercoleros públicos, donde, si la piedad de un particular no interviene, morirán de hambre o de frío o devorados por los perros errantes. Se exponían, sobre todo, sin remordimientos, los bastardos y las niñas. Bajo Trajano, y en el mismo año, las inscripciones alimenticias de una ciudad no consignan, por lo que se refiere a los niños en su primer año de vida, más que 34 niñas, frente a 154 niños, lo que obliga a inducir un crecido número de niñas expuestas. Pasado este primer momento, aún podía el padre desentenderse del hijo por la venta de la mancipatio, que entregaba al hijo a la servidumbre, desheredándolo y rompiendo los vínculos que le unían a su familia. Recibido el hijo en el seno de la familia, el padre es el educador nato del mismo, y aun cuando más tarde, en tiempos del Imperio, se generalice la costumbre de enviar los hijos a las escuelas públicas, siempre se considerará que los maestros tienen una autoridad delegada del padre, como lo observa Quintiliano".

[95]Cfr.VON HENTIG., ob.cit,p.195.

[96]Cfr.MANZINI. V., ob.cit.p.57."Ningún placer iguala al de una venganza completa."

para los hombres primitivos la imposibilidad de vengarse[97]. La defensa social, no se entendía sino con el uso y el recurso de la venganza de la sangre y de la llamada responsabilidad colectiva[98]. Sobre esta última, el ejemplo más claro, son los pueblos Nórdicos, mesopotámicos, Israel o China. Se dice, que el sistema de la responsabilidad colectiva tuvo que hundir sus raíces, profundamente en necesidades elementales de nuestra vida afectiva, y debió tener un crudo valor utilitario. Cuando se observa que en Palestina, en la Roma antigua, en la Rusia de Iván el terrible, e incluso en la del S.XX, se da muerte al padre y a los hijos, tenemos que pensar en el imperativo de la venganza de la sangre que se dirige en primer lugar contra el hijo[99]. A través de una cultura aniquiladora del individuo,- *no existían individuos, sólo el grupo o clan*- se acudía a aquella forma de responsabilidad, cuya extensión alcanzaba a todos los parientes, sin que los niños ni siquiera atendiendo a su condición física, fueran una excepción a su aplicación; pues como al paso del sarampión o de la escarlatina, culpabilidad se trasmitía a cuantos vivían en el mismo techo.[100] Este arma intimidatoria de la imputabilidad colectiva, cobraba especial trascendencia cuando el círculo de responsabilidad englobaba a los hijos, que identificados como el germen de las generaciones venideras, aspiraban a dar continuidad al clan o familia de pertenencia; y a procurar cuando fuera posible la vindicación, llegando a

[97]Cfr.MANZINI. V., ob.cit,p. 57. Narra que en Noruega cuando la casa de Nial arde en el fuego encendido para matarle sus hijos y le ofrecen la salvación a él, y a su mujer, él rehúsa salvarse, diciendo: "Viejo soy e incapaz de vengar a mis hijos, y no quiero vivir en la vergüenza".

[98]Cfr.VON HENTIG., ob.cit. Pág 15. "A medida que retrocedemos en el pasado, nos sale al paso con mayor claridad la práctica de la responsabilidad colectiva. En la antigua china era decapitados todos los parientes masculinos del culpable de alta traición: padre, abuelo, hijos, nietos, tíos, y los hijos de todos ellos. El culto a los antepasados y la estrecha cohesión de la familia fueron puesto al servicio de la intimidación."

[99]Vid.VON HENTIG.,ob.cit,p. 21. "En la tragedia griega apuntamos a numerosos pasajes que apuntan a este origen histórico de la responsabilidad colectiva. Cuando los parientes varones están obligados a ejecutar la venganza de la sangre, les guste o no, el exterminar a los miembros varones de la estirpe es una medida preventiva que no deja de ser razonable. Polimnesto no hace ningún secreto de lo que piensa después de haber dado muerte a Polidoro. Dice así: ¡ Sabe que he matado este retoño!. Escucha, escucha por qué le maté: con sabía deliberación y astucia ocurrió la cosa. Temía que aquella rama que te es enemiga, permaneciendo viva, pudiera a Troya reconstruir de nuevo".

[100]Cfr.VON HENTIG., ob, cit, p.17

medirse, en ocasiones, la fuerza de cada grupo, por el número de descendientes[101]. 1**.3.2.- La responsabilidad sacramental de los menores**

Si alguna respuesta jurídica estremece en el trato dispensado a los niños, es la responsabilidad expiatoria de éstos frente a males, epidemias, enfermedades y catástrofes naturales. Partiendo de que la ideología jurídica del hombre arcaico, como es deducible, no se construía conforme a criterios políticos, filosóficos o racionales, sino más bien a través de una cultura mitológica, que participaba de lo sagrado; cabe apreciar en el pensamiento jurídico antiguo, el referente a que con fines defensivos existió una llamada protección sacramental de la sociedad. Se trata de una responsabilidad sagrada en la que los ritos expiatorios tenían una finalidad de reintegración del pecado-Delito con los Dioses[102]. El menor compensaba su escaso valor social, con un alto precio reconocido, cuando era objeto de ofrenda a la divinidad[103]. El sacrificio alcanzaba un

[101]Otro signo de paradoja utilitaria del menor. En el mismo sentido es significativo lo expuesto por FERNÁNDEZ BAQUERO M.E, (2001) ob.cit,p. 111. "Un texto de Dionisio de Halicarnaso (Ant.rom II, 15,2) hace alusión a los límites que Rómulo introdujo al poder ilimitado del *paterfamilias*, entre ellos, no matar a ningún niño no menor de tres años, a no sé que fuese lisiado o monstruo, o la obligación de que sus habitantes criaran a todo vástago varón y a las hijas primogénitas. Esta norma se inspiró, no en un principio humanitario sino en puras razones políticas, en cuanto que era necesario tener el mayor número de ciudadanos posibles para defender la *cívitas* y para imponer a sus vecinos la autoridad romana con la fuerza de las armas. Por otro lado, la referencia a las mujeres que se realiza en el texto también es comprensible en la medida que ellas eran imprescindibles para la procreación, ya que casándose muy jóvenes y no disponiendo de contraconceptivos eficaces, parían normalmente un número elevado de hijos; en definitiva, ella era la única vía para mantener suficientemente elevados los índices de natalidad".

[102]Vid. ALVARADO PLANAS,J.,ob.cit. pp.41,42. En las sociedades primitivas no puede entendersla eficacia de los usos y costumbre, sino es a partir del rito cosmogónico, o formula sagrada ejecutada por Dios para crear el universo. Si pudiéramos hablar de política criminal en aquellos tiempos antiguos, podíamos afirmar que el concepto de delito se equipara a pecado o error ritual, y se elabora como una modalidad de regreso al denominado caos, que en cuanto amenaza directamente el orden de las cosas, o la labor cosmizadora de los Dioses, debe ser reparado a través de una ceremonia expiatoria o sanción".

[103]Cfr. VON HENTIG.,ob.cit. Pág 156 "(…) La divinidad lo ve todo, lo sabe todo, lo puede todo. El que infringe sus mandamientos, quien resiste su voluntad, se perjudica a sí mismo, igual que quien desprecia un tabú y provoca su reacción destructora. Si estos hombres desobedecían, los dioses se resentían. Enviaban epidemias, esterilidad, sequías, infecundidad, y la mayor de todas las plagas, la derrota. Conseguir de nuevo el favor del airado Dios era un imperativo de la propia conservación. Y como quiera que no se podían representar a los dioses sino como cual hombres mejorados, de

mayor rango, cuando eran los niños[104], los ofrecidos a los Dioses.

Para Hentig, el máximo valor del sacrificio lo tiene aquello de lo que más cuesta separarse[105]. Por eso, a los sacrificios humanos había de añadirse siempre la máxima calidad: Belleza, juventud, inocencia, ser el primogénito o el hijo único[106]. Este determinismo de origen religioso convertía "al niño" en el objeto propicio de las ceremonias expiatorias, para así obtener la consecución de la liberación de todo mal- enfermedades, peste, enfermedad del

mayor tamaño, más perfectos, había que aproximarse a ellos como a los grandes de la tierra, con actitud contrita, confesando los pecados y la insignificancia, con palabras encomiásticas y ante todo, con ofrendas. Sin embargo, el regalo más precioso era un ser humano (…)".

[104]Vid. EURÍPIDES, Alcestis, 54 citado por VON HENTIG., ob.cit,p.171. "Por los muertos Jóvenes recibo yo un más alto precio".

[105]Cfr. VON HENTIG., ob. Cit, p.173.

[106]Vid. VON HENTIG, ob.cit,p. 170 y 171. "A las potencias del cielo había que obsequiarlas con los dones más preciosos, porque solo ellos expresaban la medrosa adoración (…) surgen valoraciones que ya no tiene el mismo vigor. Cuando Aquiles sacrifica a Ifigenia, ruega a Ártemis que acoja favorablemente la sangre que mana de la hermosa garganta de la virgen. Su hijo, cuando ofrece la sangre autentica de la virgen al sacrificar a la joven Políxena al espíritu del padre, para que lo beba como precioso vino, habla el mismo lenguaje. Corrompido por pertenecer antes a otro, es el ser humano casado, pero sobre todo la hembra embarazada, la cual persona o animal, decae por este hecho, como obsequio válido, lo mismo aún hoy lo tendríamos por un don usado. Incluso la Juventud, uno de los valores máximos no puede compensar la inferior calidad".

ganado, demonios-, o bien, para el logro de victorias en las batallas.[107] 1.4.-La justicia retributiva aplicada a los niños en los pueblos primitivos.

1.4.1.-Pueblos precolombinos: Aztecas y Mayas.

El Derecho Penal en los pueblos precolombinos aparece caracterizado por su gran severidad. El sistema retributivo acogía formas parecidas al Talión, en el que se utilizaban penas corporales y distintas clases de pena de muerte. La minoría de edad era considerada como una atenuante de responsabilidad, y a pesar de encontrarse tan alejados de los asentamientos poblacionales de Europa o Asia, usaban la entrega de los niños como medio de reparación del daño causado, en

[107]Vid.VON HENTIG, ob.cit. Pág 164. "(...) Así discurren las fuerzas causales (…). Una mujer ha cometido un crimen atroz. En castigo sobreviene una enfermedad al centeno y a la leche. Los druidas manifiestan que el tizón sólo puede apartarse sacrificando al hijo de una pareja que señalan por ciertas características. Es encontrado el niño. Pero cuando están a punto de sacrificarlo aparece una ternera particularmente hermosa, que es degollada en su lugar y cuya sangre rociada en los quicios de las puertas expulsa el miasma. Igual. En p.168."Cuando Jiel reedificó Jericó, colocó bajo los cimientos de la ciudad a su primogénito, y bajo las puertas a su hijo menor. En HERODOTO, II, 119 cit. por Von Hentig, ob.cit. pp. 170 y ss." Menelao opina que soplará el viento y podrá despegar de las costas egipcias tan pronto capture a dos niños y los sacrifique. Inmediatamente se levanta la brisa y se hace a la mar". En THOMAS, citado por Von Hentig, ob.cit, pp.303 y 304 "Cuando una tribu estaba cercada y en el mayor de los peligros en Nueva Zelanda, el jefe sacaba el corazón a su propio hijo y lo ofrecía al Dios de la Guerra." En PLUTARCO, temístocles, 13 citado por Von Hentig.,ob.cit. pp 170 y ss "Hallándose en tanto Temistocles-cuenta Plutarco- haciendo un sacrificio en la nao capitana, le presentaron tres prisioneros, gente de presencia extraordinariamente hermosa y magníficamente equipada de ropas y oro. Decíase que eran hijos de Esname, hermana del Rey, y del artiacles de Autareto. En el momento en que los vió el adivino Eufántides, resplandeció el fuego del sacrificio grande y claro en lo alto; al tiempo estornudo uno a la derecha lo que era igualmente un signo. Tomo por consiguiente a Temistocles por la mano y le prescribió que sacrificará a los jóvenes y degollará a los tres tras las precedentes plegarias a Dionisio "comedor de carde cruda". Con lo que los griegos consiguieron a la vez salud y victoria. En PAUSANIAS IV, 9,1-10 citado por Von Hentig, ob.cit, pp. 170 y ss; se narra la conmovedora Historia de una niña sacrificada a la peste. (..) en pág 161, se refiere a Grimm, siguiendo un relato de Afzelio: "En Vestergótland Se decidió hacer un sacrificio humano contra la peste y dos pobres niños mendigos que se acercaron a pasar por allí debían ser enterrados vivos. Se excavó un foso, dieron a los niños que estaban hambrientos, tortas con manteca, y les hicieron sentar dentro. Mientras comían, el pueblo echaba tierra encima con palas en el hoyo. Ay exclamó, el más pequeño en la primera palada, me cae tierra en mi rebanada de mantequilla. La tierra se amontonó sobre los niños y no se volvió a oír nada de ellos". En ESQUILO, Orestía (I) Agamenón, 205-225 citado por Von Hentig, ob.cit. pp 170 y ss, se narra como los hijos de Tiestes son cocinados y dados de comer a su propio padre por orden de Atreo, como castigo por el adulterio cometido por Tiestes".

sentido parecido al ya comentado cuando nos hemos referido al instituto de *la noxa*[108]. En el pueblo Maya esta similitud se observa en la consecuencia jurídica derivada del delito de Homicidio, dado que el menor pasaba a ser propiedad como esclavo *"pentak"* de la Familia de la víctima, compensando laboralmente el daño ocasionado.[109] Lo mismo ocurría con el Robo, considerado delito grave que se sancionaba generando en los padres del infractor la obligación de reparar el daño a la víctima, y de no ser posible, pasando el menor a ser esclavo hasta pagar la deuda. Sin embargo, en las clases nobles, siendo deshonrosa la categoría de esclavo, se reparaba el daño, pero además, se hacían cortes en la cara del ofensor[110]

El pueblo Azteca por su parte, introduce varias novedades que no pueden ser obviadas. La primera variación con respecto al pueblo Maya es que a pesar de la férrea organización patriarcal, se introducía el control judicial para el ejercicio de las facultades paternas de venta de los hijos como esclavos cuando eran incorregibles o cuando la miseria de la familia fuese muy grave, porque los padres aunque poseían el derecho de corrección sobre los hijos, sin embargo no poseían el derecho de vida y muerte sobre ellos; y la segunda variación, hace referencia al plano procesal, en cuanto que tenían constituidos tribunales para menores, cuya residencia se encontraban en las escuelas. Estas se encontraban divididas en dos, según el tipo de escuela: en el *Calmécac*, con un juez supremo, el *Huitznahuatl,* y en *Telpuchcalii,* donde los *telpuchtatlas* tenían funciones de juez de menores[111] En materia de edad penal, los menores de 10 años se encontraban exentos de responsabilidad. El límite de edad penal se unía indefectiblemente a la capacidad del niño azteca para poder recibir educación escolar, religiosa, y militar, que se presumía a partir de los 15 años[112], y

[108] Recuérdese que por *la noxa,* el paterfamilias reparaba el daño causado con la entrega del hijo al dañado.
[109]Cfr. RODRÍGUEZ MANZANERA, L., Criminalidad de Menores. Editorial Porrua, S.A. México 1987,p.6.
[110]Cfr. RODRÍGUEZ MANZANERA, L., ob.cit,p. 6
[111]Cfr. ROMERO VARGAS ITURBE, I., Organización Política de los Pueblos de Anáhuac. México. 1957,p.127.
[112]Vid. RODRÍGUEZ MANZANERA, L., ob.cit.p.6 "(...) considerando como límite los 15 años de

en la que la disciplina era demasiado severa, la alimentación parca y los castigos frecuentes[113]. Entre los 10 y los 15 años se atenuaba la responsabilidad frente a disposiciones punitiva de extrema crueldad.

Podemos clasificar[114] los hechos criminosos de los que podían responder los jóvenes y menores Aztecas de la siguiente manera: En primer lugar, los relacionados *con la buena conducta,* castigándose con la pena de muerte por garrote a los jóvenes de ambos sexo que se embriagasen. La mentira en la mujer y en el niño, cuando este se encuentre en educación, se castiga con pequeñas cortadas y rasguños en los labios del mentiroso, siempre que la mentira hubiera tenido graves consecuencias. En segundo lugar, cabe mencionar aquellos relacionados con *la injuria, amenazas o golpes a la madre o al padre*, que se castigan con la pena de muerte y con la consideración de ser indigno para heredar. Del mismo modo, a los hijos jóvenes de ambos sexo que fueren desobedientes, los padres podían castigarlos con penas infamantes, como cortarles el cabello y pintarles las orejas, brazos y muslos. En tercer y último lugar, cabe referirnos a *los delitos de naturaleza sexual*, sobre los que se encuentran disposiciones aterradoras: Los hombres homosexuales eran castigados con la muerte: el sujeto activo la sufría por empalamiento, mientras que al pasivo se le extraían las entrañas por el orificio anal. El incesto era castigado con la muerte por ahorcadura o garrote. El aborto[115] también era penado con la muerte.

edad, en que los jóvenes abandonan el hogar para ir al colegio a recibir educación religiosa, militar y civil".

[113]Cfr. PÉREZ DE LOS REYES, M. A.,Situación jurídica del Menor de edad en Algunas Ramas del Derecho Positivo Mexicano". Criminalia. México Año XXI,p. 758.

[114]Cfr. RODRÍGUEZ MANZANERA, L., ob.cit,p. 9.

[115]Cfr. RODRÍGUEZ MANZANERA, L., ob.cit,p.8. En relación con el aborto, "si alguna esclava pequeña no es de edad para hombre, alguna la toma, es esclavo el que se echó con ella si muere, de otra manera pagará, la cura"

También se imponían sanciones con fines educacionales[116]; así el niño perezoso era rasguñado por sus padres con espinas de maguey o era obligado a respirar el humo acre del fuego donde ponían a quemar chiles rojos[117]. Por otro lado, la educación que recibía el niño Azteca se encontraba desdoblada y no era unitaria. El varón durante sus primeros años de vida, hasta los 15 años, los pasaba al lado de su madre; durante los siguientes recibía la cultura de la guerra y de las batallas, al lado de su padre. Desdoble que implicaba un estricto control de vigilancia familiar en los distintos tramos de edades y que hacía difícil encontrar delincuencia infantil y juvenil en aquella sociedad. En realidad, el niño Azteca es educado en un ambiente de rigidez y austeridad, que por otro lado recibirá todas las gratificaciones de la madre, permanecerá con ella y las demás mujeres durante la primera infancia, en un mundo femenino y gratificador, para ser violentamente arrancado de él e incluido al mundo masculino, fuerte, rudo, disciplinario, donde todo lo femenino es devaluado y considerado innoble[118].

1.4.2.- El menor infractor en las Leyes de Indias.

Las leyes de indias se sitúan en el momento histórico de la colonización Española por tierras iberoamericanas. Aquellas constituían un conjunto normativo de ordenamientos, mandatos y células, sobre el que es difícil encontrar disposiciones relativas al trato y a la condición jurídica de los menores, rigiendo el derecho español de manera supletoria. Entre sus disposiciones podemos encontrar la contenida en el Libro II, título 1º, Ley 2, por la que se declara la edad de

[116]CfrCLAVIJERO F. J., Historia Antigua de México, Colección Sepan Cuantos, México. Editorial Porrúa, 1982. Nº 29,p. 202, 203. Este autor acudiendo a las pinturas de la Colección Mendoza, manifiesta que puede observarse varios castigos a los menores, como los siguientes: Un niño de 8 años a quien se le amenazaba con una reprimenda si no cumplía con su deber, un niño de 9 años que es picado en varias partes del cuerpo por su padre, por se indócil; una niña de 9 años a quien su madre le punza las manos por no hacer correctamente su labor; un niño y una niña a quienes sus padres azotan con una vara por no ocuparse de lo que se les ordena. En este mismo sentido, SOTO ACOSTA, F.,ob.cit,p. 3.

[117]Cfr.SOTO ACOSTA, F, ob.cit.p. 3

[118]Cfr.RODRÍGUEZ MANZANERA, L.,ob.cit.p.10

responsabilidad plena a los 18 años cumplidos. De manera supletoria rigieron las partidas de Alfonso X que establecieron un sistema de irresponsabilidad penal total para los menores de 10 años y medio (infantes) y una especie de semimputabilidad a los mayores de 10 años y medio, pero menores de 17 (lib. VII-tit.31, Ley 8)[119]. Aunque se determinaron una serie de excepciones para cada delito, sobre las que nos detendremos en el epígrafe correspondiente. Cabe además mencionar que en el momento de la conquista arribaron en aquellas tierras, al igual que soldados conquistadores, frailes y religiosos que traían consigo la tradición del que posiblemente sea el más antiguo tribunal para menores que hubiera existido; esto es "el padre de Huérfanos" que fue instituido por Pedro I de Aragón[120]. Durante esta época se crearon instituciones asistenciales[121] para menores como consecuencia de que muchos de ellos fueron sometidos a la realización de trabajos forzados, y las enfermedades dejaron un gran número de niños huérfanos y abandonados. El control de los menores se realizaba a través de las instituciones educativas.[122]

1.4.3.-La condición jurídica del menor en la Iberia Prerromana. La influencia de la mujer en la organización familiar.

Como expone Pérez Vitoria, en el primitivo derecho español carecemos de fuentes que

[119]Cfr.RODRÍGUEZ MANZANERA, I., ob.cit. pp. 12, 13
[120]Cfr.RODRÍGUEZ MANZANERA, I., ob.cit,p. 12.
[121]Cfr.SOTO ACOSTA, F., ob.cit,p.6, para este autor destacan el Real Hospital de indios con una sección especial para niños abandonados, fundado por Fray Bernardino Álvarez. En 1785, la Corona fundó, la casa real de expósitos, la congregación de la Caridad, con su departamento de "Partos Ocultos" (madres solteras) en 1774, y el Hospicio, en 1773.
[122]Vid.SOTO ACOSTA, F.,ob.cit. pp. 6-7. " El rey Carlos III de España dictó la Ley X sobre el "Destino y ocupaciones de los vagos e ineptos para las Armas y Marina, en 1781, que estableció que el: "(...) Consejo sobre elección de casa de misericordia y otros medios de socorrer a pobres e ineptos para el servicio militar, he resuelto: Que las justicias amonesten a los padres y cuiden de que estos, si fueren pacientes, recojan a sus hijos e hijas vagos, les den educación conveniente, aprendiendo oficio o destino útil, colocándolos con amo o maestro; en cuya forma, interina se forman las casas de recolección y enseñanza caritativa, se logrará arreglar cuanto antes la política general de pobres, a partir de la mendigues y la ociosidad a toda la juventud, atajando el progreso y frente perenne de la vagancia.

puedan proporcionarnos noticias sobre la condición jurídico-penal del menor; pero es de suponer que en nada debía diferir de aquella a que estaba sometido en el resto los pueblos de la época[123]. De estos escasos materiales históricos[124] con los que contamos para observar las peculiaridades jurídicas de la sociedad íbero prerromana, puede predicarse con carácter general, la inexistencia de una condición jurídica diferenciada del niño con respecto al jefe de familia[125], al igual que cabe destacar la probable consideración de la función penal, como un asunto meramente privado.[126]

La vida de niño, como la del resto de los miembros se desarrollaba imbuido en la gens o tribu a la que pertenecían. La consecuencia jurídico penal derivada de la confusión de todo individuo con la agrupación familiar, desembocaba en la ya desarrollada responsabilidad colectiva[127], existente en la organización gentilicia de las razas primitivas y, especialmente, entre las tribus indo-germanas: eslavos e indios, griegos, romanos y los germanos, y que debió también ser la generalizada entre los Íberos[128]. En estas poblaciones probablemente la responsabilidad por deudas se trasmitiera de padres a hijos, lo cual hace sospechar que con el resto de las penas ocurría algo similar[129]. De ahí, que de los Celtas se diga que amaban a los parientes sobre todas las cosas, vengándose atrozmente de los daños a la sangre y al Honor. Eran, en efecto, de ánimo vindicativo y

[123]Cfr. PÉREZ VITORIA, O.,ob.cit,p. 24
[124]Vid.TOMÁS Y VALIENTE, F., Manual de Historia del derecho Español, Editorial Técnos. Madrid. 2005,p.75, este autor pone de manifestó que las fuentes con las que podemos contar para acercarnos a los entresijos etnográficos de la iberia prerromana son las relativas a inscripciones epigráficas de diversas clases, entre las cuales destacan las téseras de hospitalidad (En el museo arqueológico Nacional se conservan las dos caras de las halladas en el castillo de Teruel, y en el museo arqueológico de Sevilla, la tésera de Mulva). Y también a través de las noticias literarias de escritores griegos y latinos, como Estrabón, Plinio, Plutarco, Diodoro y Polibio, entre otros.
[125] El estatus jurídico absoluto, en algunos asentamientos de la Iberia Prerromana, era atribuible exclusivamente al patriarca. Difícilmente pueda hablarse en aquellos tiempos arcaicos de otros estatutos jurídicos diferenciado, atendiendo a criterios diferentes a la edad.
[126]Cfr. DORADO MONTERO, P., Contribución al estudio de la Historia primitiva en España. Revista de Legislación, Madrid 1901,p. 17.
[127]Ya ha sido analizada ampliamente en el epígrafe de este estudio denominado consideraciones generales del niño en el pensamiento jurídico primitivo.
[128]Vid.VON LISZT, F., Tratado de derecho Penal. Valletta ediciones. Florida. 2007.
[129]Cfr. DORADO MONTERO, P., ult.ob.cit,p. 25.

de ira cruenta, y prestos a vengar, no solo las nuevas y recientes injurias, sino también las antiguas y pasadas[130.]

En lo atinente a la ordenación interna de las relaciones grupales en la Iberia Prerromana, estás dependían de un núcleo originario correspondiente al padre, *fadar* o cabeza de familia[131] con facultades ejecutivas y punitivas en todos los aspectos afectantes a la vida del grupo. El cabeza de familia estaba especialmente protegido por la acción vindicativa de la época. En concreto el pueblo *Lusitano,* castigaba cruelmente el parricidio, pues los que dieran muerte a sus propios padres eran lapidados más allá de las fronteras o de los Ríos.[132]

La sociedad patriarcal constituía una realidad general en los pueblos Iberos. *Tartessos,* acoge una de las leyendas más antiguas de occidente que narra las vicisitudes de la condena *a exposición* de un niño por mandato de su progenitor paterno, y que recogida por Trogo Pompeyo y Justino, configuran el mito incestuoso de Habidis[133]. Para Tomás y Valiente, la leyenda adquiere relevancia desde el punto de vista jurídico no solo porque en el campo de las relaciones sexuales y de parentesco, trata este mito con la prohibición del incesto[134], sino también por el sometimiento del afectado a los designios del patriarca a pesar su condición de menor e hijo de aquel. Esta exposición del engendro incestuoso, a los peligros del bosque, llevado a cabo despiadadamente por su padre, recuerda la idea ya desarrollada en páginas anteriores, respecto a la fobia que ocasiona las

[130]Cfr. MANZINI. V.,ob.cit,p. 58.
[131]Vid.MORALES ARRIZABALAGA, J., Ley, Jurisprudencia y derecho en Hispania Romana y visigoda. Prensas Universitarias de Zaragoza, 1995. p. 38.
[132]Vid.ESTRABON., Geografía de Iberia. Traducido por Javier Gómez Espelosín. Alianza Editorial, S.A. Madrid.2007. pp. 221 y 222.
[133]Cfr.TOMÁS Y VALIENTE, F.,ob.cit,p.77 "El mito nos habla de un antiquísimo y despótico Rey de nombre Gárgoris, que tuvo un hijo-nieto, fruto de su unión incestuosa con su hija. Avergonzado de tal relación sexual, Gárgoris intentó matar varias veces a su hijo, pero diversos animales acogieron y amantaron a la criatura. Por último Gárgoris lo reconoció como hijo y lo designó sucesor suyo".
[134]Vid.TOMÁS Y VALIENTE, F., ob.cit,p. 77.

expectativas de cambio o de modificación de la estructura social o política que podría generar el menor, y que podría hacer efectiva, una vez alcanzada la madurez propia del adulto.

Precisamente si alguna cuestión es relevante desde un punto de vista jurídico-penal en relación con la consecución de la hegemonía familiar y su poder punitivo, es el modo de organización interna de la estructura grupal. Existen autores que afirman la existencia de una organización matriarcal[135] en los pueblos del norte de la península Ibérica, en oposición a otros que en términos absolutos se pronuncian considerando que jamás existió el matriarcado como sistema, ni en esos pueblos ni en ningún otro[136].

Pero sea como fuere, no es rechazable, que en tribus primitivas del interior de la península y del mediterráneo, al igual que en pueblos como los *célticos, Tracios y escitas*[137], tuvo una influencia

[135]Vid. BACHOFEN, J.J: "El Matriarcado. Una investigación sobre la ginecocracia en el mundo antiguo según su naturaleza religiosa y jurídica". Edit. Akal /Universitaria. 1985. pp244 -247. Este autor se plantea la pregunta acerca de cuál fue la fuente de la que el Estrabón pudo conseguir sus noticias sobre la ginecocracia. En ningún otro escritor se encuentra un apoyo para las mismas y tampoco una repetición. Pero Estrabón, compañero de Gayo Elio en Egipto (XVII, 816), es contemporáneo de Augusto, cuya guerra contra los cántabros es reiteradamente destacada. Este pueblo se hizo más conocido por este acontecimiento, y la unión de las formas de vida ginecocrática con la mayor valentía pudo contribuir esencialmente a esto, y a llamar la atención de los Romanos sobre aquel rasgo de la vida doméstica entre aquellos enemigos tan temidos por ellos. Sobre Bachoffen, cfr. TOMÁS Y VALIENTE, F, p. 76. "Bachoffen utilizó los texto de Estrabon que descubren rasgos de indudable organización matriarcal entre los Cántabros. Bachoffen utilizó estos textos a favor de una conocida tesis del matriarcado, y entre nosotros hubo autores como PÉREZ PUJOL, que concedieron importancia a las noticias de Estabón y generalizaron su significado."

[136]Vid. GOLDBER, S., La inevitabilidad del patriarcado. Alianza Editorial S.A. Madrid. 1976. pp. 49, 50. Para este autor las teorías sobre el matriarcado y la evolución, seguidas por J.J. Bachofen, Lafitau, Ward, Mclennan, y Briffault, están desacreditadas y arrinconadas desde hace mucho tiempo en una bien merecida oscuridad, como consecuencia de contradicciones, y falta de pruebas empíricas. Manifiesta además en su obra, que el matriarcado es un mito que ha servido para ridiculizar a los hombres en algunas sociedades en las que el dominio masculino se encontraba menos institucionalizado, y que como mito, puede muy bien reflejar los más profundos temores masculinos, pues todo niño vive ciertamente en régimen de matriarcado. Para Goldber no hay absolutamente ninguna razón para lanzar la hipótesis de la existencia de un matriarcado que todavía no se ha descubierto. La observación de la realidad empírica, no sólo no da motivo alguno para construir semejante hipótesis, sino que muestra con virtual certeza que esa hipótesis sería falsa.

[137]Vid ESTRABÓN., ob.cit. Pág 264. "Estos pueblos ocupaban la cornisa septentrional de la

importante la mujer[138] en cuestiones afectantes al trabajo y a la familia; llamando curiosamente la atención del pueblo Romano, lo que en palabras de Estrabrón se conoció como la ginecocracia del pueblo *Cántabro*. Tomás y Valiente[139] parece mostrarse a favor de esta posibilidad intermedia, pues es innegable la existencia de rasgos matriarcales entre los *Cántabros* y hasta le es admisible la existencia de datos semejantes aislados en otros lugares y tiempos; aunque todo ello, no es suficiente sin embargo, para argumentar a favor de la tesis de Bachoffen.

La determinación del sistema organizativo familiar de aquellos asentamientos primitivos, tiene relevancia desde el punto de vista punitivo con respecto a los niños sujetos al acervo familiar. De hecho, admitir aquella posición intermedia supone otorgar a la mujer un papel institucional importante y que caminó seguramente al establecimiento de cierta paridad en la toma de decisiones. Es evidente que tal noción, hace dudoso subrayar un concepto de padre o de cabeza de familia vinculado a un poder absoluto de justicia y de disposición ilimitada sobre sus hijos menores, en el sentido ya expuesto, cuando nos hemos referidos a las características generales de los sistemas punitivos fundados en el derecho familiar. No puede soslayarse, por tanto, en esta lineal argumental, la capacidad decisoria de la mujer incluso para disponer a través de la muerte de sus propios hijos como aparece manifestada en un pasaje de Estrabón en el que se narra "que unas madres[140] dieron muerte a aquellos antes de que fuesen capturados en la guerra con los cántabros[141]", y tampoco que tanto Plutarco (*de mul. Virtut. Keltaí*), como Polieno (*Stratagemata, 7*)

---

ecúmene de este a Oeste, respectivamente, entre el norte de Europa y el mar Caspio (…) dedicándose a la recolección y el pastoreo, la rapiña, y en fin, a la guerra, y con unas costumbres antitéticas a las del mundo civilizado "

[138]Vid ESTRABÓN., ob.cit. pp 263,264 "Estas trabajaban la tierra y cuando han dado a luz se ponen al servicio de sus maridos y les acuestan en su lugar; incluso en muchas ocasiones en plena faena y lavan la niño y lo envuelven en pañales, reclinándose junto a un arroyo. (..) Había contratado hombres junto con mujeres para excavar una fosa, y cuando una de las mujeres cuando siento los dolores del parto, dio a luz y regreso de nuevo de inmediato al mismo, para no perder el salario (...).

[139]Cfr.TÓMÁS Y VALIENTE, F., ob.cit,p.76.

[140]Vid.ESTRABÓN.,ob.cit.p.264

[141]Vid.ESTRABÓN.,ob.cit .p.264.

refieran en estos escritos citados, a la equidad de las decisiones femeninas y al influjo ejercido por la mujer en el mantenimiento de la estrecha unión y amistad tanto entre las familias, como entre tribus y ciudades del pueblo[142], que confirma la amplia atribución a aquella, de facultades decisorias importantes tanto en sus relación internas familiares como también en las externas.

Es más, nada obsta para pensar en que "la madre" fuese en aquellos lugares y tiempos remotos peninsulares la institución protectora fundamental de los niños-hijos. De hecho, la propia sacralización de lo materno, acuciaba el sentimiento bienintencionado en los pueblos vascos de la búsqueda de la protección de las madres parturientas contra toda ejecución judicial[143]. Y si a ello añadimos la posibilidad de que fuera real la institución de la *covada*[144], referida insistentemente por Estrabón (III, 165) por la que después del nacimiento del hijo, el propio padre debía actuar como parturienta, ante la creencia popular de que el contacto amoroso del padre con el hijo recién nacido era provechoso para la salud de éste último; nos hace pensar en la existencia de un sistema jurídico familiar primitivo que descansando en el ánimo compasivo y benigno hacia los niños, se mostraría incompatible con el automatismo punitivo propio de las sociedades arcaicas de su tiempo.

En otro ámbito, y en concreto en el aspecto sociológico, los pueblos Íberos en General estaban predispuestos de manera continua en sus relaciones externas a la vida guerrera. Se hace fácil pensar en la existencia de una normalización de esta continua predisposición beligerante en la vida familiar de estos pueblos, que trasmitida a los descendientes y niños, generaban en estos aquella particular visión del mundo. Solo así cabe entender el pasaje narrado por Estrabón en su *Geografía de Iberia*, donde el ejecutor de un acto atroz que cumple lo ordenado por su padre, es un niño de tan solo cuatro años de edad. Se narra en la precitada obra : " que un niño- de cuatro años-

[142]Vid.BACHOFEN.J.J., ob.cit,p.247.
[143]Vid.BACHOFEN J.J., ob.cit,p. 253.
[144]Vid.BACHOFEN J.J.,ob.cit,p. 252.

cuando sus padres y su hermano se hallaban encadenados, lo mató a todos, tras apoderarse de un arma, ya que su padre se lo había ordenado"[145]. Además, se pretendía suministrar a los niños cierta educación en el manejo de las armas. Los pueblos asentados en las islas *Pytyussas* (Baleares), llamados Gymnetas, caracterizados por ser grandes tiradores de arcos, organizaban concursos de tiro para muchachos impúberes en Iberia.[146] Los *Celtas*, según Eforo, discípulo de Isócrates, y quizás para promover el mantenimiento de la forma física ante los peligros bélicos y de saqueo de los que podían ser víctimas, poseían una Ley que sancionaban a los jóvenes por su obesidad[147], castigándolos con multas, cuando la cintura de estos excedía de la prevista reglamentariamente. Por último cabe decir desde el punto de vista procedimental, que el proceso giraba en torno a la penalidad. De hecho, se conoció el duelo en el centro y norte de la península como una forma supletoria del juicio y a modo de arbitraje, y la edad, al menos en *Tarsessos,* tuvo relevancia en el ámbito del procedimiento, pues no se admitía como testigo de cargo a persona de menos edad que la que tuviere el procesado[148].

1.4.4.-El menor infractor en los pueblos Mesopotámicos: el código de Hammurabi, la ley de Moisés y el antiguo Egipto.

Un paso importante en el desarrollo técnico del Derecho vino de la mano de *Hammurabi* [149](1792-1750 A.C) hijo y sucesor del Rey *Sin-muballit*, representante de una monarquía

[145]Vid.ESTRABÓN., ob.cit,p.264.
[146]Vid.VON LISZT, F., ob.cit,p. 24.
[147]Vid.VON LIZT, F., ob. cit,p. 25.
[148]Vid.VON LIZT, F., ob.cit,p.25
[149]Vid.MANZINI., ob.cit,p. 149. Acerca del *Código de Hammurabi*, nos dice que es más viejo en cerca de diez lustros que la más vetusta ley penal china de que se haga memoria; precede en medio milenio, por lo menos, al tiempo más remoto que hasta ahora se ha atribuido al *Mânava- Dharma-Sastra* de Manú; y nació muchísimo antes de las constituciones Griegas de Zaleuco, Carondas, Dracón, etc… emanadas hacia el VII siglo antes de Jesucristo, así como las XII tablas, promulgadas en el Siglo V de Roma, abuelas bisabuelas y tatarabuelas de las primeras compilaciones germánicas (V Siglo después de J.C) y eslavas (1020 después de J.C). Parece ser que la única ley que podía

fuertemente sacramental[150], pero alejada del determinismo jurídico-religioso proveniente de usos y costumbres que contemplaba el sacrificio humano a los Dioses, como rito expiatorio de todo mal. El Códice *Hammurabiano,* propugnaba el principio político, y admitiendo la subordinación del orden jurídico al religioso, lo hace sin confundir aquel con éste[151].

El desvanecimiento de esta responsabilidad sagrada unida a la reglamentación de un cierto concepto de imputabilidad penal, constituye un avance legislativo digno de una sociedad que buscaba ser más civilizada, y que admitía junto con el castigo familiar, el castigo jurídico. De hecho, indudablemente se observa en la ley, junto con la tipificación de los casos y la conminación de sus penas, que se emplea siempre el inciso: *convicto judicialmente*, aludiendo a la necesidad de un convencimiento judicial[152], antes de la ejecución de la pena prevista. La necesidad de la convicción judicial requerida en el código, supone reconocer implícitamente la personalidad imputable de los encausados; incluso para castigar al esclavo se requirió el convencimiento judicial, cuya personalidad imputable se completaba, además, con la contractual[153]. Pérez Vitoria critica el código *hamurabiano* diciendo que ni tan siquiera deja entrever una consideración especial de los delitos cometidos por los menores. Pero dicha afirmación no es del todo sincera con el

competir en antigüedad con la de Ammurabí, es la ley egipcia, que, según Diodoro, consistía en ocho libros, y se conserva en el Palacio donde los Faraones administraban justicia. Cfr. *In fine. "*Pero Diodoro no es siempre un testimonio fidedigno".

[150]Vid. MANZINI.,ob.cit. Pág 151. Bajo el dominio de una religión antropomórfica, en tal sociedad no podía regir otra justicia que la emanada de los Dioses: como que el gran juez es Bel, que administra el derecho por medio de intercesores.

[151]Vid. MANZINI.,ob.cit.p. 151. El código otorga una Tutela jurídica, subordinada, pero distinta a la general protección religiosa. Para *Hammurabi,* fomentar el orden jurídico suponía exterminar de la patria a malvados y temerarios, como también procurar que "El fuerte" no oprimiese "al débil" y proteger a los huérfanos y a las viudas.

[152]Vid MANZINI. V., ob.cit,p. 160.

[153]Cfr. MANZINI. V., ob.cit,p. 154. En el mismo sentido, nos dice en p.130. "L 113. Si alguno debe a otros cereales o dinero, y a espaldas del propietario, toma granos de almacén o del granero, convicto que sea judicialmente de haberlo sustraído, restitúyalo y pierda todo los que hubiera entregado a cuenta". "L.116. Si el deudor detenido en casa del acreedor muere a consecuencia de golpes o malos tratamientos, el acreedor llevará ante los jueces a un factor. Si el deudor muerto era un hombre libre, daráse muerte al hijo del factor; y si era un esclavo, pagará un tercio de mina de plata, y perderá todo lo que le fue entregado a cuenta. También"

contenido del códice, porque en él encontramos disposiciones dictadas por el *Rey Hamurabi* que centrada en la búsqueda de la protección o mantenimiento de la tribu, y en la obediencia al patriarca, permitía el castigo de los hijos[154], con independencia de encontrarse estos en la plenitud de sus derechos, dado que no distingue[155]

Y siendo cierto que el interés en la protección del hijo-*incluido el niño o menor*- decae ante la utilidad social del clan o de la familia, no puede negarse que de la contravención o la ofensa a sus disposiciones protectoras, derivaba un reproche penal, porque además se hacía necesario un previo control judicial para determinar la acreditación en el hecho de los requisitos recogidos en la norma, incluso en supuestos del ejercicio de potestades punitivas ejercidas por el padre de familia, a quien se le atribuía un vasto poder disciplinar, pudiendo imponer severos castigos[156] en determinados supuestos recogidos en la ley, pero no un derecho de vida o muerte sobre los hijos. Por eso, es fácil encontrar durante el desarrollo de la ley, distintas disposiciones protectoras del grupo o clan, que se tipificaban por la necesidad de mostrar respeto y honradez hacía la familia del menor, cuyo significado se extendía incluso hasta las *familias adoptivas*. Así dispone la ley *192,* que si el hijo adoptado ha dicho a su padre que lo ha criado o a su madre que lo ha criado "tú no eres mi padre" o "tú no eres mi madre", se le cortaría la Lengua. Igualmente el reniego familiar se castiga en la *ley 193*[157]. La rebeldía del hijo encontraba castigo en la *ley 195* al decirnos, que si un hijo golpea a su padre se le amputaría la mano. Por supuesto nada impedía el perdón paterno.

La valoración de elementos subjetivos e intencionales, constituía un adelanto técnico

[154]Vid LARA PEINADO, FEDERICO.,Código de Hammurabi. Técnos. Madrid.2008,p.57.
[155]Vid.MANZINI. V., ob.cit,p.163. "Al hijo que se encontraba en plenitud de sus derechos se le denominaba *Aplu,* en tanto que la sola relación de generación se identificaba con el vocablo *Maru*."
[156]Vid.LARA PEINADO., ob.cit,p. 57.
[157]Vid. LARA PEINADO, F., ob.cit,p.37. Dice la ley 193 "Si el hijo de adoptivo de un girseqqum o el Hijo adoptivo de una mujer Zikrum ha identificado su casa paterna y llega a odiar al padre que le ha criado o a la madre que le ha criado, y marcha a su casa paterna, se le sacara un ojo"

jurídico, tal y como se observa con respecto a la imposición de la pena de *expulsión del grupo* a la que podía ser sometido el hijo, en aplicación de la ley 168[158] del referido códice. Esta norma prescribía que el juez debía analizar la existencia de culpa grave o no, en el comportamiento del hijo, antes de decidir sobre la expulsión. Con esta norma tratamos un proceso de subsunción, significativo para la época histórica en la que nos encontramos, en tanto en cuanto, la valoración de la concurrencia de circunstancias anímicas presentes en la acción, llevada a cabo por la imparcialidad del juez, constituye una de las excelencias del criterio jurídico Babilónico que desconocían las demás leyes primitivas. En este sentido, el *Código de Hammurabi* se diferenciaba notablemente de las normas anteriores, y representaba un paso adelante en la concepción del derecho penal, regulando la distinción entre dolo, culpa y accidente fortuito[159].

Por lo que respecto a la *Ley Mosaica*[160], sus normas se encuentran esparcidas en mayor o menor medida en el libro del *Pentateuco de la Biblia,* sito en el antiguo testamento, caracterizados por una llamativa crueldad, en comparación con las disposiciones recogidas en el *texto hammurabiano.* En la *ley de Moisés,* el menor era castigado con la pena capital, que con fines preventivos-generales, se aplicaba para los supuestos de comportamiento contumaz y rebelde hacia

[158]Vid. MANZINI.V., ob.cit,p. 134. "L. 168. Si alguno quiere expulsar a su hijo, y se lo declara al juez; examinará éste los motivos; y si el hijo no tiene a cargo suyo grave culpa que autorice la exclusión de las relaciones de hijo, el padre no lo podrá hacer."

[159]Vid. MANZINI. V, ob.cit,p. 154. La voluntad dolosa es llamada intención de ejecutar el hecho dañoso (L 206, 227), la culpa es muy distinta del dolo (L 251), y el accidente o caso fortuito (golpe de Dios, 269). En el mismo sentido LARA PEINADO, ob.cit, Para este autor, el código a la hora de determinar un hecho o una acción, no solamente valora el hecho en sí, sino el daño producido y la intencionalidad del sujeto. Para ser imputable de un delito éste debía haberse cometido dolosamente. El suceso causal y la fuerza mayor no eran punibles.

[160]Vid. LARA PEINADO**,** F., ob.cit**,p.** CXXXII **"**No se puede hablar de una dependencia directa de la ley Mosáica respecto de Código de Hammurabi, sino de simples concomitancias en casos muy concretos, que tienen su explicación debido a la semejanza de situaciones ambientales, motivadas por el trasfondo racial semítico. Para nosotros, sin embargo, las analogías entre ambas legislaciones, son tan claras, a pesar de la distancia cronológica de las mismas, que no dudamos en admitir su enlace, cuyo denominador común hay que buscarlo en una misma comunidad racial. Para V. Berecíbar, en los preceptos de la ley mosaica se refleja un directo influjo del código de Hammurabi, que incluso no existiendo coincidencias absolutas en todos sus detalles, basta con examinar lo sustancial de la ley, su orientación, y sobre todo su espíritu para reafirmar su analogía".

el padre. Muestra de una sociedad con un derecho determinista y de responsabilidad religiosa que pervive a través de los sacrificios[161] y de una fuerte estructura patriarcal[162]. De hecho, en el antiguo testamento en Génesis 22, se narra uno de los sucesos más extraordinariamente crueles de la historia de los sacrificios*:* Dios pide a su devoto que inmole en su honor a su hijo.

La desobediencia al padre, tenía asociada la pena de muerte por lapidación[163] en caso de reincidencia. Así se recoge en *Deu 21:18, 21:19. 21:20, 21:21,* "Si alguno tuviere un hijo contumaz y rebelde, que no obedeciere a la voz de su padre ni a la voz de su madre, y habiéndole castigado, no les obedeciere; entonces lo tomaran su padre y madre, y lo sacarán ante los ancianos de su ciudad, y a la puerta del lugar donde viva; y dirán a los ancianos del lugar: Este nuestro hijo es contumaz y rebelde, no obedece a nuestra voz; es glotón y borracho. Entonces todos los hombres de su ciudad lo apedrearán y morirá; así quitarás el mal de en medio de ti, y todo Israel oirá, y temerá*"*. De este precepto puede extraerse una responsabilidad que aumenta hasta la imposición de la pena máxima por medio de la Lapidación, a la que hemos hecho referencia.

[161]La característica sacrificial del derecho primitivo con respecto a los menores, ha sido desarrollado ampliamente en el presente estudio, a través del epígrafe "responsabilidad sacramental"

[162]El génesis, por su parte, llega a decir: *"Tu nuera Thamar se ha abandonado al desorden y se ha hecho preñada. Judá Respondió hacedla salir y que sea quemada."* En levit, 20.9: *"Quien Maldiga a su padre o a su madre, será castigado con la muerte; caiga su sangre contra él"*. En éxodo 21.15: *"El que hiera a su padre o a su madre será muerto".* El deuter. 24.16: "*No morirán los padres por la culpa de los hijos, ni los hijos por la culpa de los padres; cada uno sea condenado a muerte por el pecado suyo".* Jueces 11, 29-31, una persona hace votos a su Dios de dar muerte al primer miembro de la familia que salga a su encuentro si él regresa con vida y victorioso de la batalla contra los hijos de Ammon, y así se narra que : " *Jetfé hizo voto a Yahvé diciendo: "si pones en mis manos los hijos ammón, el que a mi vuelta, cuando venga yo en paz de vencerlos, salga de las puertas de mi casa a mi encuentro será Yahvé y se lo ofrecerá en holocausto".* En Jueces 11, 34-35, se desencadena el resultado, cuando nos dice: "*Al volver Jefté a Masfa, salió a recibirle su hija con tímpanos y danzas. No Tenía más hijos ni hijas. Al verla , rasgó él sus vestiduras y dijo: Ah hija mía, me has abatido del todo y tu misma te has abatido al mismo tiempo"*

[163]Vid. LARA PEINADO, F.**,** ob.cit,p. CXXXV., "El suplicio de la lapidación para crímenes de tipo religioso, conocido en la Biblia, era desconocido por el código de Hammurabi." En sentido también manifiesta VON HENTIG., ob, cit,p. 395 "la lapidación se imponía en el antiguo derecho mosaico por aquellos delitos que provocaban la ira de Dios y podían hacer que retirase su mano protectora del pueblo. Amenazado en cada uno de sus componentes, el pueblo eliminaba el peligro colectivo mediante una defensa en común y la supresión del criminal"

Adentrándonos en el milenario Egipto, se observa que en este pueblo se dieron los primeros pasos para la consolidación de la llamada responsabilidad objetiva; de tal manera que los hijos menores de edad de los delincuentes, corrían la misma suerte que sus padres y los acompañaban en sus penas. Aunque también es cierto, que en un determinado periodo histórico, comenzaron a generar leyes protectoras de la familia para evitar los abusos a los más débiles, se pretendía controlar con ello al patriarca frente a sus actos a pesar de gozar de una gran protección desde el punto de vista punitivo, que se manifestaba en la pena del *delito de parricidio*. Esta pena era extremadamente cruel, y al que mataba a su padre o madre se le amechaba de paja o de pequeñas cañas aguzadas; se le cortaban pedazos de carne de un dedo de largo, y colocados sobre haces de espina se le quemaba a fuego lento[164], sin embargo cuando el padre o la madre daban muerte a un hijo[165] no se veía justo quitar la vida a aquellos que la habían dado a sus hijos, y tenían en cierto modo el derecho a recobrarla, por ello se obligaba al padre o madre a tener durante tres días y tres noches en brazos, y en medio de la plaza pública, al cadáver de su víctima, para así causarle con aquel suplicio un dolor bastante vivo y poder apartarlo en los sucesivo de semejantes excesos[166].

1.4.5.-El menor de edad en la Ley Criminal de la Antigua Grecia: Esparta y Atenas.

A *Dracon* le es debida la promulgación de las primeras disposiciones punitivas de la Antigua Grecia. Este compendio de leyes caracterizadas por su dureza y que aplicaba la pena de muerte para todos los delitos, declarando que ninguno era tan leve que no mereciese el último suplicio, ni tan grave que hubiera que sujetarse a mayor pena, no perdonó ni aún ni a las cosas inanimadas;

[164]Vid. GUTIÉRREZ FÉRNÁNDEZ, B., ob.cit. Pág 13.
[165]Vid.GUTIÉRREZ FÉRNÁNDEZ,B., ob.cit.p.13, citando a Diodoro de Sicilia.
[166]Vid.GUTIÉRREZ FÉRNÁNDEZ, B., ob.cit.p.13.

pues condenaba a la destrucción a objetos inmateriales que hubiesen ocasionado daño.[167]

Estas normas draconianas publicadas en el periplo histórico de la Grecia Clásica y con anterioridad a las reformas legislativas posteriores, cuando Homero, Demóstenes y Platón trabajaron de consuno para ordenar las costumbres públicas y privadas[168]no establecieron disposiciones reguladoras entorno a los menores de edad. Los menores eran objeto de una justicia intrafamiliar y privada, y se encontraban sometidos a la aplicación de la justicia doméstica.

Con el advenimiento de la polis, y el legislador Licurgo, se produce un giro radical influyente no solo en la organización política y social del pueblo griego sino también en el prisma con el que se miraba a la infancia; los niños, comienzan a ser contemplados como seres con necesidad de desarrollo educacional, superando la idea de la escasa utilidad social y física que tanto sirvió para justificar los abusos sufridos, en épocas anteriores. El propio Aristóteles[169], muestra en sus escritos, el interés por los problemas educativos en la infancia, para contribuir con la educación a la formación de hombres libres. De hecho, distinguió distintos rangos de edades a la que debía aplicarse una educación diferenciada.

A través de Plutarco y Jenofonte, llegan hasta nuestros días ciertas peculiaridades en la regulación de determinados hechos cometidos por menores, cuya obra legislativa se debe a Licurgo, quien sometió al individuo a una férrea disciplina desde la infancia. Las ideas normativas de éste legislador, constituyen un antecedente sin igual y a la par que revolucionario en el desarrollo del derecho penal de menores, pues permitió la utilización de la norma jurídica como un vehículo

[167]Vid.GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B., ob. cit,p.22.
[168]Vid.GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B., ob.cit,p.17
[169]Cfr. ARISTÓTELES., La Política. Libro IV, Capítulo 15**,** De la educación durante la primera infancia,(www.edu.mec.gup.uy./biblioteca_digital/libros/a/ Aristóteles/).pp. 71 y ss.

educativo[170]. Es especialmente significativo que Licurgo, autorizara a los menores para la comisión de robos, como medio de supervivencia[171].

La esperanza de que con la utilización de otros mecanismos diferentes al castigo o al mal que suponía el uso de la pena, podría llegarse a la trasformación del menor peligroso y rebelde, en un individuo prudente y sensato, fue sentida y vivida por el propio Licurgo, al que un joven asestándole un fuerte golpe con un cayado, le vació el ojo. El legislador lejos de castigar al muchacho con dureza, lo tomó bajo su protección.[172]Con él se produjo además un giro radical en la función jurisdiccional. El derecho punitivo familiar ejercido por el padre de familia comienza a dejar paso a un sistema de naturaleza pública. El conocido legislador, consideró a los niños

[170]Vid. PLUTARCO.,Vidas paralelas, Licurgo, 13.3, Edit. Gredos. Madrid.1985,p.302., el autor clásico escribía de Licurgo que el conjunto y total de su actividad legislativa se refirió a la educación. Vid. JENOFONTE: La República de los Lacedemonios, Edit. Gredos. Traducido por Orlando Guntiñas Tuñon. Editorial Gredos. Madrid. 1984,p. 110, este autor nos dice textualmente, "Cuando pasan de la infancia a la adolescencia, en esa edad los demás griegos les suprimen los pedagogos, les suprimen los maestros y nadie manda ya en ellos, sino que los dejan independientes. Licurgo, en cambio, tomó también decisiones contrarias a ellos; pues como se daba cuenta de que es muy grande el orgullo que surge en esos años y que, en especial, la insolencia emerge por encima de todo, y aparecen con más intensidad los deseos de placeres, les impuso en dicha edad gran cantidad de tareas y les procuró una ocupación continua, y, añadiendo además, que si alguno rehuía esas cosas, no obtendría en adelante ningún privilegio, consiguió que no tanto las autoridades, como los últimos de cada uno de ellos, trataran de que se desacreditara totalmente en la ciudad por cobardía. Además de eso, con la intención de que el sentido del respeto surgiera con fuerza en ellos, les ordenó mantener las manos dentro del manto incluso en las calles, marchar en silencio y no mirar su entorno, sino ver solamente lo que tenían delante de sus pies".

[171]Vid.JENOFONTE., ob.cit. pp. 108 y ss. Como recoge Jenofonte en su obra, Licurgo quiso educar a los niños en la astucia para la sustracción, porque quería hacerlos más ingeniosos en recursos y más apto para la guerra y llega a decir incluso: "(…) ¿Por qué entonces, imponía muchos azotes al que era cogido? Porque afirmo yo, también en las demás cosas que se enseñan, los hombres castigan a quienes no las realiza bien. En consecuencia, ellos castigan a los que son cogidos, por robar mal (…)

[172]Cfr. PLUTARCO., ob.cit. pp. 298 y 299. "Durante una trifulca en el ágora de la ciudad, el legislador fue perseguido por los disconformes; a pesar de encontrar refugio en un templo sagrado "cierto jovencito, que en general, no era de mala índole, aunque si violento e impulsivo, Alcandro", le dió alcance, y asestándole un fuerte golpe con un cayado, le vació el ojo. La dura afrenta serenó a los rebeldes, horrorizados por la acción del joven. Lejos de castigar al muchacho con dureza, licurgo lo tomó bajo su protección. De este modo, este quedaba castigado, y la pena recibida había consistido en que, de joven peligroso y arrogante, se transformó en hombre muy prudente y sensato."

patrimonio de la ciudad, y se alejó en su entendimiento de la concepción que visionaba al menor como un objeto propiedad del padre.

Por otro lado, las leyes de Solón en Atenas, crearon una institución de consideración especial que tenía como atribuciones fundamentales, su naturaleza tuteladora y protectora, que conocida como *arconte*[173] *y* a modo de actual fiscal de menores, se encargaba de instruir y llevar ante los tribunales las causas por malos tratos contra los huérfanos, y tenía plenas facultades para sancionar a los que hubieren delinquido o para llevarlos ante el mismos. La necesidad de un tribunal especial que se encargara de instruir y enjuiciar causas cometidas por niños y menores, también se hizo sentir por los pensadores Griegos, como Jenofonte, en su referencia al *Paidónomo* que poseía autoridad para reunir a los niños, para observarlos y castigarlos con dureza[174], y que se encontraba asistido por los llamados *mastigóforos,* jóvenes asignados para el castigo. Platón por su parte, reclamaba unos tribunales y jueces específicos[175] para los menores maltratadores de sus padres, con potestad para imponer castigos corporales y de prisión.

1.4.6.-La responsabilidad penal del menor, en el derecho Romano: La capacidad decisoria del paterfamilias y sus limitaciones protectoras: El censor. El *consilium domesticum*, como expresión de una jurisdicción familiar. Disposiciones referentes a la menor edad.

1.4.6.1.-La capacidad decisoria del paterfamilias y sus limitaciones protectoras: el censor.

Mirar hacia al derecho Romano en materia de responsabilidad penal de menor supone observar el nacimiento de instituciones de gran relevancia, y que influyentes en nuestra legislación

[173]Vid. ARISTÓTELES., La constitución de Atenas, traducción y estudio preliminar de Antonio Tovar, Centro de estudios Políticos y constitucionalesob.cit. pp. 56.6 y 57.
[174]Cfr. JENOFONTE.,ob.cit..II.2.
[175]Cfr. PLATÓN.,ob.cit, p.878e.

posterior han marcado el mantenimiento y desarrollo de elementos trascendentales para solucionar determinados aspectos problemáticos relacionados con los menores infractores. Baste recordar, que el llamado discernimiento, de claro origen romanista, supone el inicio de la pretensión pública de valorar la capacidad de los menores para poder comprender la ilicitud o licitud en su obrar.

Sin embargo, la grandeza del derecho Romano en esta materia no solo permite destacar la creación de la institución del discernimiento, como herramienta de solución de los conflictos ocasionado por las infracciones de los jóvenes comprendidos en un tramo de edad determinado, sino que además en una época más avanzada, crea instituciones protectoras para los hijos de familia, como el *censor* y el *consilium domesticum* que permiten observar el interés público en el modo de aplicación y ejecución de la norma por parte de cabeza de familia sobre sus hijos, y sobre los restantes miembros del grupo. Además, existe constancia de que la dedicación directa a la niñez fue objeto de preocupación por el pueblo Romano. Sin ir más lejos, Menéndez Pelayo[176] subraya, que en la época hispano romana, una noble española conocida como Fabia, dejó 50000 sestercios para crear una institución que atendiera a niños abandonados.

Por lo que respecta a la capacidad decisoria de paterfamilias, ésta se extendía a la ejecución punitiva, como consecuencia derivada de la responsabilidad en que pudiera incurrir el menor como sujeto sometido al poder doméstico, que se encontraba en manos del cabeza de familia. A falta de un procedimiento establecido por el Estado, todo jefe de familia podía determinar la retribución que hubiera de concederse al lesionado, con lo que ponía a cubierto su persona y su bienes de la reacción vindicativa que pudiera ejecutar este último.[177]. Tal y como afirma Mommsen, en el sistema de punición doméstica no existía el concepto de pena fijado por la ley, como tampoco un

[176]Cfr. MENÉNDEZ PELAYO, Los prolegómenos de los Heterodoxos Españoles, Tomo I,p.491, citado por TOMÁS ROCA, T .C. "Historia de la Obra de los Tribunales Tutelares de menores". Sección de Publicaciones del Consejo Superior de Protección de Menores. Madrid.1968.pp 13 y ss.
[177]Cfr. MOMMSEN.T., Derecho Penal Romano, ob. cit,p. 15.

procedimiento regulado en la misma. Este sistema podía guiarse perfectamente por la arbitrariedad, de tal modo que aun no existiendo falta de ningún género, el señor o jefe de la casa podía hacer lo que bien le pareciere. Se trataba del ejercicio de un derecho que éste aplicaba a sus sometidos, que no era más que el de propiedad, y que en el ámbito doméstico se mostraba indiferente frente la posible imputabilidad o no del menor, según su rango de edad. Al niño o al menor se le tenía por responsable por el mero hecho de estar sometido al gobierno del paterfamilias y por tanto al ejercicio de la punición doméstica[178].

Este referido ejercicio pleno e ilimitado del derecho de propiedad sobre los sometidos, fue conservado ampliamente a través de la autonomía del grupo familiar, en el recorrido histórico que abarca desde la fundación de la *cívitas* hasta finales de la época republicana y principios del principado- *finales del S.I a.c y comienzo de nuestra era*-**.** A partir de este periodo Histórico comienzan a imponerse limitaciones públicas al llamado poder ilimitado del *paterfamilias*. [179] Con la república, se inicia un proceso protector y corrector del modo de ejecución de sus facultades sobre los miembros pertenecientes a la familia que llega a desembocar en las funciones propias de un magistrado: *el censor*, a quien se le encomendó la función institucional de confeccionar el censo

[178]Vid. MOMMSEN T., Derecho penal Romano.ob.cit.pp 14,15 "Pero cuando el delincuente era un individuo sujeto al poder doméstico, se aplicaba en este terreno, y se aplicó desde antiguo, el derecho doméstico: A falta de un procedimiento establecido por el Estado, todo jefe de familia podía determinar la retribución que hubiera de concederse al lesionado." En p. 15 " Que el poder punitivo regular perteneciente al jefe doméstico tal y como este lo ejercía sobre los individuos privados de libertad y sobre los hijos de familia, no era otra cosa, según queda dicho, más que el ejercicio del derecho que al propietario le corresponde, y no debe ser considerado por tanto derecho penal, no los demuestra el hecho de no hallarse, con relación a él, determinados de una manera legal, ni los delitos, ni las penas, ni el procedimiento; en todas estas materias no se conocía más limitación que el arbitrio del depositario del poder en cada caso concreto"·

[179]Cfr. FERNÁNDEZ BAQUERO, ob.cit,p. 110. "En los primeros tiempos de roma (...), el parte concentraba en su persona todos los poderes inimaginables sobre los miembros del grupo; ya que el, único libre de potestad era él, al ser sui iuris. Esta potestad se concentraba en*: Ius vendendi, (*derecho de vender como esclavo al filius en territorio extranjero), *el ius noxae dandi* (Derecho de entregar al filius al perjudicado de un acto ilícito cometido por éste*) ius exponiendi* (derecho de exponer o abandonar al hijo recién nacido), pero el poder por excelencia y en el que se concentraban todos los demás era *el ius viate et necis* (derecho de vida y muerte sobre sus sometidos)."

cada cinco años, y de ser el custodio de las llamadas *mores maiorum*. Este representante de lo público se convirtió en una de las primeras instituciones protectoras de los miembros que se encontraban bajo la autoridad del *páter*. De esta forma, comportamientos tales como repudios injustificados de los niños o de actos violentos afectantes a los sometidos a él, podían ser sacados a la luz del hermético grupo familiar. Consecuencia de que al poder público comienza a interesarle la aplicación del derecho en la vida privada familiar[180], es la posibilidad de sanción que podía padecer el propio paterfamilias que en ocasiones era sancionado con una nota censoria[181]. La figura del *pater,* fue encontrando progresivamente en su recorrido histórico límites en su poder a través de la legislación de los emperadores[182], asumiendo *lo público* la regulación de aquellas cuestiones que en tiempo pasado se resolvieron en el ámbito familiar. De hecho no encontramos en Roma con

[180]Cfr. FERNÁNDEZ BAQUERO., ob.cit,p.117. "En concreto contamos con un texto de Dionisio de Halicarnaso, ant.rom,. XX.13.3 donde nos ilustra de forma muy clara en torno a la actividad del censor en orden a las conductas que controlaban: "En cambio los romanos, abriendo todas las casas y extendiendo el poder de los censores incluso hasta el dormitorio, convirtieron este cargo en inspector y guardián de todo los que ocurría en las casas, creyendo que ni un dueño debía ser cruel en los castigos a sus criados*, ni un padre más duro o blando de lo normal en la educación de sus hijos...*"

[181] Consistente en una inscripción de los hecho reprobados o bien una simple opinión censoria, que venía anotada junto al nombre del ciudadano culpable, cuyo efecto inmediato era la ignominia, es decir, la privación de buen nombre.

[182]Cfr.FERNÁNDEZ BAQUERO., ob.cit,p. 123. "*El ius exponiendi* como derecho de poder abandonar al hijo recién nacido, cuya práctica nos recuerda Suetonio (Claudio, 27) se mantenía aún en época de Claudio, pero posteriormente los emperadores cristianos condenaron dicha costumbre (C. 8, 51, 2). Sobre el *Ius vendendi*, ya desde la ley de las XII tablas se estableció que si un padre de familia vendía tres veces a su hijo perdía la potestad sobre él (Tab. IV, 2b; Gayo, 1, 132). A partir de Diocleciano (C., 4, 43 ,1-2) y Constantino (C.Th.,4,8,6,33) se prohíbe la venta de los hijos. Valentiniano I (C.Th.,3, 3, 1) y Constantino ordena la devolución a sus padres de los hijos vendidos y, en alguno de los casos, la obligación de restituir al comprador los gastos ocasionado por la alimentación de los hijos. Finalmente, Justiniano establece que el derecho de venta podría admitirse solo para el caso de que los hijos fuesen recién nacidos, y por extrema necesidad del padre y, siempre, con la finalidad de poder el padre recuperar la libertad del vendido mediante el pago de un rescate. Con respecto al *Ius Noxae Dandi* , esto es, como el derecho del padre de entregar al el hijo al perjudicado por un acto ílicito cometido por éste, con la finalidad de liberarse de la responsabilidad de la responsabilidad de aquel, fue abolido por Justiniano (D. 48.9.5). Y en cuanto a al *ius viate et necis,* Trajano obliga al padre que sometió a sus hijos a malos tratos a emanciparlo. Adriano por su parte condenó con la deportación a un padre que sometió a su hijo con particular crueldad. Valentiniano I castigó con la pena capital la muerte de los recién nacidos. Constantino castiga como parricida al padre que mata al hijo (C, 9, 17,1) y Justino, declara la definitiva inexistencia de que un *pater* tenga derecho de vida y muerte sobre los miembros. (C,8, 46,10)."

anterioridad a esta época más que un solo y único ejemplo de inmixtión del poder público en las cosas de la familia, y fue al mismo tiempo un acto de beneficiencia; nos referimos al socorro que se daba al padre que tenía tres mellizos. La exposición de los recién nacidos daba lugar a una ley característica; prohibida aquella en relación con el hijo, salvo el caso de deformidad, lo estaba igualmente para la hija mayor.[183]

1.4.6.2.-El consilium domesticum, como expresión de una jurisdicción familiar.

Escasas fuentes hablan de la existencia de un *consilium domesticum*[184] que operaba como elemento corrector ante los posibles abusos que pudiera cometer *el paterfamilias*. Aunque no está meridianamente clarificado en las fuentes la compatibilidad de aquel tribunal con el poder ilimitado del *pater*; habría que subrayar una posible función de asesoramiento que contribuía a que el cabeza de familia pudiera tomar en cada supuesto la decisión más justa[185].

La resolución se daba, lo mismo que ocurría en todo *consilium* libremente pedido, después de oír a los consejeros, y lo exponía al jefe de familia cuando se trataba de causas contra los hijos de familia. Su existencia se justificaba en síntesis en respaldar socialmente cualquier acto que en uso de sus facultades domésticas pudiera realizar el *pater* mostrando una apariencia de legalidad

[183]Vid.MOMMSEN T., Historia de Roma, Vol. I. Editorial Turner. Madrid. 1983.

[184]Cfr. FERNÁNDEZ BAQUERO., ob.cit. Pág 112. "Sin embargo, la doctrina no es pacifica sobre la naturaleza del mismo. Así, mientras unos consideran que existió un tribunal doméstico, como expresión de una verdadera jurisdicción familiar (*iudicium domesticum)* presidida por el paterfamilias a fin de juzgar a los sometidos a su patria potestad; otros, por el contrario, niegan tal jurisdicción por estimar que el *paterfamilias* estaba investido de tal poder absoluto que sería incompatible con la existencia de cualquier otro poder que lo limitase; y las expresiones que rezan en las fuentes obedecerían a consultas que voluntariamente o facultativamente pudo hacer el paterfamilias , pero sin que implicase una obligación legal".

[185] Vid .MOMMSEN T., Derecho penal Romano. ob.cit.p.17. Hace referencia, no por exigirlo la ley sino por una costumbre general en Roma, del llamamiento de consejeros y asesores, y la discusión ante estos del asunto de que se trate, cuando se trataba de inculpaciones graves a los hijos de familia. Así en supuestos de pena capital contra los hijos de familia, se llamaba a los parientes y a los amigos de la casa, y a veces a varones notables que no pertenecían a esta.

con *las mores maiorum*, cuando en la época más antigua tenían estas su predominio, y con las *leges* cuando comenzaron a imperar sobre las costumbres[186]. Acerca de esta jurisdicción doméstica, Mommsen considera que es sencillamente una contradicción en los términos y que fue tan desconocida en derecho romano, como fácil y corriente en el moderno. Para este autor, la jurisdicción estriba en el poder que tiene la comunidad sobre los individuos, sin que sea un poder pleno e ilimitado, como el del propietario, sino un poder concedido y regulado por el orden jurídico. De hecho, puede decirse que el fallo de tales casos no tenía el valor de una sentencia en sentido jurídico, y por otro lado, la absolución que pudiera recaer no era obstáculo para que pudiera entablarse después un proceso criminal público.

[186]Vid. FERNÁNDEZ BAQUERO., ob. cit. pp. 114. 115

1**.4.6.3.-Disposiciones relativas a la edad.**

La edad en Roma, como momento determinante de la capacidad de obrar de las personas y por ende de la capacidad penal, debió valorarse para el ejercicio punitivo que excedía del marco doméstico, pues como venimos manifestando, en el plano de la punición domestica lo relevante es la situación de sometimiento de menor o del niño a la potestad paterna, con independencia de la edad de éste para afirmar su posible responsabilidad.

Las dificultades que en la justicia penal originaba la falta de la capacidad de obrar de los menores, llevó a los autores de la Doce Tablas a establecer límites fijos y positivos de edad, determinando que la capacidad penal se adquiría jurídicamente cuando se alcanzaba la pubertad y se llegaba a la edad necesaria para contraer matrimonio[187]. Cabe manifestar que no existía una frontera legal precisa entre menores impúberes y los adultos púberes, pero la responsabilidad penal se medía en consideración a su estado corporal, madurez sexual o marital[188].

Siguiendo a Mommsen, el precepto del antiguo derecho, según el cual nadie podía ser condenado a una pena propiamente dicha a causa de una acto realizado antes de la pubertad o antes de la edad civil, solamente continuó respetándose en lo que a la pena de muerte toca; de hecho se disponía expresamente en la *ley decenviral* que no se aplicase la pena capital a los impúberes, permitiendo su sustitución por la *castigatio*, y así como se resarciera el daño mediante una pena pecuniaria. En el hurto cometido por impúberes la pena era reemplazada por una simple amonestación.

[187]Vid. MOMMSEN T., Derecho penal Romano., ob.cit,p. 52**.**
[188]Vid. SABATER TOMÁS, A., ob.cit. Pág 39.

En las demás ocasiones, el aplicar o no aplicar la pena era cosa que dependía de la determinación de las particulares circunstancias que acompañasen a cada caso concreto. En el caso *del infans*, o sea del niño que no había cumplido la edad de siete años, se consideraba que no había que proponer la cuestión tocante al discernimiento, y cuando pasaba dicha edad, a través de la acreditación de éste, procedía la imposición de pena, más no era fácil que se condenara a sufrirla a los niños que estaban próximos a aquéllos límites tan bajos de edad. [189] En todo caso, el espíritu de la pena que se imponía al menor infractor, y que presidia en Roma en los primeros momentos históricos, era el de la enmienda [190]del menor, o la venganza del pueblo por la transgresión del orden establecido.

La edad igualmente podía tener trascendencia en la atenuación de la pena. Para aquellos casos en los que no determinaba la exclusión de la imputabilidad, podía incluso ser bastante para lograr la absolución del encausado, a no ser que el agente hubiera tenido, no ya un conocimiento simple de la relación infringida, sino precisamente aquel conocimiento del derecho que servía de base al dolo necesario para el delito, que es lo que sucedía en los casos menos graves de incesto. También podía tenerse en cuenta la edad para fijar la medida de la pena, aún con respecto a los reos que hubiesen ya traspasado los límites de la mayoría penal[191].

Con la llegada del imperio, el emperador Teodosio dictó una disposición declarando la irresponsabilidad penal de los menores de 7 años, observándose al propio tiempo en la práctica la costumbre de no aplicar la pena de muerte contra los impúberes. (D. 21. 1.23) Como decíamos, la edad tuvo repercusión como una circunstancia modificativa de la responsabilidad entendida como atenuante, en principio a los menores de 25 años, aunque en un momento posterior se les hizo

[189]Vid. MOMMSEN. T., ob.cit. pp. 53 y 54.
[190]Vid. PAULUS., Digesto, Fr 20, *de poenis "Poena Constitur in enmendationes hominum"*
[191]Vid .MOMMSEN, T., ob.cit,p. 646.

plenamente responsable por aplicación de la máxima "*malitia supplet aetatem".*

Con Justiniano se producen cambios novedosos en el criterio de la edad. Por un lado se declara irresponsable a los menores de 7 años, desde los siete a los nueve años y medio en las hembras y diez y medio en los varones, en la que se acude al discernimiento, siendo preciso distinguir dos tipos de impúberes: Los *próximo inffantide,* equiparados a los *infans,* y, por tanto considerados irresponsables, y los *proximi pubertatis*, para los que se planteaba la cuestión de si habían obrado o no con discernimiento.

Es de suponer que las penas que se imponían a los menores eran normalmente corporales, y como advierte Mommsen, en el derecho primitivo estaba establecida la lesión corporal como medio de obtener la debida retribución penal por causa de delito. El más antiguo sistema de que nosotros tenemos noticia la permitía en caso de mutilación de un miembro y de hueso roto, debiendo ejecutarla los más próximos parientes de la víctima. También fueron frecuentes las llamadas *Verberatio* o *amonestaciones,* para los casos de robo manifiesto. Por lo que respecta a la pena capital, siguiendo a Pérez Victoria, las fuentes parecen indicar que los romanos eran reacios a su aplicación. La civilización romana, concebía a la familia como una necesidad social y moral, y los infantes eran merecedores de protección, frente al abandono o el abuso del *pater familias.*

1.4.7.-Pueblos Germanos, Nórdicos, Longobardos, Sajones. Los Visigodos en España: Instituciones protectora de los menores.

1.4.7.1.- Pueblos Germanos, Nórdicos, Longobardos, Sajones.

Es comúnmente aceptado que los pueblos bárbaros más primitivos que pertenecen a la llamada patria clásica de la venganza, fueron los germanos. La venganza era entendida como un sentimiento personal y un deber de familia que cumplía el jefe o el más próximo pariente encargado

de proteger sus intereses. El hijo estaba obligado a vengar la muerte de su padre; y la mujer la de su marido.[192]

En los primeros tiempos del derecho Germánico la edad no debió tener trascendencia dado el carácter de resarcimiento que tenía la pena y la transmisión de dicha obligación al grupo familiar.[193] La trascendencia social se asentaba en la pertenencia a una misma comunidad de derechos, de prácticas, y de sacrificios, como manifestación de una responsabilidad colectiva o solidaria en la que también aparecían imbuidos los hijos, con independencia de su edad. La violación de los derechos de cualquier hombre, suponía atacar la paz de todos, porque ésta era un sentimiento común que se hacía extensivo a cuantas personas pertenecían a aquellas. La paz constituía la única garantía personal, por lo que el culpable era enemigo de todo el mundo.[194] Sin embargo, ocurre, que el derecho germánico comienza a valorar en momentos históricos posteriores otras formas de resarcimiento, avanzando hasta la fórmula de la *compositio,* o indemnización civil, que se satisfacía para la obtención de la paz por el ofensor[195]. Así y entrada la Edad Media el derecho penal germánico comienza a utilizarse con un carácter esencialmente civil[196], a través de

[192]Cfr. GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B., ob.cit,p.53

[193]Cfr. PUIG PEÑA, F., Derecho penal. Parte General. Editorial de revista de derecho Privado. Madrid, 1969,p.3., citado por HIGUERA GUIMERÁ, J. F., Los antecedentes históricos de la minoría de edad. Actualidad Penal. Nº 34. 2003, p. 848, "En el derecho Germánico a la familia se le hacía responsable solidaria del delito cometido por uno de sus miembros, fuere este imputable o no".

[194]Cfr. GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B.,ob.cit,p. 57.

[195]Vid.GUTIÉRRREZ FERNÁNDEZ, B.,ob.cit,p.54.Cuenta que un tal "Forsthein el blanco" tenía un hijo único que fue muerto por venganza. El matador hizo ofrecer a su desgraciado padre una indemnización en metálico. Forstein rechazó esta petición diciendo "no quiero llevar a un hijo muerto en el bolsillo".

[196]Cfr. SABATER TOMÁS, A., ob.cit,p. 40. En este mismo sentido, GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ B., ob.cit.p.59, en referencia al Wergeld, nos dice que los germanos sustituyeron el principio de venganza por el de las composiciones; es el primer ensayo de derecho penal de los hombres que se constituyen en sociedad civil. Entiende además, que el progreso de los pueblos germánicos se deja ver en el hecho de que tanto la venganza de la sangre como la pérdida de la paz, fuesen redimibles por dinero. En el uso de este sistema se distinguió dos especies. Primero se empleo como acto voluntario; los particulares podían pactar libremente sobre sus propias ofensas, quedándoles el recurso de las armas si no llegaban a un arreglo. Más tarde el poder hizo obligatorios los pactos, y la tasa de las defensa fue objeto de ley. Entonces todo, la diferencia de clase y sexo se tuvo presente

las composiciones, cuya medida de pago era *el wergeld* (rescate, indemnidad, satisfacción), que comprendía, inicialmente y según la naturaleza del país, animales y productos; pero que una vez elevada a institución de derecho germánico, se hizo extensivo a los individuos de la familia del ofensor y de ofendido. Ni los niños, ni las mujeres, ni los esclavos, en cuanto sometidos al poder del jefe de familia, tenían derecho a cobrar el llamado wergeld, por cuanto disfrutaban de una libertad civil incompleta. La composición no correspondía a la familia, sino al amo, al patrono, la iglesia o al Rey[197].

La utilidad social como criterio definidor general para determinar la capacidad de las personas en los pueblos primitivos continúa configurando un importante papel en la sociedad germana. De hecho, se consideraba mayor de edad penal, al joven capaz de empuñar las armas[198], y fijaba como límite de edad los 14 años para los suevos, y los 13 para los visigodos y borgoñeses. La edad además tuvo trascendencia punitiva en cuanto que a los niños no se les aplicaron en ningún caso las pena de muerte y mutilación, ni en las épocas más antiguas, pudiendo ser sustituidas por castigos en la piel y en el pelo, o por el pago de una moneda fraccionaria, u otros castigos dictados por el juez en cada caso, según su arbitrio[199]. Y es que el delito cometido por un menor, se equiparaba valorativamente a un hecho causal, involuntario y como tal, la pena debe ser objeto de atenuación.

Pero es en el derecho Longobardo donde comienza a valorarse de manera efectiva la falta del elemento intencional del menor en la comisión de hechos o infracciones. En efecto, se entendía que hasta los 12 años el niño no poseía intención de atentar contra los derechos de la comunidad

---

para su regulación. La condición de las personas se tuvo presente por su Wergeld.
[197]Vid.GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ B., ob. cit. p.60.
[198]Cfr. SABATER TOMÁS, A., ob.cit,p. 41
[199]Cfr. SABATER TOMÁS, A., ob.cit,p. 40

nacional, ni perturbar la paz pública, y se recogió que no debía pagar *el fredus*[200] al Estado.

Quizás por esto, el príncipe, representante del estado, no podía reclamar el pago de dicho *fredo* a un menor de dicha edad (Ley Sálica)[201]. Su fundamento residía en que al tener el *fredo* naturaleza de pena pecuniaria, no se imponían a supuestos exceptuados de responsabilidad, como tampoco a los casos de muerte o heridas provenientes de la torpeza o negligencia, aunque eso sí, si daban lugar al wergeld[202]. En todo caso, la edad de 12 años parece que fue una etapa fronteriza clave para el establecimiento de la responsabilidad penal en los pueblos germanos y del norte; sin ir mas lejos, en el propio derecho Nórdico, y en concreto en las llamadas "Grajas" de Islandia se establecía que si un hombre menor 12 años cometía el delito de homicidio, no podía ser privado de la paz[203] El derecho Noruego, en cambio, sí establece una excepción en cuanto a la posibilidades de irresponsabilidad criminal en las edades inferiores a la de 12 años para el supuesto de Homicidio. La venganza para este pueblo donde ningún placer iguala a una venganza completa, y donde el deseo de la misma se convierte en una obligación; a veces se perpetuaba, artificiosamente aún pasada la ira y el ímpetu del primer momento[204] Así y en cuanto que el muerto pide venganza a su matador, se disponía que el menor culpable a pesar de ser menor de 12 años, debía ser entregado a *la sippe* ofendida, si en el plazo de un año no se le hace abandonar el país[205].

---

[200]Cfr .GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B., ob.cit,p.60. "Las siguientes palabras de Tácito dan idea de esta institución*: pars multae regi vel civilitati...exsolvitur,* por el hecho de intervenir el poder social en las composiciones debía reservarse para si una parte: esa porción, bien se mire como recompensa de un servicio, o como pena de un delito considerado como una infracción de la seguridad pública, es la pena pecuniaria, que los precedentes romanos designan con el nombre de fredo"

[201]Cfr. SABATER TOMÁS, A., ob.cit,p. 40.

[202]Cfr. GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B., ob. cit,p.61

[203]Cfr. SABATER TOMÁS, A., ob.cit,p. 40

[204]Vid. MANZINI.V., ob.cit. pp.58 y 59" (...) En Noruega cuando la casa de Nial arde en el fuego encendido para matarle sus hijos y ofrecen salvación a él y a su mujer, él rehúsa salvarse diciendo: "Viejo soy e incapaz de vengar a mis hijos, y no quiero vivir en la vergüenza".

[205]Cfr. SABATER TOMÁS, A., ob.cit.p..40

Aunque como puede observarse, ni los pueblos Bárbaros ni los Nórdicos, hacían la distinción tripartita del derecho Romano; sin embargo, el llamado *estatuto de Lubeck*, apostó en materia de responsabilidad de los menores de 12 años, por una prueba de madurez que recuerda al instituto del discernimiento derivado del derecho Romano. De tal manera, que cuando un menor de 12 años mataba a otro niño, el juez debía ofrecer al delincuente una manzana o una moneda. Si el niño elegía esta última, demostraba con ello su madurez y debía sufrir castigo. Las viejas costumbres sajonas también fijan la edad de los 12 años como la edad del discernimiento. Posteriormente un reglamento del s. x de la ciudad de Londres establecía que el ladrón sorprendido *in franganti* no podía escapar de la muerte inmediata a no ser que tuviera menos de 12 años, y siempre que el valor del objeto robado fuese inferior a 12 denarios[206].

1.4.7.2.-Disposiciones reguladoras de la edad penal en el pueblo Visigodo.

Acudiendo a la información que nos que nos proporciona tanto el *liber iudiciorum o lex visigorotum*, y la colección de los concilios hispánicos, que componen una continuada serie desde Elvira (a.300/306) hasta el XVII de Toledo (a. 694), no se encuentran derechos absolutos a favor de la autoridad paterna. De hecho, se observa, con carácter general, que se reducen todos las facultades del padre sobre los hijos: se sanciona la muerte del hijo, el infanticidio[207], el aborto, la exposición de niños, la venta de los mismos[208]; el derecho a disponer arbitrariamente de ellos, y cabe además

[206]Cfr. SABATER TOMAS, A., ob.cit. pp 40 y ss.

[207]Cfr. CALAMBRUS LARA, JOSÉ., Las relaciones paterno-filiales en la legislación Visigoda. Instituto de Historia del derecho. Granada 1991.p. 92.“como caso excepcional, se permite al padre el derecho a matar a la hija en circunstancias muy concretas, tal es la disposición que autoriza al padre a matar a la hija sorprendida en adulterio en la propia casa paterna”.

[208]Cfr. CALAMBRUS LARA. J., ob.cit,p. 93. “Álvaro D´Ors pone de manifiesto que en algunos momentos de la crisis económica y social del bajo imperio, la venta de los hijos podía ser considerada como un mal menor, dado que en ocasiones, los padres no podían alimentar a los hijos y si no los vendían podían llegar a morir de hambre, y la muerte pudo ser peor que el cambio de domicilio. (...) La legislación visigoda desde el principio es tajante y clara. El Código de Eurico en el capitulo 299 se ordena que no sea lícito a los padres vender, donar, pignorar ni enajenar de ninguna forma a los hijos, y establece la sanción para el comprador que no podrá reclamar nada.

subrayar, la progresiva intervención de la madre en el ejercicio de los poderes que típicamente correspondían al padre.[209]

Tal es así, que de lo que de sistema punitivo podía tener la familia a través del ejercicio de las amplias facultades otorgadas al cabeza de familia, es abandonado en beneficio de la propia comunidad de vida que constituye ésta, del papel rector que ocupa el padre en esa comunidad. Los pilares determinantes de este sistema de autoridad paterna a la que podemos calificar "sin poder", deriva particularmente de la ley. En efecto, el propio *Liber* recoge un elenco de deberes que abarca desde la obligación de mantener a los hijos consigo, hasta el de proporcionarles la crianza y educación necesaria, aunque sin dejar plenamente arrinconado el derecho de corrección. Así, en el *Liber IV, 4,3* se establece que los padres tienen el deber de criar y educar a los hijos, y esta crianza y educación pueden hacerla por si mismos o encargarla a otra persona. No obstante, en aras de esa educación le está permitido corregirlos y azotarlos[210] mientras vivan en su compañía. Por otro lado, se introduce un sistema tutelar para los huérfanos que sustituye al poder patrio, así el Líber *en L IV, 3, 3* establece, que muerto el padre, la madre debe hacerse cargo de la tutela de los hijos, mientras no se case. Si contrae segundas nupcias, se llama a la tutela sucesivamente al hermano mayor de 20 años, a falta de ésta al hermano del padre o al hijo del hermano del padre. En el caso de que no hubiera ninguno de estos tutores legales, el resto de la parentela deberá elegir un tutor idóneo en presencia del juez.

Esta disposición pasa *al Liber en L.V.V,4 , 12 Antiqua* en los mismos términos que no pueden ser más amplios, puesto que prohíbe todo acto de disposición sobre los propios hijos. La Venta realizada es mula de pleno derecho y se excluyen todo tipo de compensación del comprador por el precio pagado"·

[209]Cfr. CALAMBRUS LARA. J., ob.cit,p. 87.

[210]Cfr. CALAMBRUS LARA. J., ob.cit,p. 98. "Se señalan taxativamente las causas por las que los padres pueden desheredar y azotar a los hijos, pero al final se concede a los padres la facultad de perdonarlos con lo que el rigor del poder paterno da paso a la autoridad familiar como poder tuitivo"

En todo caso, la educación religiosa se encontraba muy presente en el pueblo Visigodo, hasta el punto que a partir del V Concilio de Toledo, se impuso a los niños la obligación de llevar vida religiosa bajo pena eterna, siempre que con anterioridad a cumplir la edad de 10 años, hubieran sido ofrecidos por sus padres a la religión. Una vez cumplida la edad 10 años, los hijos podían tomar la vida religiosa por propia iniciativa y con la anuncia de sus padres, pero no podían ser obligados[211].

Por lo que respecta a las disposiciones reguladoras de la edad, la Ley II, 5, 11 de Recesvinto es una mezcla de derecho romano y germánico; el derecho visigótico concede la plena capacidad a los niños de 14 años, sin la variación romana por razón de sexo; a esta edad puede testificar[212], cesa la tutela, y pueden celebrar válidamente actos jurídicos. Aunque se entiende que la edad perfecta fue la de 20 años, en ella el hijo puede pedir al padre la entrega de la mitad de los bienes maternos. Sin embargo, en contraste con estas disposiciones, no se detecta una previsión general excluyente de la responsabilidad penal de los menores y por consiguiente, tampoco encontramos en *el Líber* la fijación de un límite cronológico a partir del cual los ilícitos del menor merecen la imposición de pena.[213.] Podemos deducir atendiendo a la edad en la que se entendía conseguida la capacidad necesaria para comparecer en juicio como testigo, como la idónea para defenderse por sí mismo, y a la derivada del cese de la tutela de la autoridad paterna, que la plena imputabilidad para la responsabilidad de los hechos ilícitos, se producía a partir de los 14 años. No obstante, esta deducción acorde con una interpretación lógica y sistemática de estas disposiciones, parece desmentirse con el único dato que nos ofrece el Líber, cual es: la previsión de los 10 años cumplidos como edad a partir de la que se puede ya castigar el adoctrinamiento en el judaísmo[214](LV

[211]Vid. CALAMBRUS LARA. J., .ob.cit,p.100
[212]Vid. CALAMBRUS LARA, J, citando la L.V: II, 14 Recesvinto.
[213]Cfr. PETIT CALVO, CARLOS., Crimen y castigo en el derecho Visigodo., Barcelona. 1991. *En la peine: jean Bodín. Vol.56. II, bruxelles, de Broeck université*. 9-71. pp.25 y 26
[214]Vid. PETIT CALVO, C., .ob.cit,p. 5.

12,03,11,Ergivio). Así, la inexistencia de Distinción de edad penal en el *Líber*, hace pensar que más que la atención de este pueblo hacía una capacidad psíquica para poder delinquir, se acudía a la capacidad física de poder soportar el castigo que se impusiera como consecuencia de la infracción, pues estos se imponen en la medida que lo permitía el desarrollo físico de los delincuentes.[215]

1.4.8**- El menor en la edad Media Española: La edad penal en los fueros (S.VIII al XVI). Las partidas.**

1**.4.8.1-El menor de edad en la Edad Media Española: La edad penal en los Fueros. (S. VIII al XVI).**

Cuello Calón nos decía que nuestra legislación penal anterior a las *Partidas* carece de una doctrina orgánica sobre la situación legal del niño y del joven infractor[216]. Durante la égida de la reconquista, los Reyes Cristianos, dieron fueros o leyes particulares a los pueblos que conquistaban originando una gran confusión en las disposiciones legales en su conjunto, y que tenían como eje común el espíritu del sistema punitivo familiar ejercido por el padre de familia. Sin ir más lejos, en *el fuero de Calatayud*, dado por Alfonso I el batallador en 1331, se reconoce al padre la potestad tan plena sobre los niños que hasta le faculta para matarlo. *El fuero de Plasencia* (1262) por su parte, autoriza la corrección paterna, estableciendo un arresto indeterminado, al permitir que el hijo sumiso o rebelde, recobre su libertad, siempre que manifieste arrepentimiento o enmienda: *"Fasta que sea manso y reciba sanidad"*[217]

[215]Vid .PETIT CALVO, C. ,ob.cit,p. 26
[216]Cfr. CUELLO CALÓN, E., ob.cit,p. 741
[217]Cfr. GARCÍA VALDÉS, CARLOS., Los presos Jóvenes: Apuntes de la España de Siglo XIX y principios del S. XX. Ministerio de justicia. Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones. Madrid. 1991,p. 13.

En fueros más antiguos como el *de Navarra* (1131d.c), la pena por herir a los padres es la mutilación[218]. Parece evidente que estas disposiciones dispersas existente en el entramado foral de la península, conservaban la tradición de la justicia domestica de los pueblos antiguos, reglamentándose a través de los Fueros[219], potestades familiares de eficacia civil y punitiva. Es más, algunos de estos Fueros no llegan a abandonar el sistema de responsabilidad colectiva familiar, por lo que desde el punto de vista relativo a la reparación del daño, los Fueros de *San Miguel de la escalada, de vigueira, el fuero viejo de Castilla, el de Teruel, el de Navarra, de Cuenca, de Béjar, y Sepúlveda*, exigían que el menor que hubiere cometido un delito, lo confesara y lo admitiera en casa paterna, como condición para responsabilizar al padre de los actos de aquel[220], aunque claro, siempre cabía la posibilidad, como la recogida en el *fuero de Teruel*, de abandonar al hijo, en forma solemne, ante los vecinos reunidos en concejo, para eludir la responsabilidad[221]. En *el fuero de Béjar,* por otro lado se contempla la posibilidad de la extensión familiar en la persecución de la ofensa, así el hijo que hiere a sus padres se convierte en enemigo de sus hermanos[222]. En los fueros, también tiene cabida la conservación de la venganza de la sangre, saciada con las llamadas *caloñas*[223] o multa de sangre de la que el menor podía ser eximido[224], como ocurría en *el fuero*

[218]Vid. FUERO DE NAVARRA: L.V. Titulo I. De feridas, Capitulo IV,p. 172. " *De filio que fiere a padre o a madre con manos o con pies, debe perder la mano o el pie con quoal mienbro ficiere"*

[219]Más adelante observaremos la crueldad del fuero de Calatayud. En todo caso la corrección paterna formaba parte del uso del derecho punitivo familiar, que los fueros trataban en ciertos casos de atenuar o en otros de eximir. En los *usatges de Barcelona* y en el *fuero de palenzuela* se hacen referencia a la facultad de desheredación de los hijos y también al rechazo familiar.

[220]Vid. JIMÉNEZ DE ASUA,L., Tratado de derecho penal. Editorial Losada S.A Buenos Aires.1950,p. 708. Para este autor la responsabilidad familiar y la de los padres sobre los hijos, está fundada en una idea de comunidad de bienes. Además en *el fuero de Plasencia* (*vid. Majada Neila, el fuero de Plasencia. Pag.66*) se establecía una responsabilidad recíproca, de tal manera que no solo los padres responden por los delitos de los hijos, sino que estos también responden por las deudas del padre.

[221]Vid. DE HINOJOSA Y NAVEROS, EDUARDO., El elemento Germánico en el derecho Español. Centro de Estudios Jurídicos. Madrid. 1915,p.20

[222]Vid. GUTIÉRREZ CUADRADO, JUAN., EL Fuero de Béjar. Ediciones Salamanca. Salamanca. 1975,p. 81.

[223]Vid. JIMÉNEZ DE ASUA, L., ob.cit,p. 711.

[224]Vid. GUALLART DE VIALA, ALFONSO., El derecho penal Histórico de Aragón. Zaragoza. Editorial Heraldo de Aragón. 1977,p. 110.

Aragonés, en los supuestos de riña entre menores.

En esta mezcolanza podemos determinar la existencia de normas relativas a la irresponsabilidad penal de individuos de cierta edad, que operaban como circunstancia que podía modificar su responsabilidad criminal o la pena imponer. En fueros como *el de Salamanca (1076 d.c),* la menor edad inspiraba la benevolencia de la norma. En él se establecía la prisión por deudas para menores de 12 años, con la única atenuación del uso de cadenas en lugar de los habituales cepos, cormas, y esposas[225].

Sin embargo el *fuero de Ledesma* valoraba la edad en un sentido que se acerca más a su consideración de circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal como atenuante, cuando nos dice que las lesiones cometidas por los menores de nueve años deben reparar el daño con cinco sueldos, y que pasada esa edad se duplica la suma[226]. En otros, parece atenderse a la capacidad del menor, encontrándonos con el llamado *fuero de Abad de Oña (1356)* en el que observamos la misma edad que la establecida en el *fuero viejo de castilla,* esto es, la edad de siete años[227], como límite para llamar a declarar al menor. Con idéntica filosofía se inspira, el *fuero de Brihuela,* en el que se establece el comienzo de la responsabilidad penal en los 10 años, y también *El fuero de San Miguel de Escalada* que acudiendo a un criterio puramente fisiológico, determinaba la responsabilidad penal del menor en base al cambio de dientes.[228] *El Fuero de Ledesma* rebajaba la

[225]Vid. LASALA NAVARRO, GREGORIO., Antecedentes de la delincuencia infantil, en revista de estudios penitenciarios, año XI, núm,114. Madrid. 1956,p. 62
[226]Vid. JIMÉNEZ DE ASUA, L., ob.cit,p. 709
[227]Vid. GALO SÁNCHEZ., Libro de los Fueros de Castilla. Barcelona: Facultad de derecho. 1924,*p.* 21. FUERO VIEJO DE CASTILLA: LIBRO II, TITULO I, VIII: " *que ningun niño que sea ferido, non debe ser conjurado fasta siete años, mas debe ser conjurada la madre, o el alma, que lo cría, e vale el apreciamiento, e de siete años arriba debe ser conjurado el niño, e la niña qualquier que sea ferido, e vale el apreciamiento*". En este sentido, PÉREZ VITORIA, O.,ob.cit,p. 25, se determinó la minoría de edad penal en los 7 años, lo cuales no podían comparecer por sí en juicio como demandantes, debiendo hacerlo por ellos la madre o el ama que les cría.
[228]Vid. JIMÉNEZ DE ASÚA, L., ob.cit,p.710

edad penal hasta los 9 años[229].

De interesante apreciación es el *Fuero de Teruel,* otorgado por Alfonso II a dicha Villa, aparecido cinco años después de la conquista a los moros en la población de Teruel, ocurrida, según Zurita, en 1171. El fuero esta fechado en las calendas de Octubre de 1176, con estilo sencillo, como puesto para el alcance de las gentes.[230] Este fuero sin embargo tiene como característica fundamental en esta materia, el establecimiento de una protección general a los hijos, en concreto la ley 372, disponía que toda mujer que arrojase a su hijo en algún lugar, sea apelada y encima oblíguesela a que nutra a su hijo[231] Además, esta particular protección se manifestaba en la existencia de cierta benevolencia punitiva al disponer que el menor de doce años, únicamente podía ser preso en cadenas[232].

En otros fueros, sin embargo, parecen omitirse disposiciones reguladores de la menor edad penal, como ocurría en *el fuero de Cuenca*, aunque se deduce de la regulación jurídica de los huérfanos, la edad de 12 años como la necesaria para adquirir la plena capacidad, como consecuencia de que la custodia de aquellos se establecía hasta esa edad[233]. Y es que la edad de los doce años entendida como necesaria para el alcance de la plena capacidad jurídica también aparece recogida en *el libro de los fueros de castilla,* nacido aproximadamente en la segunda mitad del S.XIII, regulando conjuntamente medidas protectoras de los menores[234]. Si alguna norma tiene relevancia desde el punto de vista del reconocimiento de los efectos jurídico-penales de la edad en

[229]Vid. HIGUERA GUIMERÁ, J.F., ob.cit,p. 849
[230]Vid. TOMÁS ROCA, T.C., Historia de la Obra de los Tribunales Tutelares de menores. Sección de Publicaciones del Consejo Superior de Protección de Menores. Madrid. 1968,p. 22.
[231]Vid. TOMÁS ROCA., ob.cit,p. 23
[232] Cfr. TOMÁS ROCA., ob.cit,p.23
[233]Vid. FUERO DE CUENCA. Edición Facsímil de la primera edición. Real academia de la Historia, Madrid 1936.
[234]Vid.GALO SÁNCHEZ.,ob.cit,p.6.

la capacidad para delinquir, *es el libro de las costumbres de Tortosa*[235], del *obispo Narnan*, publicado en Mayo de 1279. Su importancia estriba en que toma la edad como una circunstancia modificativa de la responsabilidad, aunque lo hace sin abandonar el sistema de autoridad paterna para castigar por delitos y faltas que se cometiesen contra la propiedad en el hogar familiar. El modelo de responsabilidad que preceptúa determina la división de la edad del hombre en tres épocas. La primera edad que establece, incluye a los menores de 10 años y medio, reconociendo en ellos irresponsabilidad absoluta, la segunda comprende a los mayores de 10 años y medio hasta los menores de 14, reconociéndoles una responsabilidad dudosa, porque si constatara o se aclarara que obraron con el conocimiento necesario habría que castigarles, y en la tercera sitúa a todos los hombres que cumplen los 14 años, y los considera como plenamente responsables de los daños que causaran.

Por lo que se refiere al derecho Catalán medieval, este nos ofrece algunos supuestos de reclusión de menores de edad, que fueron llevadas a cabo en *el castillo de verguer* y en sus siniestras mazmorras. De hecho, aclama cierta curiosidad la regulación en la ciudad de Barcelona, a través de *Bandos voceados por pregoneros* sobre la extensión de la pena de cárcel a la que podía ser sometido el menor si contravenía sus prohibiciones. Dentro de estas se encontraba la de participar en ciertos juegos peligrosos, como las peleas en bando y con piedras que solían efectuar los niños, dentro o fuera de la ciudad, castigando a los quebrantadores de la orden con cuatro días de reclusión en la cárcel de Verguer, sujeto con grillos, alimentándose de pan y agua si los niños eran menores de 15 años, y si eran mayores de dicha edad con la de imponer ocho días también con grillos, alimentándose así mismo con pan y agua y soportando el encierro durante esos ocho días. El segundo de dichos bancos se voceo en Barcelona el día 24 de Abril de 1403 y está relacionado con

[235]Vid.TOMÁS ROCA, T.C.,ob.cit.p. 26, citando a LASALA NAVARRO, G., La juventud delincuente en España y sus Tribunales Tutelares. Madrid 1959. pp. 10 y ss.

los vestidos escandalosos y lujo excesivo en adornos y joyas, prohibiendo se usaran es estas condiciones y se comprara la tela fuera del reino, bajo severas penas a los contraventores. A ruego de sus padres, y para ser sometidos a corrección, hubo niños ingresados en la cárcel por 30 días, perdiendo, además, las vestiduras y otros adornos que hubiera utilizado contra de las pregonadas ordenaciones[236].

Por otro lado, como cárcel no tenía que ser utilizada exclusivamente las ubicaciones públicas, pudiendo ser la propia familia la que retuviera en su seno al menor. Estas reclusiones se producían generalmente de "manera indeterminada[237]" pues su duración se hacía depender de la

[236]Vid. TOMÁS ROCA, T.C.,ob.cit,p.27. Se publicaron Bandos de interés pregonados en Barcelona, recogidos por la Real Academia de Historia en una colección de las decisiones de las cortes celebradas en España. El primero de ellos fue voceado, por el pregonero Santiago Rovira el día 27 de Marzo de 1395, por mandato del vicario de la ciudad. Y el segundo fue voceado el día 24 de Abril de 1403. Por otro lado, en LASALA NAVARRO, G.,ob.cit. pp.63 y 64, se observa la crueldad de tales reclusiones, como el llevado a cabo en *la torre de Gonguera,* donde se narra que el carcelero no contento con encerrarle en dicha torre con cadena al cuello, lo hizo estar sujeto a un palmo de la pared, de tal manera que dicho joven no podía ni de día ni de noche sentarse ni echarse; se le hincharon las piernas y por razón del gran frío que hacía y del viento que entraba por el agujero de la cadena, dicho joven tenía cerrada la abertura con las manos toda la noche, por lo cual estas se le hincharon.

[237]Siguiendo a Cuello Calón y a Lasala Navarro en las obras citadas, se autorizaba la corrección paterna haciendo "uso del arresto indeterminado" para el hijo rebelde, hasta que el hijo se redimiera. A nuestro juicio puede constituir esta custodia familiar indeterminada el antecedente más remoto de la ejecución de las llamadas sentencias indeterminadas. Sin embargo, para SABATER T.,ob.cit,p. 163, el precedente más remoto, se encuentra en una ordenanza de Felipe II, según la cual se podía condenar a Galeras por tiempo indeterminado. Otra de 12 de Marzo de 1777, preveía la prolongación indefinida de la pena. Para este autor a pesar de que parece completamente inconcebible este tipo de Sentencias, cuenta sin embargo con numerosos defensores, e incluso en el congreso penitenciario de Estocolmo se estableció que la pena que debía fijarse en grandes líneas, y que respecto de los detalles, la administración tuviere gran libertad, una amplia iniciativa, para fijar la adaptación individual. En el congreso de Washinton de 1910 se aprobó la sentencia de duración indeterminada, como principio científico. Fue objeto de estudio en el congreso de defensa social de San Marino (1951), Amberes (1954); por el departamento de cuestiones sociales de las Naciones Unidas, y por el grupo consultivo europeo en materia de prevención de crimen y tratamiento del delincuente, de las Naciones Unidas, que se reunió en Ginebra en 1954. Se argumenta a favor que es imposible prefijar la duración, el tiempo necesario para hacer de un criminal un hombre honrado. Se dice que estas últimas fueron puestas en práctica en el año 1876, por el Director de un establecimiento penitenciario.

corrección o enmienda del menor. Esta modalidad de encierro la encontramos en el ya mencionado *fuero de cuenca,* que establecía la pena de arresto por la que los padres deben tender preso o ligado al menor hasta que sea manso y no haga daño[238]. La misma pena se encuentra también en el *Fuero de Plasencia* del año 1262, como anteriormente hemos referido.

1.4.8.2.- Las Partidas.

La legislación anterior a las Partidas carecía de una doctrina orgánica sobre la situación legal del niño y del joven infractor[239].Tanto el Fuero Juzgo, el Fuero Viejo de Castilla[240] como el Fuero Real[241] de España, se limitaban a recoger disposiciones protectoras de los niños. En concreto en el Fuero Juzgo[242] se protegían de los niños expósitos, imponiendo penas a quienes no los rescatasen, y cuya regulación fue posteriormente complementada con un mayor desarrollo en las Partidas[243] (1256-1265). El Rey Alfonso X, conocido como "el sabio", trató de limitar el control del

[238]Vid. EL FUERO DE CUENCA, CLXXXIIJ, *de Filio Peruerso,* en de Ureña y Smenjaud, R,p. 262.
[239]Cfr. CUELLO CALÓN, E., Criminalidad infantil y juvenil, ob.cit,p.87
[240]Sus disposiciones protectoras se encuentra en el L.II, título I, Ley 8.
[241]Las disposiciones protectoras de la infancia en el Fuero Real se encuentra en L.IV, Titulo 23. El Fuero Real promulgado por el Rey Sabio, surge con pretensión unificadora dada la dispersión legislativa existente a partir de los Fueros. Siguiendo a TOMÁS Y VALIENTE, F., Manual de Historia, ob. cit,p. 163, puede observarse en el Fuero Real la influencia del *Liber iudiciorum*, al tratar de restablecer la responsabilidad individual. Se dispone en él que: " *todo el mal debe seguir al que lo face, así que el padre non sea penado por el fijo, nin el fijo por el padre*"
[242]Vid.TOMÁS ROCA, T.C., pp.13 y ss, analiza EL FUERO JUZGO, que en L4.TIT.4, LEY 1º trata de los niños echados, imponiendo penas a quienes no los rescataren de las personas que los hubieran criado; en la LEY 3ª, T.3.L.8, se castiga con una multa al que vendiera "hijo o hija de hombre libre o de mujer libre en otras tierras o los saque de su casa por engaño"; determinándose en la ley 1º, T.1, LIBRO 8, "*que ningún mancebo libre o franqueado o siervo, si fiziere algún tuerto de mandado de su padrón o del señor, el padrón o el señor sean tenudos de la enmienda, e los que lo fizieron por mandado dellos non deven aver mengua de culpa; ca non lo fizieron por su voluntad, mas por mandato de los sennores"*
[243]Cfr. PACHECO, J.F., El Código Penal concordado y comentado, T.I, 5º Edición. Madrid. 1881,p.XLIII, para este comentarista, las Partidas constituyen una obra maestra de la ciencia legislativa. Para JIMENEZ DE AUSA/ANTÓN ONECA, J., Derecho penal conforme al Código penal de 1928. Parte general. T.I, Madrid, 1929,p. 39, constituyen un esfuerzo para la unidad legislativa.

cabeza de familia en el ejercicio de la patria potestad sobre sus sometidos, por lo que a través de las Leyes de Partidas estableció normas protectoras a favor de los niños. Esta norma supuso un cambio profundo, un revolución radical en la legislación y en la jurisprudencia española[244], creando un sistema conceptual de responsabilidad penal integrado por distintos rangos de edades según para qué delito, que se complementa con la indagación sobre el entendimiento del menor, bajo una influencia claramente romanista. Para Cuello Calón, en esta legislación encontramos ya una doctrina completa sobre la punibilidad de los menores delincuentes[245].

Las leyes de partidas establecen un sistema de límite de responsabilidad penal por razón de edad, introduciendo números avances en el técnicamente bárbaro y moralmente cruel derecho penal de la época, limitando la responsabilidad penal por razón de mengua de edad y sentido[246]. En efecto, en ellas se estableció la irresponsabilidad penal de los menores de 10 años y medio[247], pues les excusaba la mengua de razón y de sentido[248], y desde esa edad eran castigados con atenuación hasta los catorce años[249], y también hasta los 16 años[250], alegando que "*Non les deven dar tan grande pena en el cuerpo, ni en el aver como farian a otro que fuesse de mayor edad, ante gelo deven dar muy leves"*. Ahora bien, en lo referente al delito de lujuria señala como edad eximente la de 14 años

[244]Vid. ÁLVAREZ MARTÍNEZ, C.,Nociones fundamentales del Derecho, p.104.
[245]Vid. CUELLO CALÓN, E.,La infancia delincuente y abandonada en la antigua legislación española, Revista penitenciaria, Año II, Madrid.1905. pp. 742 y 743*"*. Ni en el Fuero Viejo de Castilla, ni en las Leyes del Estilo, ni en el Fuero Real de España se encuentra (…) alguna ley que regule las penalidades impuestas á los niños y jóvenes"
[246] Cfr. GARCÍA VALDÉS, C., ob.cit,p. 13.
[247]Vid. LASALA NAVARRO Y TOMÁS ROCA, Pseudónimo "Justo Caro". Artículos publicados por la revista "SURGAM", años 1949 a 1966. Nos dicen estos autores, que en algunos textos y casos se considera los 14 años como límite, y no los 10 y medio, como se colige de la partida 7, titulo 8, ley 16, que dice que el siervo que no defiende a su señor en peligro de muerte o no evita que este le de a su mujer e hijos, no incurra en pena sino tiene 14 años, porque no lo facen con maldad mas por embargo que han de su cuerpo o por mengua de entendimiento.
[248]Según Partida 1º, titulo 1, ley 21
[249]Según Partida 7º, tit.1, ley 9
[250]Según Partida 7º, tit.31, ley 8

para los niños, y doce para las niñas[251], en el fundamento de que en estos delitos se obraba más por instinto que por inteligencia[252]. De hecho, para Cuello Calón, el límite de la minoría de edad penal establecida en las partidas se encontraba en la edad de catorce años, porque en algunos casos, como puede observarse para la lujuria, el ser menor de esta edad excluía la culpabilidad[253].

Tampoco se permitía en edad inferior a las marcadas en las Partidas aplicar las penas de castigo corporal y de tormento, para obtener testimonio a los menores de dicha edad. No obstante, llegó a existir un amplio margen de arbitrariedad en la valoración de la circunstancia de la edad como eximente, tanto en el procedimiento ordinario como a través de la institución inquisitorial[254]. Para Tomas y Valiente[255], el límite de edad de diez años y medio por el que se entendía irresponsable al menor se sometía a la condición de que el juzgador no considerase que obró con dolo, en cuyo caso podía castigarle arbitrariamente. Igualmente entiende que con respecto al límite de 16 años, éste se ampliaba en la práctica, pues al mayor de esa edad y menor de 25 años, aunque no había precepto legal sobre ello, los jueces solían aminorar la pena ordinaria[256].

[251]Según Partida 7, tit.1, ley 9 y en la partida 1, título I, ley 21

[252]Cfr.VENTAS SASTRE, R., La minoría de edad penal. Tesis doctoral. Universidad complutense. Madrid, 2002,p. 5

[253]Cfr.CUELLO CALÓN, E., ob.cit.pp 744 y 745 "(...) quedando a modo de clasificación por delitos la siguiente forma: "Delitos de lujuria. Minoría penal absoluta hasta los catorce años para los varones y hasta doce para las muchachas. Delitos de homicidio, hurto y otros semejantes. Minoría penal absoluta hasta los diez años y medio para ambos sexos. Minoría penal relativa hasta los catorce años según la ley ó los diecisiete según otra para los dos sexos (…)".

[254]El tribunal de la inquisición de Sevilla sometió a encierro provisional al menor de 10 años de edad, Joseph Cortada, contraviniendo las disposiciones del derecho penal regio.

[255]Vid. TOMÁS Y VALIENTE, F., El derecho penal de la monarquía absoluta. 1969. Edit. Técnos. Madrid. pp. 340 y 341

[256]Cfr. TOMÁS Y VALIENTE, F., ult. ob.cit,p.341."Y es seguro que tal práctica seguía viva en pleno S. XVIII, pues Feijoo opinaba en contra de ella, afirmado que precisamente entre los dieciocho y los 21 años se cometen muchos delitos (especialmente adulterio, estupro, homicidio, peleas) por ser entonces más furiosa la concupiscencia y más violenta la ira, razón por la cual ha de ser más fuerte la mano en el uso de la rienda para detener y corregir esas pasiones"

La legislación posterior a las Partidas aparece caracterizada por un elenco de leyes y ordenanzas entre las que destacan para el asunto que nos ocupa, el "Ordenamiento de Alcalá de Henares" del año 1348, elaborada por el Rey Alfonso XI "El justiciero", donde se recogía la eximente de responsabilidad penal para el delito de adulterio en la edad de 14 años para varón y de 12 para la mujer. Posteriormente en las "Ordenanzas reales de castilla", se exceptuaba a los menores de 12 años de las severas penas impuestas a los vagos.[257] Idéntico contenido se ordenó en una norma dada por Enrique II en Toro en el año 1369 confirmada por Juan I en Burgos en 1379 y Juan II en Valladolid y Madrid en 1435, y que posteriormente recogería la Novísima Recopilación en su Libro 12, titulo 31[258]. El sistema de responsabilidad establecido en las Partidas, pese a ser consideradas como un cuerpo legal considerablemente avanzado; sus límites de edad, no fueron tenidos en consideración, ni por el código de 1822, ni por los legisladores de los textos legales subsiguientes,[259] muestra de extremada variedad existente en la concreción de una edad penal satisfactoria.

1.4.9.- Consideraciones sobre el tratamiento jurídico de la edad penal en los S. XVI al XVIII.

Decía Pessina260, denunciando la precariedad de la justicia penal en Europa a principios del S.XVIII, que aquella presentaba el más triste espectáculo: incertidumbre y confusión en las leyes y en su interpretación, excesivo rigor y atrocidades la penalidad, exagerada incriminación, conculcación de todo derecho de la personalidad humana en los juicios penales. La denuncia de Pessina expresa, que la existencia de una penalidad enraizada en sentimientos de justicia vindicativos, carente de toda racionalidad y con una misión ejemplarizante, constituía una cuestión generalizada en el continente Europeo, ante la que nada servía la labor de los comentaristas de la época, que demandaban una mayor proporcionalidad en el establecimiento de la pena. En nuestra patria, Pacheco[260], refería, que la doctrina de Savigny, la escuela histórica, había dominado, pues,

[257]Vid. Ley. 2, Libro 8, Titulo 14, de las Reales Ordenanzas de Castilla. En el mismo sentido TOMÁS ROCA, T.C., ob.cit,p.14

[258]Cfr. TOMÁS ROCA, T. C., ob.cit. pp.14 y 15.

[259]Cfr. VENTAS SASTRE, R.,ob.cit,p. 5

[260]Cfr. PACHECO, J.F., ob.cit,p. XVL**.** En nuestra opinión, nada impide pensar, que en la actualidad y a través de lo que se ha denominado "populismo punitivo" como circunstancia influyente en las

por seis siglos nuestra sociedad, con unas consecuencias desgraciadas.

A pesar de la crueldad y desproporción punitiva destacada, la característica más sobresaliente sobre el tratamiento jurídico de la edad penal en la España de los S.XVI al S.XVIII es la existencia de un amplio margen de arbitrio institucional tanto en el ámbito del procedimiento judicial ordinario como en el inquisitorial, que queda reflejado en la casuística de la época, en la que la edad penal se toma en consideración como una circunstancia presuntiva de incapacidad, que no opera de manera automática con fines de exención de la responsabilidad, y como máximo, por cuestiones de benevolencia, se tiene en cuenta a efectos de disminución o exculpación punitiva.[261] En realidad, la forma de valorar la culpabilidad de los niños fue también una apreciación del momento histórico; sobre todo, a través de la jurisdicción del aparato inquisitorial, actuando como instrumento de control social al servicio del poder instituido. Sin duda, los procedimientos más crueles y duros usados contra los menores, se debían con frecuencia a la prevención de la herejía[262], el bestialismo y el pecado nefando[263] que pretendían moralizar a una juventud inserta en una

reformas de la LORPM, pueda detectarse la doctrina Savygniana.

[261]Cfr. CÁMARA ARROYO, S., Derecho penal de menores y centros de internamiento. Una perspectiva penitenciaria. Tesis doctoral. Alcalá de Henares. 2011,p. 154, haciendo referencia a la Novíssima Recopilación, expone que la minoría de edad no suponía impedimento alguno para la aplicación de la pena. En este sentido Vid, TOMÁS Y VALIENTE, ob.cit,p. 342, donde se narran supuestos en donde la corta edad sirvió para no condenar a los autores del hecho. También Vid. GUALLART Y LÓPEZ DE GOICOECHEA, J., El Derecho penal de los menores. Los tribunales para niños. Zaragoza, 1926,p.76. Tal y como expone este autor, los mismos procedimientos, jurisdicciones y regímenes de tratamiento en castigos corporales, cárceles o galeras, se aplicaban tanto al adulto como la menor, tan solo, una más corta duración de la pena beneficiaba a éste último; pero aún contra dicha atenuación se elevaban protestas.

[262]Vid. TORRES AGUILAR, M., Un menor ante la inquisición de Sevilla: el asesinato ritual del niño de Cádiz,p. 295. En este trabajo el autor refiere que sobre el delito de Herejía, el Fuero Juzgo XII, 3, 11 establecía la exención de responsabilidad para los menores de 12 años que leyesen libros judaicos de contenido herético.

[263]En este sentido, de las multiples definiciones que podemos encontrar sobre el pecado nefando, consultar, "clases de sodomía: perfecta e imperfecta, en inicios de Edad moderna, disponible en www. Personal.us.es>alporu>clases_sodomía, de la Universidad de Sevilla. Refiere este documento, que el varón cometía pecado contra la naturaleza al emitir su semilla durante cualquier acto sexual sin posibilidad de procreación. En su interpretación más amplia, el pecado nefando contra la naturaleza constituía cualquier acto sodomítico que pusiera en peligro la economía de la creación e impidiera la posibilidad de la colaboración del hombre con Dios. (…) En 1587 las

sociedad atemorizada por el control que ejercía la iglesia, instrumentalizado a través del Santo Oficio, a quien se le otorgaba un amplio margen de libertad procesal[264], bordeando incluso lo límites fijados por el derecho secular regio. La inquisición no respetaba de manera escrupolosa la edad del acusado sobre la que el derecho regio poseía una reglamentación específica a través de las leyes de partidas[265.] En este aspecto, la edad apenas ponía límites a la jurisdicción inquisitorial, que consideraba a los niños capaces de cometer herejía tan pronto como eran *doli capaces*, -a los 6 o 7 años-, aunque no se les consideraba responsable hasta que llegaban a la "edad de discreción". Es más, si en el hecho concurrían circunstancias excepcionales de especial malicia, la inquisición permitía la aplicación de las penas ordinarias previstas, pero siempre que el reo tuviese cumplida la edad de 14 años (12 años para las mujeres) y conociese del asunto el Consejo de la Suprema previamente a la ejecución de la Sentencia[266] Esta estructuración de la responsabilidad permite afirmar que la minoría de edad penal operaba como una eximente pero configurada como una presunción *iuris tantum*, que podía deshacer su consideración y que permitía una amplia discrecionalidad judicial, tanto en el proceso ordinario como en el inquisitorial. Por ello, se valoraban diversas circunstancias, tanto del menor presuntamente implicado, como del caso en sí, para fijar la existencia o no de la citada eximente, por razón de minoría de edad.[267] En síntesis, la función eximidora de la edad, carecía de virtualidad en el caso de que hubiera prueba suficiente de

autoridades seculares de Sevilla quemaron a Alonso Pérez y azotaron al jóven que había eyaculado o había cometido el "pecado de polución" con Alonso. El jóven además sirvió en galeras una pena de cuatro años"

[264]Cfr.TORRES AGUILAR, M., ob.cit,p. 295. Para este autor, debe tomarse en consideración cierta discrepancia existente entre lo preceptuado por las garantistas normas reales y la arbitraria práctica procesal del Santo Oficio que no se limitaba exclusivamente al momento de la imposición de la pena, como se reflejaba en el uso de la prisión provisional.

[265]Ya nos hemos referido a estas disposiciones en epígrafes anteriores, no obstante Vid, Partida VII, 1, 9; VII, 31,8; 1, 1,21.

[266]Vid. TORRES AGUILAR, M., ob.cit,p. 296, citando a SIMANCAS, en nota al pie "Respecto del menor de 20 años si demuestra especial malicia o contumacia, no se considera menor de edad"

[267]Vid. TOMÁS Y VALIENTE, F., ob.cit,p. 131."(…) hay una presunción legal, pero que si en algún caso concreto el juez creía que el menor de 10 años y medio había actuado con dolo, podía castigarlo arbitrariamente".

que la malicia del reo era superior a la que cabía esperar de sus años[268]. Esta interpretación normativa de la edad penal, a través de la introducción de un elemento en el injusto como la malicia, fue admitida y aplicada por el Tribunal de la Inquisición de Sevilla en el caso del menor Joseph Cortada[269] de tan sólo 10 años de edad, a quien de nada sirvió poseer una edad por debajo de los límites legales, para impedir un largo cautiverio en cárcel secreta, sin comunicación y atado con grillos[270]. Se hacía precisa una secularización[271] del derecho penal, que plegara parte de su dureza, como posteriormente propuso la ilustración.

Siguiendo con lo anterior, también en el procedimiento ordinario existía una vagancia oscilante de la edad que ocasionaba problemas de aplicación y que determinó la existencia de un amplio arbitrio judicial. Para Tomás y Valiente[272], los jueces respetaban en general en sus sentencias

[268]Vid. GACTO FERNÁNDEZ, E., Las circunstancias atenuantes de la responsabilidad en la doctrina jurídica de la inquisición. Universidad de Murcia. Disponible en https://dspace.usc.es>bitstreabm,p. 41

[269]Cfr. TORRES AGUILAR, M., ob.cit,p.

[270]Cfr. TORRES AGUILAR, M., ob.cit,p.297. "El dia 16 de Octubre de 1708 el Tribunal de Sevilla comunicó a la Suprema que se hizo cargo del reo, "*que queda preso en carcel secreta, sin comunicación, y a quien mandamos poner un par de grillos, por haber reconocido en su corta edad de diez, a once años, tiene demasiada viveza y malicia, por lo qual le daremos una Audiencia extraordinaria, procurando reconocer su capacidad, y lo que excuto con el niño Juan Paez, difunto, y lo demás, que pueda conducir a que declare la verdad, y los agresores de su homicidio*"

[271]Cfr. TOMÁS Y VALIENTE, F., ult.ob.cit,p. 408. Tomas y Valiente considera que la mejor política penal propuesta por los ilustrados, fue la pretendida humanización del derecho penal, en el doble sentido de secularizarlo, alejándolo de consideraciones y propósitos pseudo-religiosos que, tan sólo, habían servido para endurecerlo, y en el de suavización del trato procesal y penal dispensado al reo.

[272]Cfr. TOMÁS Y VALIENTE, F., ult,ob.cit,p. 342, "Hay ocasiones en las que no se expresa la edad concreta de los reos a los que en autos se califica de "menores". En 1766 el juez de comisión enviado por el Consejo Real a San Idelfonso para "la averiguación y castigo" de los autores del delito de publicas injurias, después de imponer en la sentencia diversas penas a cinco Reos, indica que no condena a otros de ellos, por ser de muy corta edad. En 1687, en Osuna, un muchacho de 19 años mata a un hombre; en autos se le suele llamar "menor", puesto que no ha cumplido los 25 años; pero el Fiscal en su acusación hace ver que " la menor edad de dicho reo no le puede relevar de la pena ordinaria del delito, por cuanto es muy capaz y de muy grande entendimiento y en quien concurren las cualidades que pro Derecho se requieren para que se le deba imponer dicha pena", esto es, la ordinaria de muerte de horca. Si al final no se le condenó a ella no fue por causas de edad, sino de las influencias y gestiones de su padre, pues el reo era hijo de un "Doctor Principal de Osuna", que dio muestras de su ascendiente sobre el juez a lo largo de todo el proceso. Otro caso que nos cuenta el jesuita Padre GONZÁLEZ en carta de 15 de Septiembre de 1643, dirigida al Padre PEREYRA, confirma que teniendo el reo más de 17 años aunque menos de 25, podía ser

los límites de edad establecidos en las leyes, sin bien como éstos no eran concisos en todo caso, la interpretación judicial de esta materia estuvo necesariamente sujeta a un notable margen de elasticidad, por lo que en general, el trato penal al menor durante estos siglos fue duro al sufrir la mismas penas que se encontraban previstas para los adultos.[273.] Se prendía extirpar con esta equiparación, la extensa turba de rufianes, fulleros, gitanos y valientes de nuestras hampas[274]

No obstante, a pesar de la dureza y del arbitrio referido, no puede negarse la existencia de vaivenes legislativos benévolos en materia de ejecución de las condenas. Entre los S.XV y S.XVI el derecho comparado nos dejó algunas muestras de ello, dado que en algunos países aparecieron disposiciones relativas a los jóvenes delincuentes encaminadas a su educación y reforma. Puede citarse una ordenanza de Nuremberg de 1478 que ordena a los niños no corrompidos sean alejados de padres inmorales y educados en la ciudad o en la campiña próxima, generalizándose la idea en la

condenado a muerte si el arbitrio judicial no consideraba justo disminuirle la pena ordinaria; en la ocasión aludida, el muchacho ejecutado tenía dieciocho o diecinueve años, era autor de tres homicidios, y la reina confirmó como justa la sentencia y ordenó su inmediato cumplimiento".

[273]Cfr. GARCÍA VALDÉS, C., ob.cit,p.14. "(...) es ocioso decir que en la Edad Media, e incluso en la Moderna, los delincuentes mayores de 10 años y medio, padecieron cárceles y presidios, con el mismo rigor y en las mismas condiciones que los adultos (...)". El mismo autor en ob.cit,p. 18, en relación con la edad para el ingresos en cárceles, nos dice, que en cuanto al límite mínimo de edad de los niños que fueron ingresando en las cárceles a finales del S.XVIII y mediados del S. XIX, las facultades de corrección paterna y defensa social se mostraban independientes respecto a la edad mínima necesaria para ser considerado penalmente responsable, por lo que en aras de la educación y corrección del menor podía permitirse su ingreso carcelario en edad inferior a la penalmente prevista; y refiere dos supuestos que parecen avalar esta opinión. En primer lugar, el hecho de que el propio *Reglamento de Ceuta,* ordenase que se prestara atención preferente a los menores de ocho a doce años, cuando no existiera posibilidad de lograr su educación, aplicándosele el ejercicio de las artes de mecánica que sabían o al aprendizaje de las que prefieran entre las más comunes, como la cantería, zapatería, cordelería, etc....oficios fáciles, y que se ejercitan en las últimas décadas. En segundo lugar, el mandato recogido en el *Reglamento de Presidios peninsulares*, de 12 de Septiembre de 1807, que ordena para todos los establecimiento de este tipo, la creación de un departamento de jóvenes, denominados *corrigendos,* en régimen de sentencia indeterminada, con el objeto de lograr una separación efectiva respecto de los adultos, dando como criterios operativos "su edad y condiciones personales". Por ello entiende este autor, "que si bien el límite inferior cronológico establecido para ser objeto de responsabilidad criminal estuvo en los diez años y medio de edad, es seguro que, al menos, desde los ochos años, sea por vía de corrección paterna, sea por defensa social, ingresaban los niños y niñas de aquellas épocas en las cárceles y presidios"**.**

[274]Vid. GUALLART Y LÓPEZ DE GOICOECHEA, J., ob.cit,p. 76

dieta de Augsburgo, donde se decidió que los menores abandonados y delincuentes fuesen acogidos en los hospicios y hospitales[275] En nuestra patria, destaca el padre de Huérfanos, y también institutos caritativos que actuaban dentro de lo que hoy en día denominamos medidas de seguridad[276] en los que se incluían a menores desamparados o abandonados junto con infractores, mezcla que perdurará durante los siglos venideros, y que deja entrever que en la delincuencia juvenil siempre existió un trasfondo de abandono social[277] que apenas encontró alivio en los establecimientos de ésta época, donde la inexistencia de un sistema penitenciario, hacían de aquellos lugares de encierro, sitios inhóspitos, poterna del abuso y la crueldad, y puerta falsa a la ley[278] o tal y como decía Miguel de Cervantes en su prólogo del Quijote " lugar donde toda incomodidad tiene su asiento y donde todo triste ruido hacía su habitación"[279]. Este influjo retribucionista y tenebroso que asolaba a los menores durante estos siglos, se manifestaba en que muchos de ellos fueron sometidos a un inhumano trato, siendo quemados, azotados, arrastrados, ahorcados, y descuartizados por los delitos cometidos dentro y fuera de los muros de estos establecimientos[280].

[275]Cfr. CUELLO CALÓN, E., La criminalidad infantil y juvenil. ob.cit,p. 85.

[276]Cfr. RAMOS VÁZQUEZ, I.**,** Arrestos, cárceles y prisiones en los derechos históricos españoles. Ministerio del Interior. Madrid. 2008. Pág 151**.** Hace referencia a esta modalidad de encierro cautelar, en los hospicios, casas de recogimiento o casas de misericordia, donde se daban las primeras medidas sancionadoras.

[277]Vid. GARCÍA MENDEZ, E., Bases para una reconstrucción-deconstrucción histórica de las prácticas de privación de libertad de la infancia-adolescencia, en derecho de la infancia/adolescencia en América Latina, de la situación irregular de la protección integral, Forum Pacis, Santa Fé de Bogotá, 1994. Para este autor, la figura del menor abandonado y del menor delincuente no encontraba diferenciación en esta época, generándose un monstruo-bicéfalo.

[278]Cfr. SALILLAS, R., La vida penal en España. Imprenta de la Revista de la Legislación. Madrid. 1888. ob.cit. pp. 368 y 369.

[279]Cfr. CERVANTES, M., El ingenioso Hidalgo Don Quijote de la Mancha. (1605), Empresa Pública D. Quijote 2005, S.A. Biblioteca IV Centenario,p. 37.

[280]Cfr. DE LEÓN, P., Grandeza y Miseria en Andalucía, testimonio de una encrucijada histórica (1578-1616). Edición, introducción y notas de Pedro Herrera Puga, Facultad de Teología. Granada. 1981. pp 399, 447, 458, 501,520, 522, 538 y 544. Siguiendo a éste Jesuíta podemos subrayar algunas de las crueldades sufridas por mozos de corta edad: "Francisco Zárete y Mateo de Salvatierra, el día 14 de Febrero de 1579 fueron quemados por tocamientos deshonestos que entre si tuvieron estando acostados juntos en la cama. Oyéndolos, que estaban retozando el uno con el otro, y hablando palabras deshonestas y palpándose. Estos dos eran mozuelos de hasta diecisiete años y venían en compañía de soldados, y su capitán, con un asesor los mando a quemar. (….) Simón

Especial mención merece en materia punitiva, la pena de Galeras[281], empleada desde el S. XIII hasta el S.XVIII para la privación de libertad, y que consistía en el empleo de presos rematados como galeotes para mover, a base de remos, los barcos de guerra, "servir a remo y sin sueldo en los barcos del Rey", aunque luego, con el correr de los tiempos, prestaran los penados iguales cometidos en otros barcos reales e incluso, en naves de empresas privadas[282]. Esta modalidad de pena privativa libertad, fue frecuentemente aplicada a los jóvenes infractores. Así, una Pragmática de D. Felipe y Doña Juana de 1552 imponía al ladrón mayor de 20 años, la de cuatro años de Galera, y pena menor al que no llegase a dicha edad, si bien con Felipe II se aumentó el número de

López y Francisco Martín, mozuelo de hasta diecisiete años; al primer lo ahorcaron e hicieron cuartos, y al mozuelo volvimos a la cárcel desde la horca, que estaba en la Plaza de San Francisco, después de ahorcado el primero, en este caso la edad del mozo, la ayuda del párroco y la confesión exculpatoria del otro sentenciado sirvieron para que el joven se librara de la horca. (…) Juan Pérez muy mozo, de edad de 18 años, ahorcado el 11 de Junio de 1586, porque mató a su hermano en la Villa Martín. (…) Isabel Ramírez, morisca, y Magdalena de los Santos, mulatilla, de 17 años, arrastradas y ahorcadas porque mataron con veneno a Juana(...) Francisco Bautista, mulatillo, sarnoso y tiñoso, de la casa de los niños perdidos, de edad de 22 años, quemado por el pecado nefando. (…). Y pasaron por el fuego dos muchachos de la misma casa, de edad de 8 o 9 años, y después le dieron 50 azotes al aldabilla. (…) Juan de Medina a 5 de Agosto de 1596 quemado por el pecado nefando. Este había condenado a un mozuelo de hasta 16 años, el cual por miedo del tormento dijo que sí, pero por poca edad lo dejaron en la cárcel hasta que muriese el que lo había condenado, y al pie del palo dijo Juan de Medina, que por el paso en que estaba, no debía aquel mozo nada; y así se libró(...) Juan Delgado, mozuelo de hasta 18 años, quemado por el pecado de la bestialidad. Murió con muchas muestras de salvación(...) Francisco de tal quemado, y pasaron por el fuego a un muchacho que se llamaba Jerónimo y llevaron a otro muchacho que se llama Bernardo para que estuviese presente y viese como quemaban al uno y charruscaban al otro, para que él escarmentase. Murió el Francisco aunque mozo de 18 años, fue cosa noble la buena disposición y lágrimas que Nuestro Señor le dió. Diéronle a Jerónimo doscientos azotes para en cuenta, como dicen, porque no embargante que confesaron ambos que habían sido agente y paciente, como no tenía 14 años, aunque ya estaba condenado a quemar yo le hice restituir por razón de la edad y que el oyesen de nulidad. Y por bien de paz, como dicen, se le dieron 200 azotes y lo perdigaron para otra vez"

[281]Cfr. PÉREZ FERNÁNDEZ, J.M., Un paseo por el reformismo penitenciario del S.XIX a través de la cárcel modelo de Valencia, 2000. En la Galera los penados eran destinados a remar, atados con cadenas, en las grandes empresas marítimas desde el S.XVI, siendo abolida y sustituída por los Arsenales de Marina a partir de la Ordenanza Real de 20 de Marzo de 1804 para el gobierno de prisiones, aunque a pesar de ello, en 1860 se siguen destinando partidas monetarias a las galeras. Los arsenales vienen a constituir un sistema progresivo para el cumplimiento de los castigos. Se trata de un sistema incipiente de clasificación por el que los prisioneros eran divididos en tres clases (peón, marinero y obrero), debiendo cumplir un tercio de la pena en cada una de ellas.

[282]Cfr. GARCÍA VALDÉS, C., Derecho penitenciario militar,p. 775. Disponible en Dialnet.

años de galeras a seis, reduciéndose la edad tope a diecisiete, tanto respecto a los ladrones como a los rufianes. Sin embargo, éste monarca libró de las mismas a los menores de 20 años, en razón de la dureza del castigo[283], límite que luego rebajaría Carlos II a los diecisiete, aunque fueren gitanos[284]. En este clima de crueldad, los menores también fueron objeto de la pena capital y de la confiscación de bienes. Felipe IV quien tuvo un gran interés en la prevención de delitos de carácter económico, castigó con la pena de muerte y con la confiscación de bienes la saca de moneda de plata del reino y entrada en él de la de vellón[285], aclarando además que de tal pena nadie se podía excusar por ser menor de edad. Posteriormente la Pragmática de 13 de Febrero de 1734, otorgada por Felipe V (1700-1746), llevó a cabo una acentuación más drástica de la pena, castigando con la pena de muerte, sin arbitrio para templarla ni conmutarla en alguna otra más suave y benigna, a los mayores de 17 años, por resultarles probados la comisión de robos cometidos dentro de la corte y cinco leguas de su rastro y distrito ya sea entrando en las casas o acometiéndose en las calles y caminos, ya con armas o sin ellas, solo o acompañado, y aunque no se siga herida o muerte en la ejecución del delito; y en el caso de ser mayor de 15 años, sin llegar a aquella edad, se les imponía la pena de 200 azotes y diez años de galeras, de la que no podía salir sin consentimiento real,[286] a salvo que los delitos fueran cometidos en cuadrilla y armados, en cuyo caso la pena seguiría siendo la de muerte. No obstante, el Consejo de Castilla no llegó a aplicar esta severa Pragmática, que gozaba de escasa popularidad entre los Tribunales de Justicia[287]. Como se observa a través de estas

[283]Cfr. GARCÍA VALDÉS, C., Los jóvenes presos, ob.cit,p. 13.

[284]Cfr. GARCÍA VALDÉS, C., Los jóvenes presos.,ob.cit.p. 14. En el mismo sentido, y en relación con los gitanos cabe decir, que previamente la pragmática de Felipe V de 12 de Junio de 1695, conmutó la pena de galeras por la de presidio a los menores de edad de etnia gitana, tal y como consta en la Novissima Recopilación, Libro XII, Titulo XVI, Ley VII, 4-12., "(...) que a los que contravinieren se impone pena de galeras, debe entenderse y ejecutarse en los que fueren mayores de 10 y 7 años; siendo mayores de 14, se enviaran a presidios, donde sirvan para las obras; cuya duración de penas ha de ser por el mismo tiempo la de presidio que la de galeras, pues para los de las otras edades se darán otras providencias convenientes; y que en los casos en que corresponde a los hombres pena de galeras, se entienda, que para las mujeres ha de ser azotes y destierro del reyno".

[285]Cfr. TOMÁS Y VALIENTE, F., ob. cit,p. 341.

[286]Vid. Novísima Recopilación. L.3, TIT, 14, Lib XII.

[287]Cfr. GARCÍA VALDÉS, C., La teoria de la pena, 3ª Edición. Ministerio de Justicia, 1987,p. 41

disposiciones, el tope de la mayoría de edad penal oscilaba entre los diecisiete y los veinte años, respetando siempre el de la edad mínima de los diez años y medio.,[288] límites de edad penal, curiosamente muy superiores a los posteriormente fijados en el S.XX.

A partir del S. XVI, se observa una gran transformación con vocación de permanencia en el modo y lugar de ejecutarse la pena de presidio, dado que hasta entonces, la practica total de las penas impuestas eran de suerte eliminatoria, corporales o de galeras[289]. Este interés llevó a su vez, a la búsqueda de cierta utilidad en el cumplimiento de las sanciones, ideario finalista que supuso el destierro de numerosos jóvenes y adultos para cumplir presidio en el norte de África, en cuyas instalaciones se cubrió una exigencia pragmática y militar beneficiosas para el Estado, al constituirse en fortaleza defensiva[290], sobre las que empezó a pensarse paradójicamente en un efecto reinsertador[291], y que terminó por establecerse como la primera experiencia de prisión entendida como pena sustantiva en España[292] por la que los penados recibían ocupaciones utilitarias derivadas de trabajos forzados[293] y militares. Siendo igualmente cierto, que los no válidos para el trabajo o la milicia armada, como los presidiarios menores de edad, eran destinados a un servicio más útil, como los navíos.[294] Aquellos presidios norteafricanos fueron un sitio de privilegio para nobles y

[288]Cfr. TOMÁS Y VALIENTE, F., ob.cit,p. 341

[289]Cfr.SANZ DELGADO, E., El humanitarismo penitenciario español del S. XIX. Edisolfer. Madrid. 2003,p. 77.

[290]Vid. PACHECO, J.F., El Código Penal concordado y comentado. 2º Edición., Tomo I, Viuda de Perinat y Cia. Madrid. 1856. También LLORENTE DE PEDRO, P. A., La pena de presidio en las plazas menores africanas hasta la constitución española de 1812, en anuario de Derecho penal y Ciencias penales, Año LX, Tomo LXI., Fascículo único. Madrid.2009,p. 273. Este autor nos dice:"Los presidios españoles vigilaban los territorios cercanos e impedían que se armaran escuadras que atacaran las rutas comerciales y las posesiones de la península ibérica".

[291]Cfr. SANZ DELGADO, E., ob.cit,p. 75

[292]Cfr. CADALSO, F., Instituciones penitenciarias en los Estados Unidos. J.Góngora, Madrid. Pág 301

[293]Aquellos que no fueran aptos para el servicio militar por causa de edad (por encima de los 44 años de edad), juventud (por debajo de 16 años de edad) o defectos físicos serán usados como trabajadores en las fortificaciones militares.

[294]Vid. LLORENTE DE PEDRO, P. A., El penitenciarismo español del antiguo régimen aplicado a su presidio significativo: Oran-Mazalquivir. Ministerio del Interior. Madrid. 2004,p. 67. En este sentido, TOMÁS ROCA, ob.cit,p. 47. Posteriormente El rey Carlos IV (1788-1808) en una Real

jóvenes que por su edad no podían ir a galeras, cuya duración variaba desde los dos años hasta los 10 años en caso de robo, aunque el recurso del uso de las sentencia indeterminada, en tiempos de Carlos III, creó un verdadero sistema correccional, con el fin de estimular al penado a que se regenerara[295] Incluso los hijos díscolos de las familias con título nobiliario, podían ser enviados al presidio de Orán, por vía de corrección paterna, esperando que la vida en la frontera, moderara su comportamiento.[296]

La justicia penal antes del reinado de Carlos III, adolecía de vicios que únicamente podían ser subsanados a través de una reforma urgente[297]. Las distintas necesidades sociales y penales, no podían encontrar una respuesta adecuada en normas y costumbres draconianas recogidas sin un texto orgánico. Se hacía precisa una sistematización de las fuentes que proporcionara unidad y facilidad para encontrar la norma aplicable. Al finalizar el S.XVII, en los nuevos esplendores del reinado de Carlos III, y a principios del S. XVIII, se siente aún más vivamente la falta de un código criminal.[298] Esta idea codificadora surge como con el triunfo de la ilustración, es decir, en el último

Orden de 27 de Junio de 1791 (Reglamento por el que debe regir los presidios de África) dispuso que los condenados de más de doce años de edad, siempre que fueren robustos se destinarían para el cumplimiento de sus condenas a los Batallones de Marina, pero si se trataba de 18 años, vivan en cuadra separada y sin mezclarse para nada con los mayores para que no se contaminen, y ordena que al frente de la sección se ponga un cabo de mejor conducta para que les sirva de ejemplo, los haga trabajar en la maestranza, y procure que aprenda un oficio

[295]Cfr. LASALA NAVARRO, G., Condena a presidios militares, en Revista de Estudios penitenciarios, año VIII, núm.91, Octubre, Madrid,p. 42

[296]Cfr. LLORENTE DE PEDRO, P. A., El penitenciarismo español del Antiguo Régimen aplicado a su presidio más significativo: Oran-Mazalquivir. Ministerio del Interior. Madrid. 2004,p.37

[297]Cfr. DU BOYS, A., Historia del derecho penal de España, traducida al castellano, anotada y adicionada por VICENTE y CARAVANTES, Madrid, 1872,p. 549

[298]Cfr. VON LISZT, F., Tratado de derecho penal, ob.cit,p. 335. En el mismo sentido Vid. Proyecto de código criminal, presentado a las Córtes por la Comisión especial nombrada al efecto, en Diario de las sesiones de Córtes, Legislatura extraordinaria de 1821-1822, t.1, apéndice al núm. 38, 1 de Noviembre de 1821, Madrid. 1871,p. 481. Donde se recoge un conjunto de críticas sobre nuestras leyes criminales, diciendo: "son oscurísimas (…) en lenguaje semibárbaro, leyes en las que se echa de menos la clasificación de los crímenes, la justa medida y graduación de los delitos y las penas, y las reacciones y debida protección de estas con aquellas: leyes parciales, contradictorias, cuya aplicación es muchas veces un problema difícil de resolver, y manantial de dudas y opiniones encontradas; leyes severas, crueles, sanguinarias, que autorizan atroces y horrorosos suplicios, mutilaciones injuriosas a la dignidad del hombre, bárbaros tormentos, de cuyo horrendo espectáculo

tercio del S.XVIII[299]. Y aunque en España[300], este pensamiento fue asumido con cierto retraso[301], para Pérez Vitoria, será a partir de este movimiento cuando se consoliden los principios que pondrán fin al cruel régimen que caracterizaba el enjuiciamiento de los menores en el S.XVIII.[302] En Francia, a través de la expresión de los derechos y libertades consignados en la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789, quedó reflejado el triunfo de los iluministas, promulgándose los códigos criminales en 1791[303] y 1810, muy anteriores al nuestro de 1822. No obstante, a pesar de que con estos códigos desaparecieron las penas corporales para los niños y se ordenó su sustitución por una educación correccional en instituciones creadas al efecto[304], no admitieron un periodo inicial de absoluta irresponsabilidad durante la infancia, alterando de este modo, la jurisprudencia anterior que reconocía la exención de responsabilidad criminal respecto de una primera edad.[305] En otros países europeos se siguió con el antiguo discernimiento. Por lo que respecta a España, no será hasta después del reinado de Carlos III, cuando surge un cuerpo legal de naturaleza criminal, materializado en el Código penal de 1822, que fue sancionado por el Rey

---

se estremece aún el menos sensible y compasivo; leyes que desacreditan las costumbres y la moral privada de los españoles y representan un faz del mundo civilizado de ideas repugnantes a su carácter generoso y al estado de su cultura, en que tanto ha progresado."

[299]Cfr. CASABO RUIZ, J.R., Los orígenes de la codificación penal en España: el plan del código penal de 1787, en ADPCP, t. XXII, fasc.II, 1969, pp.313-342,p. 313.

[300] Por lo que respecta a los primeros intentos codificadores en España, estos fueron pretendidos con respecto a las leyes penales, y sus primeras manifestaciones la encontramos en el proyecto del Marqués de la Ensenada, quien propuso en 1751 al Rey Fernando VI la formación de un "Código Fernandino" en el que se suprimiesen las disposiciones derogadas y en desuso, con la finalidad de que se recopilaran en un sólo libro, Cfr. LASO GAITE,F., Crónica de la codificación española, vol. I y II, Ministerio de Justicia, Comisión General de Codificación, Madrid, 1970,p. 12, y en el anteproyecto de Lardizabal que a juicio de Landrove Díaz, constituyó un gran avance para la ciencia del derecho penal español, con una ordenación de la legislación criminal de la época. Cfr. LANDROVE DÍAZ, G., Introducción al derecho penal español, ob.cit,p. 39

[301]Cfr. TOMÁS Y VALIENTE, F.,ob.cit,p. 93

[302]Cfr. PÉREZ VITORIA, O., La minoría de edad penal y su tratamiento. Historia, doctrina y legislación. Barcelona, 1940,p. 51

[303]Cfr. GÓNZÁLEZ CUSSAC, J.L., Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, Valencia. 1988,p. 14, para este autor el Código Penal Francés de 1791 constituye un fiel reflejo del ideal revolucionario.

[304]Cfr. SÁNCHEZ MARTÍNEZ, F., Antecedentes y nuevo enjuiciamiento de menores. Ley 4/92. Marcial pons librero editor. Madrid. 1999,p. 45

[305]Vid.VENTAS SASTRES, R.,ob.cit,p. 18

Fernando VII.

Con anterioridad al Código referido, las únicas disposiciones que se dictaron en materia de menores infractores son atribuibles al reinado de Carlos III, que pretendió llevar a la práctica las ideas ilustradas[306] que comenzaron a sentirse en España. Los planteamientos de Rousseau[307] y de los ilustrados, crean en este monarca la preocupación sobre el estado de las prisiones y también sobre la

[306]Vid. ROUSSEAU JEAN-JACQUES., "Emilio o la Educación". Edición de ángeles Cardona de Gilbert y Agustín González Gallego, Ed. Bruguera, Libro Clásico, Barcelona, 1971. Citado por HIGUERA GUIMERÁ J. F., ob.cit,p. 855., para quien la infancia llegaba a los 12 años, la adolescencia hasta los 15, y finalmente la juventud que al llegar a los 18 años era el momento preciso de darle al joven una profesión. HIGUERA GUIMERÁ hace mención a que ROUSSEAU indicaba que frente a la Teología Cristiana que consideró dogmáticamente la innata maldad del niño, proveniente del pecado original, solo corregible a posteriori, por la gracia, el sacrificio y la educación. Y además creó frente a este dogma, el de la bondad ingénita del niño al que tan solo pervierte la vida en sociedad y en civilización. Vid. GERÓNIMO FEIJOO, BENITO., Teatro Crítico Universal, 1726 a 1739. Tomo VI, discurso I, paradoja V, "la edad corta es más favorecida de los jueces en las causas criminales, de lo que debiera ser". El padre Feijoo, en esta obra, nos dice "que por estar en el espacio de los 18 años hasta los 25 años es mas furiosa la concupiscencia y más violenta la ira, no solo se someten en los años intermedios infinitos adulterios, estupros y homicidios; más entonces se forma también, con el ejercicio de esas dos pasiones, los hábitos viciosos que muy difícilmente se extirpan hasta la edad decrépita; de modo que el espacio de aquellos siete años se debe reputar, en cierto modo, clave de toda la vida, luego entonces conviene aplicar con más cuidado el remedio, y a proporción de las pasiones se mueven con más violento ímpetu, ha de ser, para detenerlas, más fuerte la mano en el uso de rienda."

[307]Vid. ROUSSEAU, J.J.,ob.cit,p.50-5, citado por CAMPOY CERVERA,I.,ob.cit.p.436. "Cuando nace un niño, grita; su primera infancia se pasa en llanto, Unas veces se le mece, se le mima para aplacarle; otras se le amenaza, se le pega para hacerle callar. O hacemos lo que a él le place, o exigimos de él lo que nos place a nosotros. O nos sometemos a sus fantasías, o lo sometemos a las nuestras. No hay término medio, tiene que dar órdenes o recibirlas. De ahí que sus primeras ideas sean la de dominio y la de servidumbre. Antes de saber hablar, manda; antes de poder obrar, obedece; y a veces se le castiga antes de que pueda conocer sus faltas, o, más bien, de cometerlas. Es así como desde hora temprana se vierten en su corazón pasiones que luego se imputan a la naturaleza, y como después de haberse esforzado por volverlo malvado, se lamentan de encontrarlo tal. Un niño pasa de esa manera seis o siete años entre manos de mujeres, víctimas del capricho de ellas o del suyo, y, después de haberle hecho aprender esto o aquello, es decir, después de haber cargado su memoria de palabras que no puede entender, o de cosas que no le sirven de nada, después de haber ahogado el natural por las pasiones que se han hecho nacer, se coloca ese ser ficticio entre las manos de un preceptor, que acaba de desarrollar los gérmenes artificiales que encuentra ya completamente formados, y que le enseña todo, salvo a conocerse, salvo a sacar partido de sí mismo; salvo a saber vivir y hacerse feliz. Finalmente, cuando ese niño esclavo y tirano lleno de ciencia y falto de sentido, por igual débil de cuerpo y alma, es lanzado al mundo para mostrar en él su inepcia, su orgullo y todos sus vicios, hace deplorar la miseria y la perversidad, humanas. Se equivocan: ahí tenemos al hombre de nuestras fantasías: el. de la naturaleza está hecho de manera muy distinta"

protección de los menores[308]. En este aspecto, la obra de Beccaria "De los delitos y la penas" adquiere un papel relevante en la oposición contra la crueldad y la arbitrariedad que caracterizaba la justicia penal de la monarquía absoluta, hasta el punto que fue considerado "como la fuerza renovadora de la ilustración"[309]

En el texto de la Novíssima recopilación, se compilaron algunas disposiciones específicas sobre el tratamiento punitivo de los menores de edad[310], iniciándose durante su reinado la adopción de medidas protectoras y preventivas respecto a los menores de 16 años que se encontraren en peligro moral[311]. El internamiento de los menores enlazaba con una finalidad específica, cual era, que aprendiesen un oficio y se les educara[312] , y en otros casos, se entregaban a su padres, a fin de corregir sus vicios o defectos, aún compatibles a una temprana edad[313] A modo de ejemplo, Tomás y Valiente[314] narra el caso de un menor de dieciséis años que habiendo cometido obscenidades fue condenado a ser apercibido y entregado a sus padres, o en el de una adolescente de la misma edad, que fue procesada por escándalos de incontinencia, que del mismo modo, fue apercibida y entregada a sus padres. En consonancia con esta idea, Carlos III fue el monarca español ilustrado que intentó trasladar al ámbito público los sistemas de protección de menores, y su apuesta fundamental, fueron los llamados hospicios. Los menores infractores, los acusados de vagancia y holgazanería serán enviados a tales edificaciones, precursoras de las llamadas casas de corrección,

[308]Vid. CUELLO CALÓN, E., Criminalidad Infantil y juvenil, ob.cit,p.91. Con el reinado de Carlos III se abre una nueva era para la infancia delincuente y abandonada, desaparece el espíritu que inspiro las aflictivas penalidades de los pasados siglos y a los bárbaros castigos y a las medidas inhumanas suceden procedimiento tutelares y educativos de orientación completamente moderna.
[309]Vid. PESSINA, E., ob.cit,p. 126.
[310]Cfr. CÁMARA ARROYO, S., ob.cit,p. 151.
[311]Cfr. CUELLO CALÓN, E., Exposición del Código penal reformado de 1932, Bosch, Barcelona, 1933,p. 89.
[312]Cfr. CÁMARA ARROYO, S, ob.cit,p. 152. "Ejemplo de estas normativas, son la Real Orden de 2 de Junio de 1788, del cuidado de los rectores de las casas de expósitos en la educación de estos, para que sean vasallos útiles".
[313]Cfr. RÍOS MARTÍN, J.M., El menor infractor ante la ley penal. Editorial Comares. Granada. 1998. pp. 113 y 114.
[314]Cfr. TOMÁS Y VALIENTE, F., ult.ob, cit,p. 343

cuya filosofía y asentamiento en nuestra península será adoptada durante el S. XVIII[315]. Este reinado se caracterizó por tratar de hacer desaparecer la dura penalidad y los tremendos castigos a los que se sometía al menor en siglos anteriores. De hecho, la pena de muerte es reemplazada por la de privación de libertad, a través del internamiento del menor en los precitados hospicios[316]. El influjo de esta filosofía hizo que a partir de 1766 se empezaran a crear casas de corrección para los jóvenes delincuentes, como la de San Fernando, produciéndose una proliferación de los hospitales de misericordia[317], quedando como destino de los infractores que se encontraban por debajo de los diecisiete años y escapaban del reclutamiento en las levas de la armada: el recogimiento en hospicios y en las casas de misericordia[318]. En este sentido han de valorarse las medidas que entonces se dictaron en relación a los menores vagabundos, y la creación del fondo Pío Beneficial para el sostenimiento de estos últimos establecimientos. A pesar de este interés por la protección de los jóvenes, la condena sin tiempo, siguió usándose en los hospicios,[319] pues se mantuvo el internamiento ilimitado hasta el logro de la corrección, circunstancia que llevaba a la desesperación de los reclusos. No obstante, el monarca Carlos III trató de poner fin a la indeterminación del internamiento, dadas las fugas, deserciones e incumplimientos que tenían lugar en referidos lugares, con la aprobación de la Real Orden y posterior Cédula del Consejo de 11 y 28 de Marzo de 1771, en el que se intentó fijar un tiempo para la reclusión[320], y que constituye una medida adelantada para la

[315]Cfr. CÁMARA ARROYO, S., ob.cit,p. 152.

[316]La Real Resolución de 9 de Julio de 1802, capítulo 4º, disponía como castigo por la reventa de tabaco para los jóvenes de corta edad de ambos sexo, el internamiento en Hospicio, durante un año, siendo el tabaco de estanco y cuatro años si es de fraude.

[317]Vid. Novísima Recopilación, L.2, tit. 32, Lib.12, que contiene la *Real Célula del Rey Carlos III, de 11 de Enero de 1784,* y nos dice que: "los muchachos de corta edad que fuesen aprehendidos por vagos, se remitirán a los hospicios o casas de misericordia del partido o capital de la provincia".

[318]Vid. Novísima Recopilación: Libro XII, Titulo XXXI, Ley VII.

[319]Cfr. LASALA NAVARRO, G., La Sentencia indeterminada en España, en Revista de estudios penitenciarios, Año II, núm. 17, Agosto, Madrid, 1946,p.47

[320]Cfr. Novisima Recopilación: Libro XII, Título XL, Ley XV., " En atención a lo dispuesto en el cap.5 de la pragmática de 12 Marzo de 1771 (Ley 7 de la Novissima Recopilación) y enterado ahora de que por algunos Tribunales y Juzgado se aplican indistintamente personas de ambos sexos, por ociosos o mal entretenidos, o por otras causas, a lugares de corrección, hospicios y otros destinos por tiempo ilimitado; lo que influye en gran parte a que los mismos destinados, por el hecho de no prefixárseles tiempo indeterminado, se exasperen, no cumplan sus condenas, y hagan fuga, o la

época, que encontró en el influjo correccionalista posterior una fuerte oposición. Estas Medidas muestran la preocupación por la protección del menor, y que si bien, no fue hasta el S.XIX por la doctrina correccionalista donde aparece una mayor intensidad tuitiva, el reinado de Carlos III dio inicio a la visión de los menores como personas necesitadas de protección, hasta el punto que la adopción de medidas consistentes en ingresos en hospicios y casas de misericordia, para autores como Antón Oneca, no constituían ni penas ni sanciones[321]. Carlos III trató de aplicar los pensamientos de Rouseeau, cuya doctrina sostenía el valor absoluto de los niños en cuanto a su personalidad, y significación de autonomía como sujeto de exigencias de modo vida, presentando un desarrollo de ritmo propio y particular.[322]

Posteriormente, el reinado de Carlos IV (1788-1808) en 1796 publicó disposiciones protectoras, creando en 1796 un Reglamento de las casas de los expósitos, que tuvo por finalidad la evitación del infanticidio, muy frecuente en las madres con hijos ilegítimos, facilitándole a éstas, entre otras cuestiones su entrega anónima a la institución. Este tipo de medidas fueron esporádicas con Carlos IV, cuyo reinado supuso un retroceso importante en la protección de la infancia si los comparamos con la época de su antecesor Carlos III, que fueron contempladas como ejemplo digno de ser imitadas.[323]

intenten, como se ha verificado en distintas ocasiones :deseando atajar los inconvenientes que de esto resultan, he resuelto pro punto general, que por todos los Tribunales, Jueces y Justicias de estos mis reynos sin excepción se fixe tiempo determinado a toda especie de destino, o condenas que hiciesen por las citadas causas u otras semejantes"

[321]Cfr. ANTÓN ONECA., Derecho penal, obra ajustada al primer ejercicio de oposiciones al cuerpo de aspirantes a la judicatura y al Ministerio Fiscal. Madrid, 1922,p.72.

[322]Cfr. SÁNCHEZ MARTÍNEZ, F.,Antecedentes y nuevo enjuiciamiento de menores. Ley 4/92, ob.cit,p. 44

[323]Cfr. CUELLO CALÓN, La infancia delincuente y abandonada en la antigua legislación española. ob.cit,p. 753

1.5.-La codificación española: el sistema del discernimiento y el criterio biológico puro.

1.5.1.-El sistema del discernimiento y los códigos penales de 1822, 1848 y 1870.

Los principios inspiradores de los códigos penales de 1822, 1848 y 1870 se encuentran dominados por la idea de retribución y castigo; a la vez que basados en la doctrina clásica[324] del derecho penal, fundada en la teoría absoluta de la pena,[325] teniendo como figuras más representativas los italianos Carrara y Pessina. Los principios característicos de estos códigos penales españoles del S.XIX, impiden contemplar una diferenciación sustancial entre menores de edad y adultos, sin que se distinguieran significativamente de los demás códigos europeos de la época.

En el problema de la responsabilidad de los menores de edad, se han venido diferenciando dos soluciones, por un lado el criterio del discernimiento y por otro el criterio biológico-cronológico. Los códigos penales de 1822, 1848, y 1870, acudieron al criterio del discernimiento para determinar la responsabilidad penal de los menores en un tramo concreto de edad, hasta que el código de Primo de Rivera en el año 1928 acabo con este criterio, acogiendo el llamado criterio "Biológico Puro". Tanto los códigos penales de 1822[326], 1850 y 1870 acuden, como decimos, a la

[324]Cfr. MENDOZA, J.R., La protección y el tratamiento de los menores, Buenos Aires, 1960,p. 3. Es interesante el estudio que realiza este autor acerca de que en los códigos penales, el clasicismo, en relación con la minoría de edad penal, distinguió tres etapas fundamentales: 1ª.-Un periodo de irresponsabilidad absoluta, 2º.-Una etapa de culpabilidad condicionada por el discernimiento, 3ª.-Una de atenuación. En este sentido, se observa en la regulación de la minoridad penal en los códigos referidos, las etapas referidas por la escuela clásica.

[325]Cfr. ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., Fundamentos de derecho penal. Parte general, 3ª edición, Valencia. 1993,p. 184

[326]Vid.VENTAS SASTRE, R., ob.cit,p. 30, citando a ANTÓN ONECA., Derecho penal, obra ajustada al primer ejercicio de oposiciones al cuerpo de aspirantes a la judicatura y al Ministerio Fiscal. Madrid, 1922,p.72. Este código fue reconocido como el primer código español, y fue decretado por la Cortes de Cádiz el 8 de Junio de 1822, sancionado por el Rey Fernando VII el día 27 del mismo mes, y mandado promulgar el año en curso. Este código responde al mandato de la constitución de Cádiz de 1812 que recogía en su artículo 258 la unificación de los códigos

vía del mencionado discernimiento[327], cuyo concepto ha presentado diversas acepciones por los juristas en un intento de definir tal instituto, dado que ninguno de los códigos lo define. Como afirma Antón Oneca[328], es lógico que se subordinase la responsabilidad del adolescente a la condición de haber obrado con discernimiento, ya que la doctrina penal clásica fundaba la imputabilidad en la inteligencia y en la libertad del agente. Para algunos autores, discernir significa un conocimiento previo y una experiencia de vida que diera alcance al menor de una compensación

criminales, civil y de comercio. También vid, ANTÓN ONECA, Historia del Código penal de 1822, en ADPCP, t.XVIII,fasc.II,1965,p. 73, para este autor este código fue el resultado de una extraña mezcla muy significativa de la época, de tradición y progreso, de rigor medieval y aspiración humanitaria."

[327]Cfr. HIGUERA GUIMERA, J.F., ob.cit,p. 857. Este criterio fue tomado de artículo 66 del Código de Napoleón. A este respecto, citando a ROSSI. P en "Tratado de derecho penal, traducido por Don Cayetano Cortés, Tomo II, Madrid, imprenta de Don María Repullés, Madrid, 1839, pp. 20 y 22; Observa con respecto al Código de Napoleón en el año 1839 que no conocía ningún hecho que autorice a reclamar contra esta medida, y añadía 1.- Que era imposible señalar a priori el momento en que la razón del hombre adquiere el desarrollo que justifica la imputación penal. 2.-Que es imposible, aun por medio de la observación, establecer un término fijo aplicable a todos los niños. 3.- que tampoco hay para cada individuo en particular ninguna señal única, cierta y exterior en cuya virtud se pueda decir que ésta o aquella persona ha debido poseer, en tal época de su vida, las cualidades de que resulta la imputabilidad moral de los agentes. 4.- Que en su consecuencia la imputación no podrá hacerse por regla general, sino no sólo en cada caso particular. 5.- Que sólo puede ser resultado de la impresión causada en la conciencia del juez por la totalidad de hechos y circunstancias del caso en particular. En p. 21 el mismo autor, entiende que todo niño es irresponsable, a menos que se pruebe que el principio de moralidad se había desarrollado en él antes del hecho que ha cometido; todo hombre es responsable, a menos que se pruebe que el principio de moralidad se había desarrollado en él antes del hecho que ha cometido; todo hombre es responsable, a menos que se pruebe que, por una excepción particular, carecía del principio creador de la imputabilidad (…) en p. 22.ob.cit., nos dice que si ha obrado sin discernimiento no se es responsable. Si ha obrado con discernimiento como está en aquella época de la vida en que la ligereza y la irreflexión son naturales. *"Aetati et imprudentia succurritur Miseratio aetatis ad mediocrem poenam judicem producit"*. Más vale que la Ley mitigue la pena. En el campo doctrinal, fue notoria la ambigüedad del concepto, sin que existiera un acuerdo entre los tratadistas al respecto. Haciendo un recorrido por las concepciones de importantes juristas, mencionamos a CARRARA, quien, en una apreciación moral y valorativa, identificaba el discernimiento con la capacidad de distinguir el bien del mal. En el mismo sentido, SILVELA habla de la capacidad de distinción de lo bueno y lo malo, y de comprender la diferencia entre el cumplimiento y la práctica del Derecho, y su infracción o falta. Para GAJARDO, discernimiento es la inteligencia con que el individuo procede al cometer el delito. PRINS distingue entre el discernimiento jurídico y el discernimiento social; el primero se refiere a conocer que el delito es castigado; el segundo, a saber que hay maneras rectas y honradas de comportarse y otros que no lo son. VON LISZT considera al discernimiento "como la conciencia de la punibilidad del acto cometido, la madurez mental necesaria para la obtención del conocimiento de la culpabilidad Para MEZGER, el discernimiento es la capacidad de comprender la injusticia del hecho y actuar según esa comprensión.

[328]Cfr. ANTÓN ONECA,J., Derecho penal, ob.cit,p.315

material y moral de sus acciones[329]. Este concepto de conocimiento de la vida[330] es también asumido por Pérez Vitoria. Silvela por su parte, pretendió un concepto de responsabilidad moral, al definir la capacidad de discernimiento, como la facultad de distinguir y comprender la diferencia de las cosas, lo bueno y lo malo desde una determinación voluntaria y libre[331]. También es interesante la tesis de Prins, que diferenciaba entre el discernimiento jurídico y el discernimiento social. El primero consiste en saber que se castiga el robo, que hay gendarmes, cárceles, y por lo tanto la tiene el niño de todas las edades, de tal manera que cuanto más se descienda en la escala social, más pronto aprende el niño que hay político y prisiones. Por el contrario, el llamado discernimiento social, trata de saber que hay un camino recto y honrado y otro que no lo es, los niños de los bajos fondos no lo adquieren nunca, porque para discernir entre el bien y el mal es preciso poder escoger. Y hay muchos niños que no tienen ante sus ojos más que el ejemplo del mal y por tanto no pueden realizar esta elección.[332]. Para Pacheco, sin embargo, el término discernimiento era algo más que la mera voluntad y que el mero ejercicio de la razón, (inteligencia) consistía sobre todo en el conocimiento de las consecuencias y de los resultados. En cambio, Groizard, centrándose en la práctica judicial del juicio de discernimiento, lo critica afirmando que la declaración de responsabilidad e irresponsabilidad se dejaba en manos de los profesores de medicina que atendían exclusivamente a las facultades de la inteligencia, y lo mismo repetían los jueces, cuando el dictamen médico debía ser un dato más, el más precioso sin duda de todos, pero no el único[333].

El discernimiento en los códigos decimonónicos adquiría una dimensión de mecanismo

[329]Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA, JM y SERRANO GÓMEZ, A., Derecho penal Español. Parte General, 17ª. Editorial Dykinson. 1994,p. 611
[330]Cfr. PÉREZ VITORIA, O., ob.cit. Pags. 63 y ss
[331]Cfr. SILVELA, L: El derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España. Madrid. Establecimiento tipográfico Ricardo Fé. 1903. Parte primera, 2º Edición, p. 105.
[332]Vid. CUELLO CALÓN., Los Tribunales para niños. Madrid. Victoriano Suárez. Madrid. 1917. ob.cit.p.105.
[333]Vid. GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A., El código penal de 1870, concordado y comentado. Tomo 1, Sucesores de Rivadeneyra. Madrid. 1923. pp. 207 y ss.

propicio para enervar la presunción de irresponsabilidad en un tramo de edad predeterminado. En concreto el código de 1822 manejaba en su seno dos presunciones. La primera de naturaleza iure et de iure al predeterminar una edad, por debajo de la cual el menor debía ser declarado exento de responsabilidad criminal. Así, se declaraba exento de responsabilidad penal, al menor de siete años cumplidos, aunque en los debates parlamentarios se defendió la edad de 10 a 12 años cumplidos. La irresponsabilidad de ser menor de siete años lo establecía la ley[334]. La segunda, consistía en un presunción iuris tantum, que se manifestaba por la alternativa que otorgaba el juicio del discernimiento del menor comprendido entre la edad de 7 y 17 años, y que resolvía entre haber obrado sin discernimiento y malicia, o haber obrado con discernimiento y malicia. Estos límites de edad, fueron acogidos por el código penal de 1822 a partir de los criterios subjetivos o morales del derecho canónico medieval, que declaraba la exención de responsabilidad por debajo de los 7 años y consagraba con el famoso aforismo "malitia suplet aetatem", el criterio del discernimiento para los delitos cometidos por impúberes de 7 a 12 o 14 años[335]

Siguiendo con el sistema de responsabilidad proclamado por el código penal de 1822, en el

[334]Cfr. HIGUERA GUIMERÁ, J.F., ob.cit,p. 856, siguiendo el Diario de las actas y discusiones de las Corte extraordinarias de 1821. Discusiones del Proyecto de Código Penal, Madrid, 1821. Por otro lado el artículo 23 del código penal de 1822 disponía" Tampoco puede ser considerado delincuente ni culpable en ningún caso el menor de siete años cumplidos. Si el mayor de esta edad, pero no haya cumplido la edad de 10 y siete años, cometiese alguna acción que tenga el carácter de Delito o falta (las culpas eran los delitos imprudentes) se examinará y declarará previamente en el juicio si ha obrado o no con discernimiento y malicia, según lo que resulte, y lo más o menos desarrollado que estén sus facultades intelectuales". Esta disposición se complementó con el artículo 123 de la ordenanza general de los presidios del reino de 1834, según la cual: "Para la corrección de los desgraciados jóvenes a quienes la orfandad, el abandono de los padres, la influencia de malas compañías lanzó en la carrera de los crímenes antes de que la experiencia le haya revelado el mal que causan a la sociedad y así mismos, mando que todos los presidiarios menores de dieciocho años que hayan estado en presidio vivan unidos en una cuadra o departamento con total separación de los de mayor edad". Esta disposición trataba de paliar la drástica consecuencia de que los jóvenes comprendidos entre 7 y 17 años, que a juicio del tribunal hubieren obrado con discernimiento, sufrieran la misma pena de privativa de libertad que los adultos.

[335]Cfr. DEL ROSAL BLASCO, B., Joven delincuente y derecho penal, CPC, núm.54, 1994,p. 1037 y ss.

primer de los casos, esto es, si el menor hubiera obrado sin discernimiento y malicia, no se impone pena, pero tampoco se producía una inaplicación absoluta de medida alguna a los menores, pues debían quedar sometido a sus familiares, como padres, abuelos, tutores o curadores, para que los corrigieran o cuidaren, pero con la subsidiaridad añadida, de que si estos no pudieran hacerlo, o no mereciesen confianza, y la edad adulta del menor y la gravedad del caso requiriesen otra medida al prudente juicio del juez, podrá éste ponerle en una casa de corrección[336] por el tiempo que crea conveniente con tal que nunca pase de la época en que cumpla los veinte años de edad[337]. Silva Sánchez, con respecto a estas posibilidades correctivas, entiende que no cabe ser confundidas con las medidas de seguridad actuales, por otro lado desconocidas en el siglo XIX[338]. Ahora bien, para el caso de que el menor hubiera obrado con discernimiento y malicia se le imponía, a tenor del artículo 25, una pena atenuada (cuarta parte a la mitad de la pena señalada del delito, según lo que se prescribía en los artículos 64 y 65 del propio Código de 1822). Además, prohibía imponer en ningún caso al menor de 17 años la pena de muerte, trabajos perpetuos, deportación, presidio, obras públicas, infamia o destierro (art. 64).

Como consecuencia de la reacción absolutista, el código de 1822 desaparece. El 1 de Octubre de 1823, Fernando VII procedió a anular todos los actos del gobierno constitucional, y consecuentemente éste código, de tal modo, que hasta la promulgación del código de 1848 se volvió

[336]Sobre las "casas de corrección" ya hemos hecho referencia anteriormente.

[337]El art. 24 del Código penal de 1822 disponía: "si se declarare haber obrado sin discernimiento y malicia el menor de 17 años de edad, no se le impondrá pena alguna, y se le entregará a sus padres, abuelos, tutores o curadores para que la corrijan y cuiden de él; pero si estos no pudieren hacerlo, o no merecieren confianza, y la edad adulta del menor y la gravedad del caso requirieren otra medida al prudente juicio del juez, podrá este poner al menor en una casa de corrección por el tiempo que crea conveniente, con tal que nunca pase de los veinte años de edad". De este precepto cabe destacar un aspecto que consideramos relevante, cual es, la limitación temporal para el internamiento establecido en la edad de 20 años. Esta limitación, es digna de elogios, y rompe con el sistema de indeterminación del internamiento pretendido por la doctrina correccionalista. Posteriormente el internamiento por tiempo ilimitado se instaura, hasta la derogación del artículo 65 del Código Penal de 1973.

[338]Vid. SILVA SÁNCHEZ, J.M., El régimen penal de la minoría de edad penal, en el nuevo código penal: cinco cuestiones fundamentales (dir). Editorial Bosch. Barcelona. 1997,p. 171.

al sistema de la Novísima Recopilación, a los Fueros, y las Partidas[339],consecuencias que produjeron una involución en el tratamiento penal de los jóvenes. Se intentaron posteriormente tres proyectos de código, uno en 1830, otro en 1831, y finalmente en 1834, sin que ninguno de ellos fuera definitivamente aprobado.

No fue hasta 1848, cuando se aprobó el nuevo código penal, conocido tradicionalmente como código "Pacheco" en honor a su principal autor. No obstante, investigaciones de Antón Oneca evidencian que su contribución no fue tan decisiva como se había pensado.[340] De inspiración liberal-conservadora, fue el código que otorgó a la edad la doble eficacia de poder actuar como eximente, pero también como atenuante[341] de la responsabilidad criminal. El código penal de 1848 declaraba la irresponsabilidad penal de todos los menores de 9 años, equiparándolos al loco o al demente[342] confundiéndose ambas categorías en un mismo artículo. En este aspecto, la alternativa que otorgaba el juicio del discernimiento se encontraba en el tramo de edad comprendido entre nueve y quince años, estableciéndose al igual que el código penal anterior, una presunción iuris tantum condicionada a las resultas de aquel juicio, aunque de manera novedosa introducía un periodo de responsabilidad atenuada de los 15 a los 18 años. Parece ser que el objetivo de esta última regla era que nunca pudiera imponerse la pena de muerte a una persona que no tuviese, por lo menos, los 18 años cumplidos[343.] Por otro lado, en los casos en que no existiese discernimiento, se

[339]Vid.VENTAS SASTRE, R., ob.cit,p. 52, nota al pie.

[340]Cfr. ANTÓN ONECA, J., El código penal de 1848 y D. Joaquín Francisco Pacheco, p. 491. Antón Oneca, pese a reconocer que sí contribuyó en la tarea codificadora, introduce, no obstante, una novedad, al precisar que su participación registrada en las actas que se conservan es modesta comparada con la de los otros, añadiendo seguidamente, que en suma, el proyecto fue obra colectiva, dentro de lo cual es difícil, con datos incompletos, calibrar el haber de cada uno; pero la participación más destacada fue la de Seijas.

[341]Cfr.SILVELA, L., El derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España, segunda parte, Madrid, 1879. pp. 255 y 261. Este autor justifica la atenuación del artículo 9.2 del Código penal, sobre la base de que en esta edad, es más difícil el dominio de las pasiones y de los apetitos, puntualizando que el joven que no haya adquirido todavía con el hábito de la vida la costumbre de dominarse, es fácilmente determinado al crimen por sus pasiones, en cambio puede ser más facilmente corregido.

[342]Vid. ÁLVAREZ MARTÍNEZ, C.,Comentarios al Código penal. Tomo I. Establecimiento tipográfico de J. González y A. Vicente. Madrid, 1848,p. 67

[343] Vid. ÁLVAREZ MARTÍNEZ, C.,ob.cit. pp 67 y ss, llega a decir que equiparar a u menor de 9 años con un loco, suponiendo que el primero no tiene más discernimiento de sus acciones que el

declaraba la irresponsabilidad del menor, pero no se contemplaba la medida del artículo 24 del Código Penal anterior para los supuestos de que estos no pudiesen ser atendidos por los padres, tutores o guardadores, dejando al menor en una lamentable situación de desamparo[344]. Según Antón Oneca, la finalidad educadora queda completamente ausente en el código penal de 1848, lo que representa un notable retroceso[345].

Siguiendo con la codificación, la constitución de 1869[346] trajo como consecuencia la necesidad de adaptar la legislación existente y el código penal de 1848 no escapó a esta necesidad. La promulgación del código de 1870 se produjo en un momento en el que estaban fuertemente asentadas en España las ideas correcionalistas, consecuencia de la doctrina Krausista, aunque para Antón Oneca, era demasiado pronto para que tales ideas se dejasen sentir en el nuevo texto punitivo de 1870.[347] Si bien desde el punto de vista punitivo, constituyó un acierto, la mitigación de las penas, como respuestas a las nuevas exigencias de aquél momento histórico; de ahí que el código de 1870 fuera denominado "el Código de las libertades"[348].

Respecto a la edad penal, éste código mantenía la misma situación presuntiva para los menores, con los mismos tramos de edad previstos en el código de 1822. Así recogía en su artículo 8 "No delinquen, y por consiguiente están exentos de responsabilidad criminal: El menor de 9 años, el mayor de 9 años y menor de 15, a no ser que haya obrado con discernimiento. El tribunal hará

segundo, es dar un verdadero testimonio de locura, ya que hay una gran diferencia entre el estado moral de un loco y un niño de ocho o nueve años.

[344]Vid.VENTAS SASTRES, R., ob.cit.p. 76

[345]Cfr. ANTÓN ONECA, J., ult.ob.cit,p. 489.

[346]Vid.ANTÓN ONECA, J., El Código penal de 1870, en ADPCP, t.XXIII, fac.I, 1970,p. 237. Para Antón Oneca, el código penal de 1870 respondió a preservar penalmente la Constitución de 1869, tanto en su organización política como en el reconocimiento de los derechos individuales.

[347]Cfr. ANTON ONECA, J., Derecho penal. Obra ajustada al programa del primer ejercicio de oposiciones al cuerpo de aspirantes a judicatura y al Ministerio Fiscal, ob.cit,p. 77

[348]Cfr. DEL ROSAL, J., La palabra y la expresión en el Código Penal de 1870, en conmemoración del centenario de la ley de provisional sobre sobre organización del poder judicial y del código penal de 1870, academia de jurisprudencia y legislación, Madrid. 1970,p.207

declaración expresa[349] sobre este punto, para imponer pena o declararlo irresponsable[350]". Ser mayor de 15 años y menor de 18, se configuraba como una atenuante (9.2) y se aplicaba siempre la pena inmediatamente inferior a la señalada por la Ley.

Del mismo modo, y como expresión de humanismo, este código contemplaba en su artículo 8.3 la eximente de la menor de edad, pero añadía un párrafo según el cual, se preveía la entrega del menor irresponsable a su familia para su educación y vigilancia, y a falta de persona idónea, se establecía el traslado a un establecimiento de beneficencia destinado a la educación de huérfanos y desamparados, de donde saldría conforme al tiempo y condiciones prescritas para los acogidos.

Por otro lado, el código de 1870 tiene como característica diferenciadora que su aplicación se complementaba con la existencia de una norma adjetiva y procedimental, como la Lecrim de 1882. Ésta en su artículo 380, en relación con el discernimiento nos decía: "Si el procesado fuere mayor de 9 años y menor de 15, el juez recibirá información acerca del criterio del mismo, y especialmente de su aptitud para apreciar la criminalidad del hecho que hubiese dado motivo a la causa. En esta información serán oídas las personas que puedan deponer con acierto por sus circunstancias personales y por las relaciones que hayan tenido con el proceso antes y después de

[349]Acerca del discernimiento es interesante la Sentencia del TS de 25 de Mayo de 1917 (JC 119) , al considerar que atribuida al jurado la apreciación del discernimiento con que obrara el acusado mayor de nueve y menor de quince años, la falta de declaración en el veredicto de dicho extremo, excluye la presunción que le código establece en el número 3 de su artículo 8 y ha de estimársele exento de responsabilidad criminal. En el mismo sentido, STS 7 de Diciembre de 1906 (JC 177), entre otras. Esta doctrina exige la necesidad de la declaración expresa de la apreciación del discernimiento en la fallo. Para CASTEJON, F., comentarios científicos-prácticos al código penal de 1870. Vol. II, 1926,p. 391, esta declaración expresa significa la introducción de una presunción iuris tantum de ausencia de discernimiento, en beneficio del menor, siempre y cuando el tribunal no cumpliese con la previsión legal del artículo 8.3.

[350]Para el caso de que el menor en edad comprendida entre nueve y quince años fuere declarado que obró con discernimiento, se aplicaba el artículo 86.1 del CP, que preveía la imposición de una pena discreccional, pero siempre inferior en dos grados, por lo menos, a la señalada por la ley al delito que hubiera cometido. Esta injusta consecuencia se concretaba en que los jueces podían imponer discrecionalmente la pena, con el límite referido.

haberse ejecutado el hecho. En su defecto se nombraran a dos profesores de instrucción primaria para que, en unión del médico forense o del que haga sus veces, examinen al procesado y emitan dictamen". Ahora bien, esta norma en nada solucionó las dificultades materiales del juicio del discernimiento, que trajo como consecuencia el confinar en prisión a muchos adolescentes que lejos de beneficiarse de la pena, aprendían allí todo lo que aún desconocían respecto al mundo de la delincuencia; eran "condenados" a ser delincuentes de por vida[351]

1.5.2.-El Criterio Biológico-cronológico y los códigos penales de 1928 y 1932.

La pretensión de sustituir el criterio penal-retributivo por un criterio social en la prevención de la delincuencia juvenil, trasladó el eje del problema no tanto en determinar si el joven obró o no con discernimiento, sino en las posibilidades del menor en volver al buen sendero[352] Esta realidad pretende la adición de los elementos de tutela y protección, a la finalidad buscada por la intervención penal; cuestión, que viene a poner en tela juicio la virtualidad de la vieja doctrina del discernimiento. Jiménez de Asúa[353], por su parte, no sólo pone el acento de su crítica a este instituto en las dificultades teóricas y prácticas para su determinación, sino en la inoportunidad de este criterio, pues es absurdo aplicar al menor, la disminución de la pena que le corresponde al adulto. Esto significa, que al quedar los menores infractores al margen del derecho penal a partir de una doctrina que fomenta la prevención especial, la imputabilidad carecía de sentido y con ella, el juicio del discernimiento.

---

[351] Vid. LANDECHO VELASCO, CARLOS MARÍA., Derecho Penal Español: Parte General. Tomo II. Tercera edición. Universidad pontificia de comillas, ICADE, Facultad de Derecho, Madrid. 1992. p. 507 y ss.

[352]Cfr. DRAPKIN, A., La menor edad, en jurisprudencia de las circunstancias eximentes de responsabilidad criminal. Universidad de Chile, 1936,p. 57

[353]Cfr. JIMÉNEZ DE ASUA, L., Derecho penal moderno y español, en adiciones al Vol. 1.º de Carrara, programa del curso de derecho criminal, Parte General, Madrid, 1922. p. 547

Fue el código de 1928, la primera ley criminal que acoge el criterio Biológico, cuya importancia radica en que además de suponer el abandono de las deficiencias conceptuales y de determinación práctica del anterior criterio del discernimiento[354], introduce el criterio nuclear de edad-límite para llegar a la afirmación de la responsabilidad criminal en nuestro sistema actual[355]. El establecimiento del criterio biológico-cronológico como determinador de la responsabilidad criminal del sujeto a partir de una edad concreta, pretendió otorgar seguridad jurídica en el sistema penal, al omitir valorar si las capacidades intelectivas o volitivas del sujeto eran idóneas para comprender la trascendencia ilícita de su conducta y actuar conforme a esa comprensión[356] Tratamos con una presunción iuris et de iure, que veda el acceso a toda prueba en contrario. La fórmula biológica del código Penal de 1928 determina la edad de 16 años como punto fronterizo entre la irresponsabilidad absoluta y la responsabilidad criminal. El menor de dicha edad quedaba sometido a la jurisdicción de los Tribunales Tutelares de menores, regulando además un sistema de atenuación de la penalidad con disminución en un grado de la correspondiente, para aquellos jóvenes que delinquieren con una edad comprendida entre los 16 y los 18 años, quedando sometidos a los Tribunales Ordinarios.

[354] No se olvide que el criterio de discernimiento continuó en la legislación militar. En efecto, el artículo 185.2 del código de justicia militar de la época, establecía la exención de la responsabilidad penal del menor de 16 años que hubiere obrado sin discernimiento.

[355]Cfr. PANTOJA GARCÍA, F/ BUENO ARÚS, F., Actual doctrina de la imputabilidad Penal. Estudios de derecho Judicial. Consejo General del Poder judicial. Madrid. 2007,p. 346. Si algún hecho ha caracrerizado la legislación penal de menores es la extrema variabilidad en la concreción de la edad-límite, que en nuestros códigos penales ha sido una constante. Por ello cabe decir, como refiere este autor, "que sobre la presunción de edad-límite establecida por el legislador, no cabe presumir el mantenimiento perpetuo o duradero de la referencia de edad tomada en un momento histórico concreto, dado que esos límites de edad pueden variar por criterios científicos, (avance en la psicología, convicción fundada de que los niños actuales maduran antes que sus padres o abuelos), o por criterios políticos (endurecimiento del sistema penal para conseguir más votos), o incluso por razones morales (regímenes fundamentalistas, vinculación de la responsabilidad a la causalidad del resultado obviando la culpabilidad), pero no en todos los casos el cambio de la edad va acompañado de un cambio paralelo en la mente del sujeto".

[356]Vid. COBO DEL ROSAL, M, y VIVES ANTON, T: Derecho Penal. Parte General, Valencia. Tirant lo Blanc, 3º. Edic.1990,p. 441.

Ahora bien, la utilización de este criterio, no ha estado de exenta de críticas. La principal parte de la dificultad científica de concretar la edad a partir de la cual se entiende que el sujeto posee las capacidades intelectivas y volitivas necesarias para delinquir y actuar conforme a dicha compresión, por lo que en consecuencia, el legislador acude a factores culturales o de política-criminal como elementos básicos para llevar a cabo dicha concreción. Además, se denuncia, que la adopción del criterio biológico puede producir situaciones incoherentes, como la posibilidad de que un menor un día antes de cumplir el límite de edad penal, cometa un delito y no sea declarado responsable criminalmente y por el contrario si lo sea, quien lo comete un día después de cumplida dicha edad. Ciertamente, el ejemplo subrayado, a modo de caso límite, constituye un inconveniente importante en el uso de este criterio.

Por último, el criterio del discernimiento no se abandonó totalmente, existiendo una importante discriminación jurídico-penal con los mayores de nueve y menores de dieciséis años, residentes en alguna provincia fuera del alcance jurisdiccional de los tribunales tutelares, ya que, en estos casos, los menores infractores no eran confiados a jurisdicción especial, ni se les aplicaba el límite único de dieciséis años prevista en el artículo 56, sino que minoría de edad penal, operaba como causa de exclusión de la responsabilidad, bien para los menores de nueve años, bien para los mayores de esa edad y menores de dieciséis que no hubiesen obrado con discernimiento, con lo que, de nuevo, se hacía necesario la investigación de este criterio[357].

Sin embargo, la consolidación del criterio biológico, vino de la mano del código penal de 1932, que pretendió adecuarlo a la constitución republicana de 1931. Este código instaura los principios preventivo especiales y consecuentemente pretende el abandono de la antigua concepción

[357]Vid. BARBERO SANTOS, M., Problemáticas de las nuevas formas del actuar delictivo de los menores, estudios de criminología y derecho penal, Universidad de Valladolid. pp. 105 y 106.

retributiva-expiacionista[358]. El código de 1932 trató de eliminar la desigualdad de tratamiento jurídico-penal sobre los menores infractores que se advertía en el artículo 855 del anterior, al disponer su artículo 8.2 que en las provincias donde no existan tribunales tutelares de menores, el juez instructor aplicará la ley de esta institución ajustándose en todo lo posible al procedimiento ordenado en la misma y caso de considerar necesario el internamiento del menor, lo efectuará en algún asilo o establecimiento destinado a la juventud desvalida, teniendo siempre en cuenta las condiciones subjetivas del agente y no el alcance jurídico del acto cometido[359]. Por lo que respecta a la edad penal, la eleva a la de dieciséis años, sometiendo a los menores de edad inferior, sin exclusión alguna, a los Tribunales tutelares de menores. Con éste código se empieza a ofrecer un tratamiento menos represivo, basado en una disciplina tutelar y educadora, consagrando como atenuante[360], el ser menor de dieciocho años, como ya hiciera el código de 1870. Por último, el código de 1932 se mantuvo vigente hasta la entrada en vigor del código de 1944, esta situación obligó al gobierno del general Franco a dictar un conjunto de disposiciones especiales, a fin de disponer de un sistema acomodado a sus propósitos políticos.[361]

---

[358]Vid. CUELLO CALÓN, E.,Exposición del código penal reformado de 1932, ob.cit,p.89

[359]Cfr. Art.8.2 del Código Penal de 1932. Para ANTÓN ONECA, Derecho penal., ob.cit. pp 316 y 317 "era preciso, en vista de la lentitud que por dificultades presupuestarias se iban instituyendo los establecimientos necesarios para el funcionamiento de los nuevos organismos tutelares, llegar a un régimen de equidad que permitiera aplicar a todos los menores, medidas protectores, ya que alguna de estas, como por ejemplo la libertad vigilada, de creciente empleo, no necesitan de aquellos establecimientos, y aún la misma reclusión correccional puede ser ejecutada en institutos de educación que no están especialmente destinados a delincuentes".

[360]La regulación de la menor de edad como atenuante en este código, adquiere un carácter privilegiado por cuanto su Artículo 71 disponía, " que al mayor de dieciseis y menor de dieciocho se aplicará siempre, en el grado que corresponda, la pena inmediatamente inferior en uno o dos grados a la prevista en la ley".

[361]Cfr. CUELLO CALÓN, E., Reformas introducidas en el código penal y en las leyes especiales por la legislación del nuevo Estado, en RFD, Madrid, núm.6-7, 1941,p. 43. También Cfr. GARCÍA DEL VALLE Y SALAS, R., Memoria elevada al gobierno Nacional en la solenme apertura de los Tribunales el día 16 de septiembre de 1945, Madrid, 1945, p.11, "primero leyes especiales, y más tarde, cuando el horizonte político se va serenando, la promulgación del vigente código de 1944, en el se refunden buena parte de aquellas leyes y se elimina lo sectario y antiespañol de 1932, rechazando igualmente el proyecto de elaborado por la Falange española".

Este código de 1944 supuso una mayor severidad en el tratamiento punitivo. De hecho, la ley de 5 de Julio de 1938, reintrodujo la pena de muerte. Sin embargo, en materia de minoridad penal, el código de 1944 respetó el límite de dieciséis años[362], criterio que ha subsistido hasta el reciente código de 1995.

1.5.3.-Los Jóvenes reclusos ante la pena privativa de libertad en el S. XIX.

Desde el S.XVI el encierro se aplicó con carácter preventivo como paso previo a castigos crueles; delincuentes de todo tipo, prostitutas, mendigos, ancianos y niños aguardaban sus condenas hacinados en calabozos subterráneos y en lugares inhóspitos que originariamente estaban destinado a otro fin. Ante esta situación, surgió la preocupación por el estado de las prisiones, produciéndose una evolución compleja que caminó hacia un sistema penitenciario durante el S.XVIII, aunque de manera esencial se consolidó en el S.XIX.[363] En materia sustantiva, desde el reinado de Carlos III hasta el primer código penal de 1822 no existió en nuestro país ninguna ley relativa a jóvenes infractores, después de éste, se publicaron los códigos de 1848, 1850 y 1870[364]. A inicios del XIX la ejecución de la pena privativa de libertad, poseía diferentes mecanismos de cumplimiento, a saber: destino a presidios Arsenales[365], destinos a presidios africanos, destinos a depósitos de rematados y

[362]Cfr. Art.8.2 del Código Penal de 1944, en los mismos términos que el código de 1932. " Están exentos de responsabilidad criminal el menor de 16 años. Cuando el menor que no haya cumplido esta edad ejecute un hecho castigado por la Ley será entregado a la jurisdicción especial de los Tribunales Tutelares de menores".

[363]Cfr. CÁMARA ARROYO, S., ob.cit,p. 130.

[364]Cfr. CUELLO CALÓN, E., La infancia delicuente y abandonada en la antigua legislación española, ob.cit,p.753

[365]Los presidios arsenales fueron regulados por la Ordenanza de los presidios navales de 20 de Marzo de 1804, en cuyo preámbulo se decía que con ella se pretendía no dejar impune ningún delito, alejando así la depravación, "se saquen ventaja de las faenas a que se empleen los presidiarios, y cumplidas sus condenas, resulten más benéficos artesanos, habiendo cambiado la naturaleza de sus costumbres y malas inclinaciones, propendiendo ya a ser útiles ciudadanos; proporción que les facilitará aprender oficio y tener un fondo caudal suficiente para establecerse". Por otro lado, el presidio se consideraba como un "Un buque armado para todos los consumos, polícia, distrubución de ración, división de rancho, repartimiento de vestuario ya nuevo o usado,

destinos a casas de corrección. En todos estos lugares, comandados por militares[366] y religiosos, podía ingresar el joven para cumplir la condena impuesta, para cuya ejecución se sometía a las particularidades regimentares de cada una, y que permite concluir la falta de unificación en el sistema. Mención especial merece por su derivación de otra pena, como fue la conocida "Galera", los llamados "presidios Arsenales" a los que se enviaban no sólo a los penados de mayor condena por "delitos limpios", sino también a jóvenes y de robustez competente para aquellos sitios[367]. La edad mínimo de ingreso en el presidio era de diez años y medio e incluso ocho por vía de corrección paterna[368]. Ahora bien, quienes no cumplieran aquellas características eran destinados a otros presidios navales, como el de Cádiz (de tipo industrial), los de obras públicas de Madrid o Málaga, o se quedaban en otras fortalezas, cárceles o cajas.[369] Por lo que respecta a la convivencia del joven en estos centros, la vida interior debió ser dura, como duro fue su régimen interno, a pesar de que se prohibió expresamente el tormento[370]. Es más, la sanción disciplinaria que la norma habilitaba, atentaría hoy en día no solo contra la integridad física y moral, sino también contra el principio de legalidad; habida cuenta que se sancionaba con castigos corporales consistentes en 50 azotes que se aplicaban a aquellos que intentaban la fugaba, incrementándose su condena en una tercera parte. En caso de alboroto o de insubordinación u otro defecto, a los de primera y segunda

alumbrado y demás cosas que tienen conexión con lo establecido para a bordo"(artículo 1, titulo III), y como tal buque, todo el personal de mando y población reclusa quedaban a las órdenes del Director General de la Armada. Vid. GARCÍA VALDÉS, C., Derecho penitenciario militar: una aproximación histórica, ob.cit,p. 781

[366]Vid. GARCÍA VALDES, C., Teoria de la pena, ob.cit. pp.97 y ss. La ley de prisiones de 26 de Julio de 1849, significó la separación de las prisiones civiles de la militares, pasando a depender las primeras del Ministerio de la Gobernación (y desde 1887, por la Ley de presupuestos, del de Gracia y Justicia) y las segundas, del de la Guerra.

[367]Art.1 (Titulo I) de la Ordenanza de los presidios navales de 20 de Marzo de 1804. También citado por GARCÍA VALDÉS, C., Derecho penitenciario militar, ob.cit,p. 780

[368]Cfr. GARCÍA VALDÉS, C., ult. ob.cit,p. 28

[369]Cfr. GARCÍA VALDÉS, C., ul.ob.cit,p. 781

[370]Cfr.Art.3 del Titulo VII de la Ordenanza de presidios arsenales, prohibía expremente el tormento, diciendo "que para cualquier averiguación o cualquier motivo se use de tormentos, sea bajo este nombre u otro, como apremios, etc.,cuyo inhumano y durísimo recurso es sólo invento para omitir el trabajo de prudentes diligencias, a pesar del conocimiento de que con aquellos estimulos nunca puede deducirse la verdad". También Vid, GARCÍA VALDÉS, C., ult.ob,cit,p. 784

clase se les castigaba con el número de azotes o palos que merecieren con arreglo a la entidad del caso; su fueren de tercera, con días de peonaje, poniéndoles las prisiones correspondientes a los de esta clase[371]. Además, la ordenanza tipificó una sanción extrema que tenía como injusto "actos que atentaren contra la divinidad y la sagrada hostia" fruto de la influencia religiosa y del adoctrinamiento católico de la época, que consistía en conducir al infractor al "callejón de corrección" por si quisiera confesarse para el caso de que expíe, aplicándole 200 azotes. Si sobrevivía, se le entregaba al Tribunal de la Inquisición para juzgarlo, debiendo destinarlo a su reintegro a la primera clase, y cumplir de nuevo el tiempo de su condena.[372]

Por lo que respecta a los presidios peninsulares, su regulación vino de la mano del Reglamento General de los Presidios Peninsulares de 12 de Septiembre 1807[373], y cabe destacar en su regulación, la atención primaria a la clasificación de los internos que se encadenen (mancuernen) juntos los presidiarios que tengan más semejanza en los delitos, como también la distinción que efectuaba de corregibles e incorregibles, declarando la muerte civil de estos últimos y la aplicación del destino a los presidios africanos como recargo penitenciario.[374] En relación a los niños y jóvenes, los de edad comprendida entre ocho y doce años, tenían atención preferente en el sentido de que cuando no hubiere posibilidad de lograr su educación, debían aplicarse en el ejercicio de las artes mecánicas que sabían, o al aprendizaje de las que refieran las más comunes, como cantería, zapatería, cordelería, etc., oficio fáciles y que se ejercitan en las últimas aldeas. También existía la regulación de un sistema de rebajas por buenas conductas, que permitía la abreviación de un tercio

[371]Cfr. Art.5 y 8 del Titulo VII de la ordenanza de presidios arsenales. También Vid. García Valdés., ob.cit,p. 784

[372]Cfr. Art.4 del Título VII de la Ordenanza de Presisios arsenales. También Vid. García Valdés, C., ob.cit. p. 784

[373]Cfr. GARCÍA VALDÉS., C., ob.cit,p. 790. La ordenanza fue de aplicación a todo el territorio español, siendo una amplicación del Reglamento Particular del Presidio de Cádiz de 1805. Por otro lado, tal y como afirma este autor, la Ordenanza referida abrió, aunque fuera timidadamente, la puerta al correccionalismo penitenciario, aunque sólo en el sector juvenil, un sector que hoy día estaría fuera de la órbita de la justicia ordinaria por tratarse de delincuentes menores de edad.

[374]Cfr. GARCÍA VALDÉS., C., ult. ob.cit,p. 789

de la condena a los cabos y cuarteleros. Sin embargo, la disciplina ejercida fue especialmente severa, pues se contaba con unos presos llamados "prebostes" que constituían el brazo ejecutor de las sanciones corporales a cambio de dinero. Incluso, las faltas graves daban origen al Consejo de Guerra sumario que podían desembocar en pena de muerte. Asimismo, se reglamentaban los hierros que tenían que llevar los penados, "collera", "ramal" y "grillete"[375]

Hilando con lo anterior, y en lo relativo a la atención preferente de los niños de edades comprendidas entre ocho y doce años; la efectiva separación de estos de los adultos, siempre fue una preocupación que asolaba a los penitencieristas de la época, básicamente porque su imposibilidad de llevarlo a cabo, dado el estado en el que se encontraban las prisiones de la época. El primer teórico que se preocupó por esta circunstancia fue el inglés Jonh Howard[376],quien visitó cárceles y presidios de todo Europa, insistiendo en la importancia de la salubridad[377] y de la vigilancia en los establecimientos penitenciarios, que se convirtieron en motivos relevantes de la arquitectura penitenciaria de finales del S.XIX y principios del S.XX. En lo atinente a España, Salillas expone que en las referencias de Howard no aparece que en nuestras cárceles hubiera presos jóvenes[378], aunque pueden encontrarse en su obra *State of Prisión*, referencias al estado y trabajo de

[375]Cfr. GARCÍA VALDÉS., C., ult. ob.cit,p. 790

[376]Cfr. CÁMARA ARROYO, S., ob.cit,p.130, Howard visitó igualmente cárceles y hospicios españoles, quedando gratamente sorprendido por la casa de corrección de Henares, de la que señala en su obras algunas de sus virtudes en cuanto a su limpieza y régimen. Por otro lado, en relación con la casas de corrección de Inglaterra (Bridewell) habla con verdadera afectación y lástima de la misma, destacando la falta de separación en unos casos, y la mala praxis regimental en otros. En su obra *State of Prisions*, nos decía: "Vemos a niños de 12 a 14 años escuchar con viva atención las historias contadas por los hombres de modales abyectos, ejercicidos en el crimen, aprendiendo de ellos lo que han hecho, lo que han reflexionado, los detalles de sus aventuras, el éxito de sus planes, o para adoptar otros, o para escapar de los que los apresaron. Es así como el contagio del vicio se extiende en las prisiones, y que se convierten en un foco de maldad que pronto se extiende al exterior"

[377]Vid.Colección legislativa de España (continuación decretos). Segundo cuatrimestre de 1847, Tomo XLI, Madrid, imprenta Nacional, 1847, p. 650. El estado de abandono era tan constante que el Reglamento para las cárceles de las capitales de provincias de 25 de Agosto de 1847, en su apartado XI, llevaba por rúbrica " De la policía de Salubridad", atendiendo a la limpieza del edificio y al aseo de los confinados.

[378]Cfr. SALILLAS, R., Evolución penitenciaria, ob.cit,p. 119.

los jóvenes internados en el Hospicio de Madrid, que recuerdan un sistema carcelario.[379]

En todo caso, la experiencia de Coronel Montesinos[380] en el presidio de Valencia[381], viene a acreditar una realidad penitenciaria que no diferenciaba entre niños y adultos o entre jóvenes y viejos delincuentes, y que permite concluir que existía un modelo penitenciario indiferente a la edad, en el que los jóvenes eran tratados como adultos en miniatura[382]. Se hacía precisa una legislación que pusiera remedio a la inhumana situación que sufrían los jóvenes confinados en los presidios, declarando expresamente la necesidad de dicha separación y que confeccionara medidas

[379]Cfr. CÁMARA ARROYO, S., ob.cit,p. 133, citando a HOWARD, J, État des prisions, II, pp. 11 y 12, traducido al español por QUINTANO RIPOLLES, A. Howard se refería a este hospicio diciendo: " El hospicio es una especie de prisión o fábrica, en la que ambos sexos están separados. (…) En una habitación vemos a una sesentona de jóvenes que cardan la lana; en otra, vemos ciento cincuenta que la hilan. (…) Todos se levantan a las seis, van a la oración, y luego a comer, comen al mediodía y la cena al atardecer. Cada uno tiene veintidós onzas de pan al día, dos onzas de guisantes, media libra de carne, excepto en días de ayuno. Hay dos habitaciones donde se confina a los que alterna el orden. Las normas que deben respetarse son las mismas que las de San Fernando (Cárcel)"

[380]Cfr.TOMÁS ROCA, T., ob. cit,p. 51. "El presidio de Valencia se encontraba establecido en las Torres de Cuarte. Montesinos que aún era comandante, se daba una vuelta para cerciorarse como se ejercía la vigilancia en el interior. Suponía Montesinos a toda la población reclusa entregada al descanso, por lo que quedó extrañado al oír el rumor de voces en uno de los departamentos. A través de la puerta entreabierta y a la luz tenue de un candil colocado en el suelo descubrió a un grupo de penados escuchando atentamente a un recluso que hacia sorprendentemente relato de sus crimines. Pero lo que dejó sin aliento a Montesinos fue ver a un niño. Agazapado en tierra y sacando la cabeza entre las piernas de uno de los circunstantes, en inmovilidad completa, escuchado con los ojos fijos en el que hablaba, con extraordinaria atención la descripción de los horrendos crimines. La impresión recibida por Montesinos en aquel momento no la olvidó jamás". En sentido Vid. MONTESINOS, M., Reflexiones sobre la organización del Presidio de Valencia y sistema económico del mismo. Imprenta del presidio Valencia. 1846, donde el propio Montesinos describe el lugar que vió, "El edificio del convento de San Agustín ruinoso en su mayor parte, sin puertas, sin rejas, sin ventanas, es lo que pude proporcionarme para la custodia de más de 600 presidiarios, avezados a la más repugnante ociosidad, gangrenados en detestables vicios y resabios, y sin más recursos para todo que sus mezquinos alimentos, suministrados con la irregularidad con que, hasta hace poco tiempo, se han cubierto estas clases de atenciones"

[381] Los menores de la ciudad de Valencia iniciados en la vída criminal eran destinados a los sistemas de beneficencia y orfandad, pero también estaban presentes en los presidios donde comenzaban a crearse las bases del sistema correccional. El presidio del convento de San Agustín, antes de la llegada de su reformador en 1835, era el reflejo decadente de aquella sociedad.

[382]Vid. CÁMARA ARROYO, S., ob.cit,p. 132, también en VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., Modelos de justicia penal de menores, VÁZQUEZ GONZÁLEZ,C./ SERRANO TÁRRAGA, Mª.D., Derecho penal juvenil.2ª Ed., Dykinson, 2007.

correccionales. Para paliar el duro régimen descrito, se dictaron normas de contenido penitenciario, como el Reglamento de prisiones de 1807 o la Ordenanza General de Presidios del Reino de 1834 (Real Decreto de los Presidios del Reino de 14 de Abril de 1834, y su reglamento de 1844). Esta última creó un sistema de clasificación, así como departamentos especiales para jóvenes, junto con la aplicación de técnicas de reformas; consistentes, en instrucción escolar, educación religiosa y formación laboral. La Ordenanza General de Presidios del Reino, proporcionó el primer paso hacia una regulación sobre el cumplimiento de penas pero al margen de la normativa militar[383] declarando expresamente la separación de los menores de 18 años de los delincuentes adultos.

La importancia de esta labor reformadora tuvo como experiencia práctica, la gestada por el Coronel Montesinos[384] en el presidio de Valencia, pues no sólo propuso aislar a los menores separándolos de los presos mayores, sino que además gestionó y consiguió un local más adecuado para el presidio, que trasladó de las Torres de Cuarte (donde se encontraba la población hacinada) al Convento de San Agustín, creando una Sección de Jóvenes en la que destinó a todos los menores de 18 años, que ingresasen en prisión, llegando a estar tan acreditado, que los padres mandaban a ella a sus hijos necesitados de corrección. Además, la función educativa se encontraba latente entre las finalidades de aquellas sección, pues creó talleres, organizó escuelas, y procuró que estuvieran asistidos siempre los niños y los jóvenes por cabos y funcionarios de moralidad extremada y

[383]Vid. FIGUEROA NAVARRO, Mº.C., Los orígenes del penitencierísmo español. Edisofer, Madrid, 2000.

[384]Cfr. CÁMARA ARROYO, S., ob.cit,p. 200. El propio Coronel Montesinos tuvo su juventud encerrado en los muros del presidio, a consecuencia de los sucesos históricos de la guerra de la independencia. Vid LASALA NAVARRO, G., La obra de Montesinos y su influencia en la legislación de la época, en revista de estudios penitenciarios, año XVIII, número 159, homenaje al Coronel Montesinos, nos narra: "Hecho prisionero en Zaragoza (…) fue llevado a Francia como tal, se fugó de Clemont-Ferrand con tan mala suerte que fue nuevamente detenido en Carcassonne, juzgado por un Tribunal Militar y condenado a muerte, pero fue indultado por ser menor de edad y destinado a cumplir la condena del famoso presidio naval de Tolón, en donde estuvo hasta que en 1814 fue puesto en libertad por haberse terminado la guerra. Un jóven del temple de Montesinos no cabe duda que sufrió mil penalidades en el presidio y aprendió mucho de sus compañeros de reclusión; los tristes recuerdos que se grabaron en su mente no los olvidó nunca y despertaron en su conciencia cierto interés, cierta vocación por los asuntos de prisiones"

conducta ejemplar, capaces de influir en sus almas, ideas y virtudes conducentes a su futuro bien.[385.] Ahora bien, a pesar de llevar a la práctica estas medidas dignas de elogio, lo cierto es, que se sembraron diferentes críticas doctrinales sobre la legislación habilitante, entre otras, que permitía tácitamente el castigo corporal, a pesar de que la Ordenanza no lo autorizada expresamente, pero podía ser ejercicio por el Cabo de Vara[386]; y desde luego, que el régimen de los menores seguía siendo muy parecido al de los presos adultos, pues la completa separación, de centro y régimen aún no podía materialmente llevarse a cabo, quedando relegada en algunos casos a un mero principio, falto de apoyo estructural. De hecho, la propia ordenanza de presidios del Reino así lo contemplaba, pues contenía una norma subsidiaria por la que se disponía "si la distribución del edificio no permitiese que los presidiarios jóvenes duerman en local separado, dispondrán a lo menos los capataces reunirlos en la parte más inmediata al departamento de los cabo de vara, para que estos puedan vigilar su conducta."[387]De hecho, no existían edificaciones apropiadas para los menores infractores, que apoyara los fines educativos y correccionales que se anunciaba en la ley. Por su parte, su Reglamento de 1844, tampoco aportó una solución adecuada, si nos más bien relevaba una singular complacencia en refinar el sistema, puntualizando con siniestro método todas las crueldades que en germen contenía la Ordenanza. Así, los penados, parte los jóvenes, se dividían en tres clases a las cuales corresponde no un régimen bueno o malo, no tales o cuales ocupaciones, sino grillete y cadena de cuatro, o diez y seis libras de peso[388]

[385]Cfr. TOMÁS ROCA, T., ob.cit,p. 51

[386]Cfr. ANTÓN ONECA, J., Don Rafael Salillas, sección doctrinal, 1974,p. 207. Disponible en Dialnet. En esta obra el autor recoge la siguiente observación de Salillas sobre los Cabos de Vara " Era un ente híbrido , hijo del crimen y de la ley: asesino, homicida, parricida, violador, ladrón, etc.,que ha cometido uno o muchos delitos, y cuando la coacción le reduce la imposibilidad de hacer daño en la vida, la ley le inviste de cierta autoridad impositiva para ejercerla contra la población delincuente confinada. Es mitad presidiario y mitad funcionario público con sus galones...y su vara, medio de represión. Es un anfibio. El cabo Vara era preferentemente elegido entre los criminales de más dura condición"

[387]Cfr.Art.109.20 de la Ordenanza General de los Presidios del Reino.

[388]Cfr. ROMERO Y GIRÓN, V., Bosquejo histórico de nuestro sistema de penas y estado de nuestra legislación carcelaria, en RÖEDER, C.D.A: Estudios sobre Derecho Penal y Sistemas penitenciarios. Fundamento jurídico de la pena correccional. Mejora del sistema de prisiones por medio del aislamiento. El ramo de prisiones a la luz de nuestra época. T. Fortanet. Madrid. 1875,p.

Para Salillas, la Ordenanza General de los Presidios del Reino no supuso un verdadero cambio en la situación de los jóvenes presidiarios[389] teniendo que nacer la ley de prisiones de 26 de Julio de 1849 por la que se regulaban las cárceles y presidios, y donde existía un tratamiento más concreto para los jóvenes presos, aumentando la edad de ingreso en presidios a los dieciocho años para los hombres y quince para las mujeres, estableciendo departamentos separados.[390]En todo caso, las dificultades no fueron íntegramente paliadas, dado los recursos arquitectónicos de las prisiones que precisamente impedían llevar a la práctica el sistema de individualización previsto. De este modo, el día 6 de Febrero de 1860 fue aprobado el primer programa para la construcción de las cárceles de provincia y para la reforma de los edificios existentes destinados a esta clase de establecimientos, que fue publicado como Real Orden, el 27 de Abril del mismo año.[391] A pesar de estos avances legislativos, el sistema penitenciario en España seguía poseyendo graves carencias. El propio Salillas en 1890 y por tanto con posterioridad a este normativa, en su obra "Arquitectura penitenciaria en España, su desarrollo durante el S.XIX" denunciaba que en España existían prisiones casi subterráneas, lúgubres, y sin capacidad respiratoria, impidiendo en todo caso, la debida separación tan reclamada por la legislación de la época.[392] En realidad, el contenido del

78

[389]Cfr. SALILLAS, R., La Ordenanza general de los presidios y las aberraciones penitenciarias reinantes, en revista penitenciaria, Tomo IV, Madrid. 1907,p.705. "La Ordenanza General de Presidios es un código inmaculado (…) es un código profanado. Es lo primero, porque oficialmente ni se lee, ni se estudia ni se comenta. Las páginas de la Ordenanza, están por lo tanto vírgenes del manoseo de los estudios. Es lo segundo porque la Ordenanza se ha invocado y se invoca para justificar las mayores torpezas y demasiadas"

[390]Cfr. GARCÍA VALDÉS, C., Los presos Jóvenes, ob.cit. pp. 53 y 54, para quien esta normativa tuvo el acierto de elevar el límite de edad de separación de los adultos sobre la legislación anterior.

[391]Cfr. VÁZQUEZ ASTORGA, MÓNICA., Establecimientos penitenciarios en Zaragoza en el S.XIX, Universidad de Zaragoza.p. 321. Disponible en www. ifc.dpz.es.

[392]Vid. PÉREZ FERNÁNDEZ, JOSE MARÍA., Un paseo por el reformismo penitenciario del S.XIX a través de la cárcel modelo de Valencia, p.181,diponible en www.uv.es>dep230>revista>pdf214, citando la obra de SALILLAS, R., Arquitectura penitenciaria en España, su desarrollo durante en el S.XIX, Madrid, 1980, donde el autor explica:" Se hace saber: que existen prisiones casi subterraneas, otras lúgubres, pues en la mayor parte no hay la suficiente capacidad para respirar; que las separaciones dictadas por las antiguas leyes y pragmáticas, así como aquellas que han sido publicadas en nuestra época no pueden ser establecidas, ya que aquella tan importante sobre la

conjunto de esta normativa no era nuevo, basta para ello indicar la experimentación histórica que se produjo en la Escuela de Jóvenes del presidio correccional establecido en la Sección de jóvenes del presidio correccional de la Ciudadela de Barcelona, fechada en 24 de Junio de 1820[393], en el que se pretendió que los jóvenes de dieciocho años estuvieran separados de los de mayor edad.[394] En este departamento, los jóvenes de doce a dieciocho años de edad asistían a una escuela, donde aprendían los saberes básicos y la doctrina de cristiana.[395]

Por último, merece especial mención la ley de 31 de Diciembre de 1908 reguladora de la prisión provisional de los menores, materia siempre abandonada, y que permitía ejecutar esta medida cautelar en los llamadas cárceles de custodia, y que venía a establecer que los procesados menores de 15 años no sufrieran prisión preventiva, sino que se mantendrán en libertad bajo la garantía de sus padres, tutores o persona responsable de la custodia. A falta de estos, el menor quedaría encerrado en las cárceles pero en establecimientos separados del resto de los reclusos.[396] Esta norma permitía el ingreso de menores reincidentes o que presentaran problemas de especial perversidad.[397] Por eso, tal y como dice Cuello Calón, estas disposiciones no llegaron a cumplirse más que excepcionalmente, y unas veces por carencia de establecimientos y otras por negligencia, los menores delincuentes continuaron ingresando en la prisión, en muchas de las cuales, por falta de

separación de sexo se establece cirunstancialmente, pues la mala condición de los edificios es la causa, en la mayor parte de los casos, de la falta de departamentos especiales para hombre y para mujeres, y por ello es obligado habilitarlos según sus necesidades, y que donde existen separaciones, no ha podido todavía introducir un sistema de clasificación en atención a un régimen indidividual dentro de los edificios celulares". Por otro lado, el proyecto de prisiones de 1888, intentó segregar a los jóvenes que al tiempo de delinquir no hubieran cumplido la edad de 20 años ni sean reincidentes de los presidios y las cárceles, clasificándo los establecimientos que habían de recogerlos como " penitenciarías especiales", junto a las escuelas correccionales o de reformas.

[393]Cfr. SALILLAS, R., Evolución penitenciaria en España. Tomo II. Nueva edición de Analecta (Pamplona, 1999). Madrid. 1919,p. 552

[394]Cfr. GARCÍA VALDÉS, C., Los presos jóvenes, ob.cit. pp. 553 y 554

[395]Cfr. SALILLAS, R., ult. ob.cit,p. 552

[396]Cfr. Art. 1 y 2 de la Ley de 31 de Diciembre de 1908, reguladora de la prisión preventiva para menores. En el mismo sentido, CÁMARA ARROYO, S., ob.cit,p. 197.

[397]Cfr .Art. 1 y 3 de la Ley Art. 1 y 2 de la Ley de 31 de Diciembre de 1908, reguladora de la prisión preventiva para menores. En el mismo sentido, CÁMARA ARROYO, S., ob.cit,p. 197.

locales especiales, no era siquiera posible el aislamiento que prescribía el nuevo precepto[398]. Por último, y por lo que respecta a la detención preventiva de los menores, la R.O. Circular de 4 de Marzo de 1926[399], prohibía al instituto de la Guardia Civil la detención de menores que hayan cometido un delito o falta, cuando haya en la misma localidad fuerza pública de otra índole. Esta norma parecía vaticinar que setenta y cinco años después, la Dirección General de la Guardia Civil elaborara unos criterios de actuación con fecha 1 de Marzo de 2001[400] que fueron remitidos a todas las unidades, para que en la medida de lo posible se evitara el traslado de menores con personal uniformado y que omitieran la utilización de emblemas del cuerpo.

2-El SISTEMA TUTELAR.

2.1.-El influjo correccionalista.

El modelo positivista, con matices del correccionalismo Alemán es el que influyó en todo el derecho de Menores en nuestra legislación desde principios del siglo XIX[401]. La doctrina correccionalita pretende sustituir la responsabilidad moral por la social y desplazar el punto de vista de derecho penal del delito, al delincuente.. Como figuras más representativas del correccionalismo

[398]Vid.CUELLO CALÓN, E., Los tribunales para niños, ob.cit. pp. 27 y ss.
[399]Cfr. PÉREZ VITORIA, O.,ob.cit,p. 131.
[400]Cfr. NIETO GARCÍA, L.C,Análisis legal y reglamentario de las medidas privativas de libertad. Especial consideración a las condiciones del internamiento en centro cerrado según las actuaciones realizadas desde el Defensor del Pueblo, en la ley de responsabilidad penal del menor: situación actual. VVAA, ob.cit,p. 58
[401]Cfr. RÍOS MARTÍN, J.C, El menor infractor ante la ley penal. Editorial Comares. Granada.1993,p. 96.

español se suelen citar Concepción Arenal, Silvela[402], Aramburu[403] y Dorado Montero. Fue Concepción Arenal quien tuvo un conocimiento directo de la obra del iniciador de la llamada corriente correccionalista, el alemán Carlos Röeder[404], fallecido en 1879; aunque mantuvo, sin embargo, una postura más equilibrada y equidistante de las importadas ideas correccionalista, de la escuela clásica y el positivismo.[405] Su posición difiere de otros correccionalistas. En concreto de D. Félix Aramburu y Zuloaga, por su positivismo criminológico, y de D. Pedro Dorado Montero, por su determinismo[406], habida cuenta que Concepción Arenal defendía el libre arbitrio y partía de la

[402]Cfr. NÚÑEZ PAZ, I., ob.cit,p. 20:19, " D. Luís Silvela (1865-1928) coincide con Concepción Arenal cuando afirma: "(...) Ilusión engañosa sería pensar que se ha expiado o borrado el delito, permaneciendo tan perversa y tan impura como antes la voluntad , causa originadora de la mancha que pretende lavarse. El arrepentimiento es el comienzo, la corrección el término, y el sufrimiento el camino y medio de la verdadera expiación. Sólo de este modo puede comprenderse la virtud purificadora del dolor que aparta al alma del mundo externo, que le hace entrar en si misma, que la pone frente su conducta para que la juzgue con tanta severidad como si fuese ajena, conduciéndola a su perfeccionamiento(...)". Para Antón Oneca, Derecho Penal, 2ª edición J.J Hernández Guijarro y L. Beniteytez, Madrid, 1986,p. 50, " Los más notables correccionalistas españoles fueron doña Concepción Arenal y don Luis Silvela".

[403]Cfr. F.de ARAMBURU, en Diario de las sesiones de Cortes. Senado num. 143 de 24 de Noviembre de 1906., p. 2012, en el mismo sentido NÚÑEZ PAZ, I., ob,cit,p. 20:21. Aramburu nos decía: "Tener respeto por la dignidad humana y amor al prójimo porque cierto es que el Estado debe castigar al delincuente que falta a las leyes, pero no es menos cierto que el Estado no colocar al hombre en el grado de pervesión moral contagiado de un virus moral al salir de la cárcel"

[404]Cfr. NÚÑEZ PAZ, I., ob.cit,p.20:17, "Röeder fue discipulo del filósofo Krause, que había enseñado en la Universidad de Heidelberg y fue traducido al castellano por Giner de los Rios. La idea central del correccionalismo es la conisderación del delito como una determinación defectuosa de la voluntad, contraria al Derecho que revela una enfermedad Psíquico-moral. La pena, por tanto, dede ir dirigida a la corrección del delincuente , para así eliminar su pena, por tanto, debe ir dirigida a la corrección del delincuente, para así eliminar su errada voluntad injusta. Röeder considera que la pena por su naturaleza no puede ser un mal, sino que debe ejercer un influjo bienhechor en el sentimiento y voluntad del penado y define el derecho como conjunto de condiciones conforme a las que el hombre debe cumplir su destino por su propia voluntad". En el mismo sentido, Cfr. FERRÉ OLIVE, J.C., Derecho Penal de la Postguerra, Disponible en /uhu/.es/derechopenal.postguerra/pdf/. Expone que Dorado Montero desarrolló en el derecho penal una corriente que tuvo su origen en el filosofo Alemán Krause, conocida como Krausismo, que tuvo enorme éxito en España e Iberoamérica, fundamentalmente en métodos pedagógicos y en general en las ciencias sociales. Las ideas Kraussistas llegan al derecho penal en Alemania gracias a la obra del jurista de Karl David Agust Röeder, considerado el padre de la Teoría Correccionalista, escuela que busca la corrección o enmienda del delincuente. Dorado Montero desarrolla estas ideas en sus monografías fundamentales como bases para un nuevo derecho penal, Barcelona, 1902, o el derecho protector de los criminales.

[405]Cfr .NÚÑEZ PAZ, I., ob.cit,p. 20:17

[406]Cfr. ANTÓN ONECA., Don Rafael Salillas, ob.cit,p. 205. " Concepción Arenal, fallecida en 1893, no conoció el pleno desarrollo del positivismo, pero sí sus primeros tiempos y se manifestó

responsabilidad como base de la pena[407], mostrándose combativa con el concepto de peligrosidad. En el aspecto determinista, Dorado Montero, llega a concebir el derecho penal como un derecho protector y como parte de una pedagogía correccional, desprovisto de un sentido represivo y doloroso.[408] El delito constituía para este insigne penalista, un fenómeno patológico, influido por causas psicológicas, personales y físicas[409]. Para Landrove Díaz, el correccionalismo de Dorado Montero es ecléptico, en el sentido de que en él se percibe una influencia positivista, adquirida en su periodo de formación en Italia, pero de marcado signo crítico[410].

Esta visión acerca de la existencia de causas influyentes en el delincuente para la comisión de hechos delictivos, adquiere especial relevancia en el derecho penal menores, pues Dorado Montero al concebir el delincuente como un incapaz o como un ser anormal, demanda urgentemente un tratamiento especial a través de medidas terapéuticas que le ayuden a su curación. De hecho, de los progresos provocados por la dirección moderna- nombre bajo el cual se acostumbró a designar al postitivismo y sus derivados- el que más impresionó a Dorado fue el nuevo tratamiento a los menores, equivalente a un derecho penal sin penas ni delitos, como el que propugnaba para todos los delincuentes[411]. Atendiendo a ello, a los menores de edad, los equipara a los locos y a los

contraria al determinismo positivista. Sin embargo, visitadora de los presos y estudiosa de las causas del delito, pudo decir de ella Salillas que algunos de sus artículos eran verdaderos tratados de Antropología Criminal"

[407]Cfr. NÚÑEZ PAZ, I., ob.cit,p. 20:22

[408]Cfr. NÚÑEZ PAZ, I., ob.cit,p. 20:21

[409]Dorado Montero fue denunciado por su heterodoxia universitaria, acerca de ésta persecución por sus explicaciones no sólo positivista sino materialistas, Vid BERDUGO, I., Enfrentamiento del P. Cámara con Dorado Montero, Salamanca, 1984, p.37, nota 32 afirma: " Dorado Montero acepta del positivismo la crítica que se deriva de la aplicación del método de las ciencias naturales al examen del fenómeno delictivo., los factores que llevan al delito pueden ser tanto personales y sociales".

[410]Cfr. LANDROVE DÍAZ, G., ob.cit,p. 51

[411]Cfr. ANTÓN ONECA, J., La utopía penal de Dorado Montero., Tomo II, Libro I., Universidad de Salamanca. 1950,p. 41. " Así lo pide Dorado en el Quinto Congreso de Antropología Criminal celebrado en Ámsterdam en 1901. Y así se acordó en el siguiente Congreso de Antropología Criminal, celebrado en Turín en el año 1906, " Tanto desde el punto de vista teórico como desde el práctico, el tratamiento de los jóvenes delincuentes puede y debe servir de prototipo para el tratamiento de adultos".

pródigos, y reclama su debida protección promoviendo su cura, que aparte su peligrosidad de la sociedad. La obra de Dorado Montero se encuentra inserta en un sentimiento humanista, que orientó la forma en que debían ser tratados los menores, partiendo del abandono de la idea de retribución y castigo, buscando su corrección y enmienda; tratando como dice Cuello Calón[412], de no descuidar a los niños que previamente su familia había descuidado. Por estas razones, el propio Dorado Montero nos decía que el derecho penal ha desaparecido respecto a los niños y a los jóvenes delincuentes, y se ha convertido en obra benéfica y humanitaria de la pedagogía, psiquiatría, y del arte de buen gobierno, justamente.[413] El correccionalismo aportó su filantropía, pero también su utopía[414] olvidando desarrollar cuestiones jurídicas trascendentes relativas a las garantías procesales. Sobre este aspecto, Antón Oneca decía: "lo que es un bien para el pensador que vive en la nube de las abstracciones, es un mal para el reo que lo sufre"[415] No obstante, la doctrina correccionalista tuvo una materialización concreta, pues con ella se asentaron las bases para la construcción del denominado sistema Tutelar, cuyos esquemas dejó plasmado Dorado Montero en su obra "el derecho protector de los criminales"[416] A través de este trabajo propuso una finalidad punitiva alejada de la retribución por el mal causado, asentada en la reeducación de delincuente, a cuya

[412]Vid.CUELLO CALÓN, E., Los Tribunales para niños. Madrid, Victoriano Suárez, 1917, p. 6
[413]Cfr.DORADO MONTERO, P., Los Peritos médicos y la justicia Criminal. Madrid. Hijos de Reus. 1906. pp. 211-212.
[414]Vid. ANTÓN ONECA ,J., La utopía penal de Dorado Montero, Universidad de Salamanca, ob.cit. 1950
[415]Vid. ANTÓN ONECA, J., Los antecedentes del nuevo código penal, en RGLJ, t154. pp.38 y 39.
[416]Vid.RÍOS MARTÍN.,ob.cit,p. 99 Este autor nos explica que realmente la definitiva implantación de los Tribunales Tutelares de menores fue un proceso costoso y tardío, iniciado por juristas de la talla de Dorado, juderías, Cuello, Montero Ríos e Ybarra. A pesar de ello, con anterioridad ya había comenzado una importante labor legislativa sobre la protección de la infancia. Destaca entre la extensa legislación, la ley c*readora de la beneficencia de 6 de Febrero de 1822*, la ley de tratamiento de menores delincuentes de 1*4 de Abril de 1834,* a través de enseñanzas profesionales, con el fin de instruir y educar a los niños infractores, la ley de 26 de Julio de 1873, por la que se estableció la penalización de adultos que utilizasen a menores de 16 años para ejercicios de equilibrios acrobáticos, el Real Decreto de 11 de Agosto de 1888, que preceptuó que los delincuentes menores de veinte años fueran destinados al establecimiento de Alcalá de Henares, y la ley de 23 de Junio de 1903 que impedía la explotación de la infancia contra el fin de la caridad pública. Toda esta trayectoria legislativa culminó finalmente con la ley de 2 de Agosto de 1918, de Tribunal Tutelar de Menores, a la que después nos referiremos.

consecución debían promoverse los denominados reformatorios[417] con el establecimiento de un régimen médico-pedagógico o correccional, que sustituyera a la pena por medidas[418], con un carácter provisional y de duración indeterminada. Esta indeterminación de las medidas propugnada por Dorado Montero constituyó una corriente doctrinal que tuvo influjo en nuestras instituciones de la época[419]. En realidad, se pretendía configurar una combinación de medida temporalmente ilimitada con el sistema de beneficios, gracias a los cuales se puede conceder a los reclusos la liberación, primero condicional y después absoluta, antes de que haya llegado el momento de la expiración de la pena. Pero para ello es necesario que, gracias a su propio esfuerzo, haya ganado los vales de buena conducta[420]

En síntesis los aspectos más influyentes de la obra de Dorado Montero en la legislación posterior fueron: En primer lugar, la pretensión del reemplazar la imputabilidad, por la idea de tratamiento educativo, en concreto " sustituir la idea de imputabilidad,[421] base de las penas, por la de necesidad, base del tratamiento", segundo lugar, consagrar la idea de diversidad del tratamiento

[417]Cfr. DORADO MONTERO, P, El derecho protector de los criminales, ob.cit. pp. 31, 32, con notable admiración se refirió al reformatorio de Elmira, diciendo: " (…) No está hecho para castigar, sino para mejorar a los reclusos, el reformatorio empieza por hallarse privado de todo aspecto exterior de establecimiento de castigo (...)"

[418]Cfr. DORADO MONTERO, P., El derecho protector de los criminales, ob.cit,p. 227. "El régimen penal de los adultos habrá de dejar vacío su puesto, para que lo ocupe el régimen pedagógico o correccional, lo propio que está pasando, conforme se ha visto, con la delincuencia juvenil; las medidas todas que con los delicuentes adultos se adopten-y que por el hecho mismo de ser medidas, no penas, tendrán carácter provisional y serán de duración indeterminada-irán encaminadas a modificar su estado interno, su voluntad, su alma, su carácter, antecedente forzoso de su conducta"

[419]Cfr. CÁMARA ARROYO, S., ob,cit,p. 282, En concreto, Álvaro Navarro Palencia, director del Reformatorio de Alcalá de Henares, se mostró partidario de las Sentencias indeterminadas aplicada a los menores infractores. También en NAVARRO DE PALENCIA, A., La sentencia indeterminada, en la Revista de las Prisiones, Madrid. 1902. pp. 661-664.

[420]Cfr. DORADO MONTERO, P., El reformatorio de Elmira, estudio de derecho penal preventivo. La España Moderna, Madrid, 1898,p.31

[421]Cfr.DORADO MONTERO, P., El derecho protector de los criminales, ob.cit,p. 226. " Hay que abandonar, en primer término-lo que ni aún los deterministas han hecho hasta ahora-, la cuestión, no ya sólo de la culpabilidad y la responsabilidad, sino también de la imputabilidad, que es, con relación a los delincuentes adultos, lo que la cuestión del discernimiento con relación a los delincuentes jóvenes. Hay que sustituir la idea de la imputabilidad, base de las penas, por la necesidad, base del tratamiento"

según las necesidades de cada uno, determinada por sus situación de desamparo, desfallecimiento o debilidad moral, e independientemente de toda la idea de culpabilidad o desmerecimiento[422] y en tercer lugar, el carácter indeterminado de la duración del internamiento impuesto en las sentencias dictadas por los jueces de los TTM, cuyo término se hacía depender de la efectiva corrección y enmienda. Por último, como nota crítica, la obra de Dorado Montero se olvidó de configurar un sistema de garantías procesales que debió operar como instrumento jurídico de protección.

3.2.- El espíritu del Sistema Tutelar.

Por influencia del correccionalismo la característica más conmovedora del sistema tutelar fue concebir al menor como un ser que debe ser objeto de protección, dado que comienza a visionarse como un futuro adulto. En este sentido, se considera toda la minoridad como el tiempo en que todavía se puede actuar en la formación moral de la persona, en el que la dirección y corrección exterior resultan imprescindibles[423], si bien, con la vertiente carga negativa de que la felicidad en cuanto tal niño, queda apartada por la consecución del interés y la formación del futuro ciudadano[424]. El Sistema Tutelar se inscribe en el marco del llamado proteccionismo, cuya finalidad última consiste en lograr la protección de la infancia y de los niños, pero que mira con cierta indiferencia hacia la concesión de sus derechos[425], hasta tal punto que no se le reconocen, dado su incapacidad de ejercicio. En Inglaterra durante el siglo XIX hubo abundancia de legislación con relación a los niños, pero en ninguna se desafió la idea, tan firmemente sostenida por la ley común,

[422]Vid.DORADO MONTERO, P., ult. ob.cit. p. 223.
[423]Cfr.COMPAY CERVERA.I., ob.cit.p.288, en refiriéndose a Bentham, J.,Tratado de legislación Civil y Penal, edición preparada por Magdalena Rodríguez Gil.
[424]Cfr.COMPAY CERVERA**.** I., ob.cit.701
[425]Cfr. COMPAY CERVERA.I., ob.cit.p.701. "Hay que proteger al niño de sus propios protectores. La única manera de hacer esto, es reconociéndoles los derechos de los que ya gozan los adultos, así como la capacidad de ejercitarlos por ellos mismos".

de que los niños eran posesión de los padres[426]. La ley no reconocía al niño como persona y tanto su ser, como sus vidas, eran controladas de manera absoluta por sus padres. El sistema tutelar trata de curar, de formar o de corregir al menor infractor lejos de ser considerado como un ser culpable susceptible de castigo, porque ha de ser tratado como un enfermo sobre el que existe la obligación de buscar su sanación. Esta finalidad terapéutica influye de manera decisiva en los aspectos procesales propugnados por este sistema, porque se busca sustraer al menor del derecho penal general para mostrarlo sujeto y objeto de tribunales especiales, conocidos como Tribunales Tutelares de menores, que poseen a prima facie, competencias desdobladas, esto es, no solo intervienen ante la violación de la ley, sino también ante situaciones de abandono moral o material o de peligro, que son índice de una probable actividad delictuosa del menor[427]

En el sistema tutelar la sanción a imponer escapa por tanto a la finalidad retributiva de la pena, abandonando su sentido represivo, de expiación o de responsabilidad moral. Sin embargo, la introducción del componente educativo y psicopedagógico en el trato jurídico de los menores, trajo como inconveniente más incómodo, las correspondientes consecuencias de indeterminación y falta de garantías jurídicas, debido a que el tratamiento duraba hasta que el menor- en este caso un enfermo- pudiere sanar[428]. De hecho, los principios asistenciales y protectores desplazaban a toda clase de garantía jurídica porque no hay enjuiciamiento legal o judicial, sólo juicio lógico, de índole técnica respecto a la conveniencia para el futuro de menor[429]. Esto implicaba, que precisamente con la justificación de procurar la protección del niño y aún con la mejor de las intenciones, lo que en realidad se conseguía, finalmente, era dejarles indefensos y desprotegidos en sus vidas: en sus relaciones con los adultos y con las instituciones sociales, políticas y jurídicas[430]

[426]Cfr. COMPAY CERVERA. I., ob.cit,p. 700.
[427]Cfr. PÉREZ VITORIA, O., ob. cit,p.101.
[428]Vid.FERRÉ OLIVÉ, J.C; NÚÑEZ PAZ, M.A; RAMÍREZ BABOSA, P.A., Sistema Penal para Adolescentes, en Derecho Penal Colombiano., Editorial Ibañez. Bogotá. 2010,p.748
[429]Cfr.RÍOS MARTÍN, JC.,ob. cit,p. 218.
[430]Vid.COMPAY CERVERA, I,p. 700, citando a HOWARD, C., Equals rights for children, pp. 148-

A pesar de todas las críticas, la corriente correccionalista propulsora del sistema tutelar, pretendió el logro de un sistema de minoridad penal inspirado en la búsqueda de la introducción de los conceptos de legalidad y de racionalidad del proceso penal, bajo cuyo manto se pretendían reformas punitivas en el marco de la ejecución de las penas en todos los estados modernos de Europa.[431]

2.3.-Precedentes remotos del sistema tutelar: el padre de Huérfanos de Valencia, las casas Hospicios y de Misericordia. Los Toribios de Sevilla: El internamiento en "casas de Corrección".

2.3.1.-El padre de Huérfanos de Valencia, las casas Hospicios y de misericordia.

Expuesto el espíritu gobernador del sistema tutelar vamos a analizar detenidamente en este apartado los antecedentes más remotos de lo que con posterioridad fueron los llamados Tribunales tutelares de menores. El precedente más arcaico lo encontramos en una institución conocida como *el Padre de Huérfanos*, en la que salvo mejor opinión, vemos precedentes de un sistema correccional de carácter indeterminado, cuya dinámica carcelaria y de trato recuerda un antecedente

149.

[431]A través de los trabajos de Howard (relativo a los lugares de encierro diseminados por la geografía europea y sus caracteres) y Beccaria (este último con su imperecedera obra "*Dei delitti e delle pene*", del año 1764), penalistas y penitenciaristas, proponen una reforma de las leyes y prácticas punitivas, una reforma que afecte al ámbito de la ejecución de las penas en los Estados modernos de Europa, en definitiva, un Derecho punitivo "más humano". Vid. LANDROVE DÍAZ, G., Las consecuencias jurídicas del Delito, 6º Edición, Técnos, Barcelona, 2005,p. 50. Para quien tratamos con "dos obras trascendentales no sólo para la ciencia penal y penitenciaria, sino también para la historia de la Humanidad; dos libros a los que a su valor intrínseco hay que añadir el don de la oportunidad: por muchas y variadas razones, ambos fueron escritos en un momento histórico especialmente apto para la difusión de las ideas en ellos contenidas. De un lado, *Dei delitti e delle pene* (1764), obra en la que Beccaria trató de otorgar un nuevo sentido político y jurídico al derecho penal de la época; de otro, *The State of Prisons in England and Wales* (1776), debido a la pluma de Howard, y tendente a despertar serias inquietudes sobre la problemática penitenciaria, que reclamaba urgente humanización.

de las modernas medidas de seguridad, si bien, claro está, sin la garantía de ser aplicadas por órganos jurisdiccionales[432].

Los elementos propios que permite configurar esta institución como un precedente remoto del sistema tutelar surgen al igual que la inspiración de éste modelo protector, de la preocupación por hacer efectiva la necesidad correccional, educativa y de atención a los niños y menores. *El padre de Huérfanos*, fue inicialmente previsto para la asistencia de los huérfanos mendigos[433], pretendiendo el cuidado de éstos, con la finalidad de educarlos en la doctrina religiosa, en una tarea preventiva para la sociedad. Se trataba en un principio de alejar el mal que pudieran ocasionar los menores por la situación peligrosa en la que se encontraban debido a su condición de vagos y mendigos, en una tarea correccional alegada de alejada de garantías jurisdiccionales. Este fue el espíritu por el que Pedro IV el Ceremonioso el día 6 de Marzo de 1337 creo mediante privilegio la institución de dos curadores de Huérfanos, con la finalidad de extinguir la vagancia y la mendicidad[434]. El objetivo desde los primeros momentos de la institución, conocida como *Pare d. Orfens, (padre de huérfanos)* y que se extendió también a Aragón, Valencia y Navarra[435] hasta que 1793 fue suprimida por Carlos IV, fue la del cuidado de los necesitados, especialmente de los huérfanos pobres, siendo cierto que el documento constituyente dejó abierto la posibilidad de que su acción se extendiera a los huérfanos y huérfanas, aunque tuvieran padres[436]. También en Valencia, San Vicente Ferrer (1350-1410) empezó a recoger a los niños huérfanos y pobres que vagaban por la ciudad, confiándolos a otras personas y a unos ermitaños *Beguines*, establecidos junto al

[432]Cfr. GARCÍA VALDÉS, C., ob.cit,p. 21.
[433]Vid.HIGUERA GUIMERÁ, J.F., ob.cit,p. 851. También en el archivo Municipal de Valencia: Manual de Conselis, años 1332-1339, hay un consejo en el que se dice que este privilegio se da a suplica de la ciudad de Valencia.
[434]Cfr. HIGUERA GUIMERÁ, J.F., ob.cit,p. 852.
[435]La extensión del padre de huérfanos a otros reinos es explicado por GUALLART LÓPEZ DE GOICOECHEA, J.,El derecho penal de los menores, la academia, Zaragoza, 1925. pp. 87 y SS.
[436]Cfr. GARCÍA VALDÉS, C.,ob.cit,p. 16.

convento de San Agustín, en la casa de *deis Beguins.*[437] Aquella institución iniciada por Pedro IV sería después perfeccionada por el emperador Carlos I en (1526), Felipe II (1556-1598) y Felipe IV (1621-1665). [438]

Los referidos curadores llamados *Arnaldo Simó y Poncio Rovellat*, no poseían en el momento del nombramiento de sus respectivos cargos de curadores, jurisdicción exenta[439], y por tanto se encontraban en plena dependencia de la jurisdicción civil. En consecuencia carecían de autoridad moral y material que proporcionaba el poseer plena jurisdicción dentro de la esfera de su competencia, y al no poder obligar y castigar a los huérfanos, motivó que muchos menores, después de ser acomodados en casas de maestros, de oficiales o de otras personas honestas, se escaparan y huyeran dedicándose otra vez a mendigar y vagabundear[440]. Por este motivo, a la facultad reformadora inicial se le unió posteriormente otra con la que poder enjuiciar y castigar a los menores. Así en 1407, el Rey Don Martín el Humano (1395-1410) amplió las facultades al Curador otorgándole plena potestad en materia de *enjuiciamiento de menores* por la comisión de hechos delictivos. Quedaba con ello constituido el Tribunal de los Huérfanos que conocido como *padre de huérfanos*[441], poseía atribuciones para castigar[442] a los que cometiesen delitos, también para

[437]Cfr. HIGUERA GUIMERÁ, J.F., ob.cit,p. 852. "(…) Este sería el principio del colegio imperial de niños huérfanos de San Vicente Ferrer que fundó el citado santo en 1410, y que ha pervivido hasta nuestros días (…)".

[438]Vid. HIGUERA GUIMERÁ, J.F., ob.cit,p. 853. También en ANTON ONECA, J: Derecho Penal, segunda edición, anotada y corregida por José Julián Hernández y Luis Beneytez Merino. Edit. Akal. Madrid. 1986,p. 636.

[439]Vid. DE ROJAS., El padre de Huérfanos de Valencia. Imprenta hijo de F. Vives Mora. Valencia. 1927. No existía seguramente en este tiempo y en el siglo I de la institución, jurisdicción exenta de curador de huérfanos, hallándose tales curadores bajo la dependencia inmediata de la justicia civil, en cuyo tribunal debieron ventilarse las contiendas a que diere lugar el acomodo de los menores.

[440]Cfr. HIGUERA GUIMERÁ, J.F., ob.cit,p. 852.

[441]También fue conocido como "padre de bordecillos", porque se dedicaba a la recogida de niños en los bordes de los caminos.

[442]Vid. GARCÍA VALDÉS, C., Los presos jovenes, ob.cit,p. 19. "Se trata de una institución que tiene naturaleza administrativa, y nos indica que el padre de Huérfanos podía solicitar la colaboración de la justicia penal. Sus principales funciones fueron la protección de los menores, pareciendo un curador de los mismos; la asistencia social; la protección social eliminando de las ciudades a los jóvenes y menores vagos; además podía prender y llevar a su casa, o a la cárcel, a sus

detenerles y recogerlos en la vía pública, o de las tabernas o tugurios donde se escondían, con grillos y cepos, y poseyendo plena potestad para oír y fallar cuantas causas se les siguiesen, fallando esas mismas causas sin escritos y sin apelación[443]. Esta institución que se inició a través de una inspiración preeminente protectora y de atención, terminará ejerciendo funciones jurisdiccionales propias de un juez de orden penal, con competencia para conocer diversas causas en última instancia, por lo que dada sus amplias atribuciones y conocida la estructura de la sociedad medieval, así como los medios de fortuna de los huérfanos desamparados, es lógico pensar, que los abusos comenzarían pronto[444].

Sin embargo, a pesar de los abusos denunciados, la presencia de esta institución, sirvió de inspiración para el nacimiento de toda una suerte de organizaciones de naturaleza filantrópicas, con

detenidos, estando autorizado para tenerlos en cepo o en cárcel por los días que le pareciere, imponiéndoles castigo, tanto dentro de su casa como en el establecimiento carcelario, según edad y disposición de cada uno, castigos que iban desde los azotes con vara o verga, a la limitación de la comida o el destierro, dejando bien sentado que sobre ellos era su autoridad la que prevalecía. Finalmente tenía una función disciplinaria, actuando como juez mientras estaban bajo su dependencia. Vid. ANTÓN ONECA, J: Derecho penal, segunda edición. Editorial Akal/iure. Madrid, 1986. pp. 636 citado por HIGUERA GUIMERÁ, J.F., ob.cit,p. 852. "(…) indica Antón Oneca que la institución del padre de Huérfanos primero fue bipersonal y después unipersonal, y se ocupaba en intervenir y dar oficio a los huérfanos mendigos, incluso podían dar azotes y desterrar en los casos de resistencia". En esta línea GARCÍA VALDÉS, ob.cit..p. 21, nos dice que el cargo de curador, era obligatorio, gratuito (después remunerado) y bicéfalo (Dos procuradores)- según las constituciones fundacionales-se transformó con el tiempo y por inercia de la propia eficacia, en unipersonal, desde 1467, exigiéndose como garantía de su elección que recayera en hombres justos y respetados, casados y de reconocido prestigio en la comunidad.

[443]Vid. HIGUERA GUIMERÁ, J.F., ob.cit,p. 852.

[444]Vid.GARCÍA VALDÉS, C., ult. ob.cit,p. 20. Para García Valdés, tanto poder en manos de una sola persona no podía ser conveniente. Refuerza, este autor, la aseveración de los posibles abusos -porque realmente no hay indicios, noticias, ni crónicas que hablen de excesos cometidos en ninguno de los reinados en los que ejercieron jurisdicción tutelar, hasta una causa instruida en tiempos de Carlos IV, que motiva que en 1793, sus atribuciones pasen a la Casa de Misericordia de Valencia- en el hecho de que dentro de sus atribuciones, se encontraba la de inquirir y buscar por los mesones, hospitales y otros lugares o partes públicas de la ciudad y fuera de ella "Si hay vagabundos y hombre que no trabajen ni sirven, y, si los hallaren, pueda et haya prenderlos y llevarlos a la cárcel", haciéndoles la advertencia de que una vez liberado (expedido o echado) si lo hallaren Vagabundeando, incurriría en la pena de azotes, castigo que podía aplicarse tanto en su casa como en la cárcel, toda vez que el texto permite dicha interpretación, y también porque el padre de Huérfanos decidía, a su pleno arbitrio, de oficio o a petición de los solicitantes, la colocación, paga, remuneración, tipo de actividad, amo y casa para sus necesitados.

una misión de asistencia y de tutela para los más desamparados. A esta visión Humanitaria responden las llamadas hermandades, cofradías y casas de Misericordia de raíz religiosa y cristiana y que nacieron para paliar en alguna medida el horror y la crueldad existente en la vida carcelaria del S. XIII al S. XVII, visitando y socorriendo a los presos, para facilitarles vestidos y alimentos, darles consuelo, limosnas y sepultura en el momento de su muerte[445]. A este respecto, cabe mencionar, el hospital de la Misericordia de Zaragoza fundado en 1669, que llama especialmente la atención porque tanto en estructura, naturaleza, y funcionamiento se entrecruzan líneas comunes e instituciones como las descrita del padre de Huérfanos de Valencia con cofradías castellanas y andaluzas, como los caballeros XXIV de Salamanca, Sevilla y Jerez, y la de la Misericordia, de multitud de ciudades castellanas, destacando que en el Siglo XVIII existió en Castilla "El padre General de Menores" inspirado sin duda, en los Padres de Huérfanos del Reino de Aragón[446]. Se produce en esta época histórica, una proliferación de los llamados hospitales de misericordia[447] Se observa como mas tarde acogería el Modelo Tutelar, un ligamen de la facultad reformadora a la indeterminación del tratamiento, lo que da muestras de lazos comunes con la finalidad desarrollada por los Tribunales Tutelares de menores creados siglos más tarde.

2.3.2.-Los Toribios de Sevilla: El internamiento en "casas de corrección".

A finales del siglo XIX y principios de S. XX comienza a producirse un fuerte movimiento de protección de los menores a través de la iniciativa privada, aunque desde el punto de vista estrictamente sustancial los códigos penales del S. XIX aún presentaban criterios asentados en el sistema retributivo y que complementados con una política penitenciaria precaria y cruel[448] creaban

[445]Cfr. GARCIA VALDÉS, C., ult.ob.cit,p. 22.
[446]Cfr. GARCÍA VALDÉS, C.,ult.ob.cit,p. 23.
[447]Cfr. GARCÍA VALDÉS, C., ult. ob.cit.p. 24. Buena muestra de la creación de estos hospitales vino de la mano de la Real Cédula de 11 de Enero de 1784 contenida en la Novísima Recopilación, L.2, tit. 32, Libro. 12, que nos dice: "Los muchachos de corta edad que fuesen aprehendidos por vagos, se remitirán a los Hospicios, o Casa de Misericordia de partido o capital de provincial para que se le instruya en las buenas costumbres y se les haga aprender un oficio y manufacturas, dándoles ocupación y trabajo proporcionado a sus fuerzas...cumpliendo el tiempo de destino en los hospicios o por haber corregido sus costumbres y dado pruebas de aplicación y enmienda, se les concede la libertad."
[448]Cfr. GÓMEZ BRAVO, G., Crimen y castigo: cárceles, deito y violencia en la España del S.XIX. Universidad Complutense de Madrid. Tesis Doctoral. Madrid. 2004.p.330. La aglomeración de reclusos en el complejo de Alcalá, excedía en 500 hombres (según las cifras del Alcalde, las facilitadas en la visita al establecimiento realizada por Fernando Cadalso), y la falta de clasificación

un sistema difícil y tremebundo. Las condiciones en las que los jóvenes presos habitaban las celdas y calabozos no cumplían ninguna de las condiciones requeridas por los más elementales principios de la higiene. Se dice que eran mansiones de torturas, sin ventilación y sin luz.[449] Se hacía necesario mejorar estas condiciones a cuya reforma contribuyó el influjo correccionalista[450]

En este sentido, no es cuestión pacífica colocar en el lugar y en el tiempo la primera casa de corrección[451]. Tomás Roca poniendo la vista en España, afirma que en nuestra patria, existieron

invalidaba todo el reglamento. Los visitadores en 1888 consignaron la siguiente nota: " a la corrección de jóvenes menores de 20 años le destinan las disposiciones legales vigentes pero hombres de edad media y no pocos ancianos hay mezclados y confundidos con los muchachos. Acaso algún hombre de edad madura haga falta para maestro de talleres, tantos como hay estorban y pueden ser contrarios a la educación moral y al arrepentimiento de los jóvenes". Esta anotación negativa repecto del tratamiento de los jóvenes tenía especial relevancia debido al giro que la legislación penitenciaria estaba imprimiendo sobre los centros de Alcalá. El destino final de este establecimiento fue que eliminó su función de penal de hombres al crearse La Escuela Central de Reforma y Corrección Penitenciaria para presos jóvenes menores de 20 años.

[449]Vid.CADALSO Y MANZANO, F., Diccionario de legislación Penal, procesal y de prisiones. Vol.III.Madrid,p. 219. Acerca de la visita realizada al Establecimiento de Alcalá en 1888 escribió "Un calabozo con dos compartimentos dividido, falto de ventilación y de luz, con una puerta de aspecto funerario negro como de maldad. En pleno día es necesario luz artificial para visitar el tenebroso abismo. Para borrar ese nefasto recuerdo de un régimen antihumano, hoy se construyen celdas de reclusión, mejor dicho se remienda un local, que ha servido de cocina, para encerrar a los rebeldes. Por lo que respecta a la alimentación, nos dice "que los Martes y el Viernes el rancho de los confinados contenía bacalao y arroz preparado para dar sustancia al tocino. Poco agradable parece tal combinación y así lo entienden los penados que prefieren pasar hambre a tomar algo en semejante rancho el cual apenas prueban más que caldo y arrojándole el arroz por el suelo porque les produce repugnancia".

[450]Cfr.GÓMEZ BRAVO, G. ob.cit,p. 66. En la Gaceta de Madrid de 22 de Octubre de 1869 vio la luz la ley 21 de Octubre de 1869, que establecía las bases para la reforma y mejora de las cárceles y presidios para el planteamiento de un buen sistema penitenciario; depósitos municipales, cárceles; colonias penitenciarias. Con los mismos planteamientos acerca de la clasificación y tipología de Delitos y la adecuación de los establecimientos según la misma, que arrancaban desde la Ordenanza de 1834, la Ley de Bases de 1869, por influjo del cambio constitucional y por influencia intelectual del reformismo y los teóricos correccionalistas, en un esfuerzo que chocó con los problemas de solución práctica que residían en el fondo de la Hacienda Pública y sus mecanismos. En su artículo segundo se preveía, la reforma y mejora de todas las cárceles del partido y de Audiencia para darles condiciones de capacidad, higiene, comodidad y seguridad indispensable; para que los detenidos estén debidamente separados por grupos o clases, según su sexo, edad y la gravedad de los delitos por los que fueren procesados.

[451]Cabe afirmar que existen serias dudas acerca del lugar en el que se constituyó la primera casa de corrección de jóvenes. Para Cuello Calón, ob.cit,p.226, acudiendo al derecho comparado, nos dice que quizás la institución de educación correccional más antigua sea el hospicio de San Miguel de Roma creado por el Papa Clemente XI en 1704, que se instituyó como una casa de corrección para

casas de corrección que se adelantaron siglo y medio a las instituciones norteamericanas de esta naturaleza, que equivocadamente han sido consideradas históricamente como las iniciadoras de las instituciones reeducadoras y por tanto como los precedentes más exacto de los llamados Tribunales Tutelares de Menores. En efecto, como pasado más remoto de las llamadas *casa de corrección*, identificamos un establecimiento de caridad surgido de la iniciativa privada, conocido como *"Los toribios de Sevilla*" que debe su fundación a Toribio Velasco (1686-1730), vendedor ambulante de Libros. Su creador a pesar de los escasos medios, concibió la idea de recoger y educar a niños abandonados, vagos, huérfanos, y toda clase de menores desamparados.

García Valdés[452] nos relata que de una casa alquilada para dormir, logró hacer una institución correccional en la que los pupilos no sólo recibían educación y formación religiosa, sino que aprendían un oficio. Su ingente labor fue altamente valorada. Llegó a tener autoridad para detener y recluir en su casa a los niños y jóvenes holgazanes y vagabundos, gracias a la protección que le dispensaron el Arzobispo, las autoridades locales, la nobleza e incluso, los Reyes Felipe V y Carlos III. Por primera vez, una institución de esta naturaleza se organizaba con un sistema educativo basado en la participación de los menores, con horarios delimitados para cada actividad, con registro personal de niños y donde se instalaron una serie de talleres necesarios para la formación

jóvenes delincuentes y al mismo tiempo fue asilo de ancianos inválidos. Igualmente mencionar "la casa de Refugio" de Nueva York creada por un asociación de naturaleza privada en 1825, o "la casa de reforma" de 1847, creada en Massachussets. Por otro lado SABATER TOMÁS, ob.cit,p.57, afirma que la primera institución penitenciaria especializada para adultos jóvenes fue la casa de Corrección *(House of Corrección*) establecida en Detroit, Michigan, en 1861, en la que el primer superintendente de la misma, Reed Brockway, decía de ella que permitía el confinamiento condicional de los jóvenes delincuentes, en lugar de su ingreso en la prisión estatal de Jackson. Continúa este autor exponiendo que en 1869 una ley del Estado de Nueva York autorizó la creación de un establecimiento penitenciario para delincuentes de 16 a 30 años. En 1870 el congreso de prisiones celebrado en Cincinnati, discutió los principios de tratamiento susceptibles de ser aplicados a los jóvenes condenados y en 1876 fue abierto un reformatorio en Elmira para recibir los primeros detenidos de este grupo de edad. La ley de prevención del Reino Unido, aprobada en 1908, estableció el sistema Borstal, y al poco tiempo otros países tomaron medidas análogas.

[452] Cfr. GARCÍA VALDÉS, C., ob.cit,p. 84.

profesional de los alumnos[453]. La casa sevillana, conocida como *Casa Toribio* permaneció activa durante todo el S. XVIII aunque después del fallecimiento de su fundador se volvió rígida y dura, destinándose preferentemente para incorregibles y peligrosos hasta su desaparición[454].

La misión benefactora de la iniciativa privada no solo acogió una función esencialmente reformadora, sino que también propició la creación de instituciones protectoras y asistenciales. Cabe destacar en este ámbito, *el Patronato de Nuestra Señora de la Merced* creado en 1880 con la finalidad de lograr la redención de niñas y niños presos de la ciudad de Barcelona. Posteriormente se reorganizó con el nombre patronato de *niños y adolescentes abandonados y presos*[455]. En Valladolid en el año 1904 existió un patronato cuyo asilo fue trasformado en escuela de Reforma. También en Córdoba, se creó un centro de reeducación de menores, costeado por el Ayuntamiento, y en Madrid, en 1906 *un patronato de jóvenes presos y Abandonados.* Estas *escuelas de reforma* comenzaron a surgir años antes para convertirse posteriormente en instituciones que colaboraran activamente con los llamados Tribunales tutelares de Menores. La idea fundamental que preside la creación de las escuelas de reforma es la de ser concebirla como una prisión para jóvenes delincuentes[456].2**.3.3-Escuelas de**

[453]Cfr. SÁNCHEZ VÁZQUEZ V., La exploración psicológica en las casas de observación de los tribunales tutelares de menores (1918- 1943) Servicio de publicaciones de la Universidad de Córdoba. Series Monográficas. núm,252. Pág 25.

[454]Vid. GARCÍA VALDÉS, C., ob.cit,p. 85, quien pone de manifiesto las palabras de BUGALLO SÁNCHEZ, J., La delincuencia infantil. Etiología, profilaxia y terapeutica. Morata. Madrid. 1931,p. 259. "Sólo Toribio Velasco podía sostener lo que él fundó, así es que desapareció a los pocos años de su fallecimiento; puede decirse que su obra no le sobrevivió, era demasiado abnegada, demasiado personal".

[455]Cfr. LASALA NAVARRO, G., La juventud delincuente en España y sus tribunales de menores, en revista de estudios penitenciarios, año XV, numero 140, Madrid 1959 "El Patronato de menores abandonados y presos tiene por objeto lograr la rehabilitación moral y social de los jóvenes encarcelados y amparar y proteger a los demás contra el abandono, la miseria, los malos tratamientos y la inmoralidad".

[456]Vid.GARCÍA VALDÉS, C., Los presos jóvenes. ob.cit.p. 76, "La idea de una prisión para jóvenes delincuentes no cayó en saco roto. Francisco lastres la recogió con todo el entusiasmo, y prueba de ello es el trabajo que publico Concepción Arenal en *"Artículos sobre beneficencia y prisiones*", en Obras completas, XX.3º, Madrid, 1900, pp.194 y Sigs. En la misma denuncia, el mal estado en que

Como consecuencia de que la implantación de los TTM fue un proceso lento, al objeto de paliar las carencias de organismos apropiados se habían constituído unos centros oficiales para atender a la infancia[457], bajo el espíritu de los postulados correccionalistas, defendidos en Italia por la escuela Positiva, y en la España del Siglo XX por los impulsores de la llamada pedagogía correccional, que como hemos advertido, comienza abrir una brecha importante[458] en el tratamiento

---

se encuentran los establecimientos penitenciarios, entendiendo que son autenticas escuelas de criminales, en lugar de casas de corrección. Además especifica que las más notables penitenciarías de jóvenes que hay en el extranjero se deben a la iniciativa particular o privada.

[457]Cfr. MONTERO PEDRERA, ANA MARÍA., El Tribunal tutelar de Sevilla, una alternativa para los menores delincuentes a principios de S.XX. Ediciones Universidad de Salamanca. 2003,p. 264

[458]La brecha supone, entre otras cuestiones, abrir el camino del derecho penal hacía el tratamiento preventivo de los jóvenes delincuentes. Siguiendo a SABATER TOMÁS, A., ob.cit,p. 172 y 173, uno de los primeros y grandes impulsores de la prevención, fue el insigne penalista DORADO MONTERO en la famosa obra "el derecho protector de los criminales". También en "estudios de derecho penal preventivo", publicada en el año 1916. La prevención constituye un elemento de estudio indispensable en todos los problemas de los jóvenes delincuentes, sin embargo, como este término se emplea en los contextos de los programas destinados a combatir la delincuencia, y en los estudios científicos, con significación diferente, surgen dificultades cuando se quiere dar una definición general de lo que por ella se entiende. Continúa SABATER TOMÁS, exponiendo las principales ideas sobre el concepto de prevención, citando a MM. Witmer y Turis, en su obra titulada *"The effectiveness of delinquency prevention programs*", que ponen de relieve las dificultades referidas. Estos autores revelan que la prevención de la delincuencia en todos los niños es sinónimo de animar a un sano desarrollo de la personalidad en todos ellos. Dado que la delincuencia se puede atribuir a las relaciones tirantes entre padres e hijos, a una insuficiente comprensión de los valores sociales, a una formación social inadecuada, a los prejuicios y a la discriminación hacia los grupos minoritarios, a las condiciones economías desfavorables, a la penuria del personal y material de enseñanza, a la falta de diversiones dirigidas, falta de cuidados médicos, de formación religiosa, etc...y se puede esperar una disminución marcada de la delincuencia si se aportan grandes modificaciones en todos estos sistemas señalados...los defensores de este punto de vista, querían prevenir o reducir la delincuencia, mejorando todos los aspectos de la existencia, que tengan un papel importante en el desarrollo de la personalidad de los niños y todas las actividades consagradas por los mismos. Para otros evaluadores y planificadores, la prevención de la delincuencia significa apartar los delincuentes en potencia antes que puedan cometer actos delictivos. Para estos, la prevención a que se refiere el párrafo anterior, les parece demasiado indirecta., ciertos adeptos a este punto alegan que es posible identificar por "test", los niños predispuestos a la delincuencia. Otra solución propone que los niños sean seleccionados por sus profesores, y que esta elección esté basada en sus rarezas, rebeliones, etc.., que estimen puedan ser una predisposición de la delincuencia; o que esta elección este basada sobre unas condiciones de vida deplorable. Esta forma de abordar la prevención de la delincuencia difiere de aquella que acabamos de describir, no solamente por la limitación de los individuos observados, sino también

jurídico que debía ser dispensado a los menores.

El primer centro de reforma con pautas de tratamiento modernas[459], fue el Reformatorio de Alcalá de Henares, denominado "Reformatorio para jóvenes delincuentes". En este centro podían ingresar los menores de veinte años de edad. En su regulación inicial no se estableció ningún método de tratamiento, aunque esta omisión se enmendó por el Decreto de 17 de Junio de 1901, que modificó en primer lugar el nombre, pasándose a denominar "Escuela Central de Reforma" y ampliándose la edad de ingreso hasta los veintitrés años. A partir de entonces se impulsa un proceso correctivo que se encontraba a cargo del personal de instituciones penitenciarias[460], diferencia fundamental con respecto a los demás centros de reforma privados y que constituía el antecedente necesario de los llamados centros de internamientos creados conforme a la actual LORPM. Desde el punto de vista técnico, la sustitución del nombre de escuela de reforma y corrección por la de "reformatorio", se debe al Real Decreto de 8 de Agosto de 1903, relativo al tratamiento de jóvenes delincuentes; aunque el mero cambio de denominación, de poco serviría a efectos prácticos, dada la forma en que se estaba llevando en otros países[461] en contraste con España, que no contaba con

---

por la naturaleza de los medios empleados. Además preconiza las medidas, que se dirigen a mejorar el medio en que viven. Una tercera concepción de la prevención preconiza la reducción de los reincidentes y la disminución del riesgo de delitos graves. Según esta concepción lo que debe ser evitado, principalmente es la agravación de la delincuencia, su continuidad, más que su aparición. Los planes de esta tercera tendencia, se dirigen, en gran parte a los niños, cuya actividad es ilegal y que a lo mejor ya han sido objeto de procedimiento penal.

[459]Vid.RÍOS MARTÍN, J.C., ob. cit,p.173.

[460]Vid.RÍOS MARTÍN, J.C., ob.cit, p. 173, citando a Palacios Sánchez, en "la enseñanza en las instituciones especiales para la reforma de menores", para quien el proceso correctivo se basa en cuatro periodos. En el primero era obligatoria la asistencia a la escuela y al taller. Para acceder al segundo, era preciso que por su aportación en el primero se hicieran acreedores de ellos. Con el fin de incorporarse al tercer periodo, era necesario haber adquirido instrucción elemental. Y, por ultimo, en el cuarto figuraban los menores que habían sobresalido de manera notable. En éste se recibía instrucción superior.

[461]Los principios relacionados con los denominados reformatorios fueron predicados en EEUU, donde se mostraban a favor de las penas de corta duración y de la libertad condicional, como medios para idóneos provocar la enmienda o corrección de los menores. Igualmente a principios del Siglo pasado, nace en Inglaterra el llamado *sitema Borstal o sistema de reformatorio*, que sería de aplicación a los jóvenes en edades comprendidas entre los 16 y los 20 años.

establecimientos idóneos para llevar a cabo la reforma de los menores

Entre las iniciativas privadas que pretendían suplir las ausencias estatales en materia de protección infantil, está la labor realizada por los religiosos en la Escuela o Asilo de Reforma Santa Rita, destinado a la función de corrección paternal y a la reforma de niños mayores de nueve años a quienes los TTM declaraban irresponsable y necesitaban medidas de tutela[462]. Destaca en Barcelona el patronato de Toribio Durán que se volcó en la sección de jóvenes de la prisión correccional, y que llegó a ser considerado como un apéndice del mismo. En ella, los jóvenes menores de 15 años se encontraban completamente separados de toda relación y contacto con los demás presos y penados, y se pretendía con ellos, un tratamiento educativo que contribuyera de modo eficaz a sustraerles de la holganza, del delito, y a iniciarles en la laboriosidad y la honradez[463].

Con carácter general, existieron escuelas de Reformas a lo largo de la geografía española que dieron origen al sistema educativo de la congregación terciaria capuchina, quienes introdujeron en el ámbito educacional, la llamada observación psicológica individualizada[464] como mecanismo

[462]Cfr.MONTERO PEDRERA, A. M., ob.cit. Pág 264.
[463]Vid.GARCÍA VALDÉS. C.,.ob.cit. Pág 88.
[464]Cfr.SÁNCHEZ VÁZQUEZ V., ob.cit,p. 49. Destacan la escuela de reforma creada por dicha congregación en Dos Hermanas, y las secciones de ambas en Yuste y Torrente. Del mismo modo, se subraya las Granjas Agrícolas como las de Vélez-Rubio, asilo Durán y la colonia de S. Hermenegildo. Con respecto a la gestión individualizada usada por dicha congregación, durante los primeros momentos se manifiesta una cierta inquietud por el estudio, asistemático aún, de los menores ingresados, con la finalidad de establecer una reeducación individualizada atendiendo a sus características personales. Como acreditación de esta circunstancia, se tiene referencias de la existencia de un fichero en la escuela de Santa Rita donde se recogían datos acerca de las condiciones físicas y fisiológicas de los menores. Se completaban con descripciones que los educadores hacían respecto del comportamiento en el centro rendimiento escolar, incidencias, etc. En el mismo sentido GONZÁLEZ GONZÁLEZ, E., Delincuencia Juvenil. Fundación Santa María, 1987. Madrid,p. 252, esta autora pone de manifiesto que uno de los principios educativos usado por los religiosos consistía en la diversidad del tratamiento de cada alumno, según el comportamiento, temperamento, carácter, cualidades, estado moral. Cada director de una casa de corrección llevaba un boletín o ficha de cada alumno, en el que debían llevar una nota exacta del comportamiento de los niños que tenían bajo su custodia, para poder dar cuenta de ello al superior local al fin cada semana. Esta observación y su anotación en la ficha semanal y mensual prescrita, tenía como fin un proceso continuado y gradual en la educación de cada uno de los jóvenes, en particular para formar su voluntad, su carácter y su voluntad.

necesario para el logro del perfeccionamiento educativo en los menores, y cuyo trabajo comienza a ser apreciado a partir de 1924, al albur de la revalorización y desarrollo del interés por la Psicología aplicada a la reeducación de los menores delincuentes[465]Todos los jóvenes y menores de los reformatorios[466] que regentaban estos religiosos, se admitían para un tiempo más bien largo o de duración indeterminada. Los reformatorios no eran casas de pensión o internados en los que se interrumpía la libertad vigilada. Eran establecimientos de tipo educativo, y no obstante, se disponía de una sección especial para el tratamiento adecuado de los menores que no se adaptaban al régimen corriente de la casa, o de los que por su indisciplina, perturbasen la marcha moral de las demás secciones o grupos[467]. Este sistema pedagógico fue el que se tendió a aplicar en la mayoría de las instituciones auxiliares de los TTM; en unos casos, porque muchas de ellas estaban encargadas directamente a esta congregación religiosa y en otros por la enorme influencia que los terciarios capuchinos ejercieron en el campo oficial de la reeducación[468]

Por el contrario, sobre el sistema pedagógico de los religiosos surgieron voces críticas. Fue la institución de "libre enseñanza" quien como corporación, realizó la más radical oposición y calificó a los religiosos encargados de las tareas reeducativas de faltos de función científica, de fomentadores de hipocresía, de falso paternalismo, de espíritu clerical y de dureza en el trato.[469] De

[465]Cfr. SÁNCHEZ VÁZQUEZ V., ob.cit,p. 49. El interés por conocer los métodos de reeducación de los menores delincuentes y un cierto afán de perfeccionamiento se puede apreciar en los viajes, que por estas fechas, realizan algunos religiosos. Así Javier de Valencia, en 1906, inicia los viajes de estudio por Europa (ROCA, 1981C) y en 1910, Domingo de Alboraya (1910), visita los principales establecimientos de Bélgica, Inglaterra, Francia y algunos de Italia, becado por el Ministerio de Gobernación. (…).

[466]Cfr. RÍOS MARTIN, JC., ob.cit,p.176. Las congregaciones religiosas dirigían la mayoría de los reformatorios, como dice Ríos Martín, los terciarios capuchinos tenían la dirección de los reformatorios de el Salvador de Amurrio, Príncipe de Asturias de Madrid, San Vicente Ferrer en Bujasot (Valencia), buen pastor en Zaragoza, o Nuestra Señora del Camino (Navarra).

[467]Cfr. MONTERO PEDRERA, A.M., ob.cit,p. 253.

[468]Cfr. MONTERO PEDRERA, A.M., ob.cit,p. 253., Destaca esta autora, en particular, la labor de Consejo Superior de protección de menores a través de Gabriel Maria Ibarra verdadero animador del mismo, hasta que llegó la Segunda República.

[469]Cfr. RÍOS MARTÍN JC., ob.cit,p. 177. En este mismo sentido MONTERO PEDRERA, A.M., ob.cit. pp. 253-254 nos dice: "(...) la institución de Libre Enseñanza, Burgallo (1916) Mora (1926),

hecho, ha sido en el aspecto disciplinario donde se han levantado más críticas por la dureza empleada, proporcionándoles un tratamiento casi carcelario, piensese que en el primer periodo de observación, los internos podían estar hasta dos meses en la celda[470] Además, las condiciones de vida en ellos, eran casi siempre atentatorias para la personalidad e integridad psíquica de los menores internados.[471] De este modo, el efecto provado en ellos era la reafirmación de su inadaptación que le conducía a un calllejón sin salida de la cárcel, al trauma caótico o a la misma muerte[472]. En los reformatorios el oscurantismo parecía presidir tales centros que eran considerados

Belda (1922), etc., escribieron sendas novelas, cuya trama principal se desarrollaba en Santa Rita y donde se condenaban la situación de los alumnos, siendo más ácidas la de Abraham Polcanco (1914), ex-alumno, que pronunció varias conferencias atacando el sistema de Santa Rita y publicó atacando a Dato, Maura y otros políticos por permitir las irregularidades por él denunciadas y no realizar las oportunas investigaciones para constatar la veracidad de sus afirmaciones".

[470]Cfr. MONTERO PEDRERA, A.M., ob.cit. pp. 253-254.

[471]Cfr. GONZÁLEZ GONZÁLEZ, E., Delincuencia Juvenil. Fundación Santa María, 1987. Madrid,p. 126.

[472]El día 15 de Octubre de 2012 el diario noticas.lainformación.com/mundo/el-reformatorio, publicó una noticia ciertamente estremecedora, titulada " el reformatorio del horror: más de 50 cadáveres enterrados en un antiguo centro para jóvenes problemáticos de EEUU". Se trata de la Escuela Industrial para jóvenes Arthur G.Dozier de Marianna, una pequeña localidad a penas cien Kilómetros de Tallhassee, la capital del Estado. Estos Jóvenes fueron internados bajo la autoridad que proporcionaba el denominado sistema tutelar. El único delito de estos jóvenes supuestamente violentos, era ser huérfanos, provenir de hogares con padres demasiado autoritarios o ser víctimas de abusos, físicos y sexuales. Daba igual, todos acaban realizando trabajos forzados en sus granjas con la connivencia de generaciones de políticos y jueces locales. Fuera de todo, la escuela parecía un lugar idílico, con enormes edificios de ladrillo naranja, piscina olímpica o campo de fútbol americano; coartada perfecta para encubrir casi un siglo de maltrato juvenil. Así, lo afirma el antiguo alumno Roer Deán Coser, quien asegura que entre los años 1959 y 1961, según narra en la web de antiguos alumnos maltratados del centro, especificando que detrás de toda esa belleza se escondían palizas, violaciones e incluso asesinatos. Medio siglo después este alumno decidió relatar sus vivencias que provocó una exhaustiva investigación, imputada por el propio gobernador del Estado. El profesor Richard Estabrook confirmaron que 84 menores murieron en el centro, en cuyos registros únicamente constan 31 fallecimientos "oficiales", recordados por unas cuantas cruces de madera en un pequeños cementerio situado en el jardín trasero complejo. Estos parecen que perdieron su vida por causas naturales, incluidos los que murieron en el incendio de 1914 o los que fallecieron víctimas del brote de gripe 1918. Del resto de los desaparecidos, aún no se sabe nada. La mayoría de estos chavales se evaporaron en la década de los 60, la más dura entre los muros del complejo educativo. Los investigadores peinaron los terrenos adyacentes en busca de los restos de los al menos 50 menores que presuntamente fallecieron por las torturas que le inflingieron los cuidadores y de los que nunca se volvió a saber. En este mismo sentido, la asociación de sobrevivientes irlandeses de Abusos a niños (SOCA) a partir de los años 2000 convocó un tribunal especial para investigar exhaustivamente a las órdenes religiosas de algunos países, en algunos casos remitiéndose a décadas atrás en donde se han cometido los actos más crueles. SOCA logró documentar una serie de historias y relatos de daños emocionales, criminales y civiles, cometidos

como retretes donde la sociedad capitalista defecaba. Estos lugares, nunca han estado a la luz, oscuros, retirados, ocultos, disimulados...su olores han sido soportados por las clases más empobrecidas del pueblo, hijos de familias rotas y desheredadas de la fortuna[473] Ahora bien, las repetidas acusaciones de los institucionalistas, sobre todo aquellas por la que se tachaban a los educadores de los reformatorios de falta de formación científica, indujo a la comisión directiva de los tribunales tutelares a legislar sobre este asunto. En1926 se aprobó una Real Orden donde se exigía al personal directivo de los reformatorios una determinada formación específica en temas de menores.[474] a la que ya hemos tenido ocasión de aludir.

En síntesis, los principios rectores que fueron inspiradores de los internados fueron: 1.- los delincuentes jóvenes deberían estar separados de los adultos. 2.-Los delincuentes tenían que ser apartados de su medio y encerrados por su propio bien y protección. 3.- Los delincuentes debían ser enviados al reformatorio sin proceso y con los requisitos legales mínimos. No era preciso un proceso en regla, puesto que los reformatorios debían reformar y no castigar. 4.-las sentencias serían indeterminadas para que los reclusos fueran alentados a cooperar en su propia reforma. 5.- No debían confundir reforma con sentimentalismo. Sólo se requería el castigo mientras fuera conveniente para la persona castigada y después que se hubiesen agotado los demás métodos. 6.- El trabajo, la enseñanza y la religión constituían la esencia del programa de reforma .[475].

por parte de sacerdotes y monjas, sufrido por menores en organizaciones e instituciones religiosas. También algunas investigaciones y estudios dado a conocer por la Universidad de Salamanca, Ministerio de Asuntos sociales de España, algunas iglesias, estudios de la " Junta Nacional de Revisión" en EU, archidiócesis de los Ángeles, dan a conocer algunos casos de sacerdotes enjuiciados y otros investigados en varios lugares. Vid, www.animalpolítico.com/2012/03, de 26 de Marzo, Sobre crimines cometidos por religiosos a nivel mundial.

[473]Cfr. RIOS MARTIN, JC., ob.cit,p. 177.

[474]Vid. SÁNCHEZ VÁZQUEZ, V., ob.cit,p. 51

[475]Vid. LÓPEZ RIOCEREZO, JOSE MARÍA., Delincuencia Juvenil. Política Recuperativa. Tomo II. Editorial Victoriano Suárez. Madrid.1956,p. 82, citando a PLATT.

2.4.-Los tribunales tutelares de menores.

2.4.1.-La ley de los Tribunales Tutelares de menores de 1918. Su significación.

El inicio de Siglo XX asiste a una fijación de la categoría socio-penal de niño, que tiene como puntos de referencia, la ciencia psicológica y la estructura diferenciada del control social[476], que unido a la repercusión práctica de nuevas corrientes criminológicas, abre la petición a finales del S.XIX y principio del S.XX, de la existencia de tribunales especiales de menores, que desde una óptica alejada de los presupuestos del derecho penal general, permitieran llevar a cabo el afán preventivo-proteccionista y un tratamiento separado de niños y adultos[477] En un contexto en el que la moral y las instituciones católicas tenían un marcado peso, se publica el Decreto-Ley sobre creación y funcionamiento de los Tribunales para niños, según denominación que la misma ley otorgó a estos organismos[478] Con la publicación de esta ley, nace un sistema legal imperfecto, esencialmente asistemático, que originará un régimen legal de menores basado en criterios disciplinarios y asistenciales[479] Desde el punto de vista procedimental, la Ley prescindía de toda

[476] Cfr. CABRAL DO SANTOS, M.A., Criança e criminalidade no inio do século, en DEL PRIORE, M.(org), Historia das crianças no Brasil, Contexto, São Paulo, 1999,p.226.

[477]Cfr. AMICH ELÍAS, CRISTINA., Normativa jurídico-penal sobre la infancia y juventud delincuente en la dictadura franquista, en cuadernos de historia del derecho, Brasil. 2009,p. 77. También MONTERO PREDERA, A,M., El Tribunal tutelar de Sevilla, una alternativa para los menores delincuentes a principios de S.XX. Ediciones Universidad de Salamanca. 2003, p. 263 "se observa como antes de 1919, las opiniones a favor de la especialización del procedimiento judicial y del establecimiento a favor de los jueces exclusivos para niños son crecientes, se puede citar a López Nuñez, Alice Pestaña, Zarandieta o Cuello Calón. Todos influidos por el pensamiento de Dorado Montero, Concepción Arenal y por las experiencias llevadas a cabo en Europa y América comienzan a tomar cuerpo en la doctrina española. Tampoco se puede olvidar a Juderías, que se ocupó ampliamente del tema de la infancia desprotegida, abandonada y delincuente, desde un punto de vista social"

[478]Cfr. PÉREZ VITORIA, O.,ob.cit,p. 87. Este autor explica que un proyecto de organización de los tribunales de menores no surge en nuestra patria, hasta que Arias Miranda lo propuso allá por el año 1912. No obstante este proyecto no llegó a convertirse en Ley. Fue entonces, Don Avelino Montero Ríos, quien a través de una proposición de ley sobre Tribunales para niños, logró el 2 de Agosto de 1918 publicar la ley de bases, y el 25 de Noviembre del mismo año se aprobó el Decreto-Ley sobre creación y funcionamiento de *los tribunales para niños,* según denominación que la misma ley otorgó a estos organismos.

[479]Cfr. RÍOS MARTÍN, JC., ob. Cit,p. 102.

formalidad y ritualismo procesal típico de la actividad jurisdiccional.

La creación de los Tribunales Tutelares de menores y el sistema de minoría de edad penal a partir del criterio biológico introducido posteriormente por el código penal de 1928, pareció cerrar de una manera definitiva la organización del sistema Tutelar. Ahora bien, no fue un buen augurio el hecho de que desde la promulgación de la ley hasta escasos siete años después, únicamente se hubieran creado tribunales en doce provincias, con unos medios muy precarios, por lo que se vaticinaba dificultades prácticas. Estos tribunales, utilizaron para el cumplimiento de sus resoluciones las casas de reformas ya existentes. Así, el primero de estos tribunales se creó en Bilbao el 20 de Abril de 1920 y dispuso como lugar de internamiento para el cumplimiento de su resoluciones de la *Casa Reformatorio de Salvador*, regentada por los Terciarios Capuchinos y que se constituirá en la primera institución receptora de los menores juzgados por los tribunales para niños. Ahora bien, la escasez de estos tribunales en la geografía española fue patente. La inexistencia de Tribunales Tutelares[480] repartidos de manera uniforme por todo el territorio Español, motivó situaciones de desigualdad que determinó un tratamiento diferenciado dependiendo de lo azaroso de la ubicación de la convivencia del menor[481]. Mientras tanto, los menores delincuentes en las

[480]Cfr. ROCA, T., ob.cit,p. 313., Este autor escribía " que cinco años de vida del primer tribunal para niños en España y poco menos creados con posterioridad habían sido suficientes para contrastar la primitiva ley con la realidad".

[481] El código Penal de 1928, disponía en su art. 56., "Es irresponsable el menor de 16 años. El presunto responsable en cualquier concepto de una infracción criminal de las definidas en éste código o en leyes especiales, que no haya cumplido 16 años, será sometido a la jurisdicción especial del competente tribunal tutelar para niños. Pero mientras exista algún territorio al que no alcance la jurisdicción de los tribunales tutelares, se aplicará lo que preceptúa el artículo 855". Y para afianzar la aplicación de esta norma, se recogió una Disposición Transitoria, que permitía la aplicación del régimen anterior, con algunas diferencias: " En las provincias del Reino en que no existan aún Tribunales Tutelares para niños y mientras estos organismos no se establezcan en ellas, se aplicarán las siguientes reglas: a) están exentos de responsabilidad: 1. - Los menores de 9 años. Cuando estos ejecuten algún hecho tipificado como delito o falta, serán entregados a sus familias con la obligación de vigilarlos y educarlos. 2.- Los mayores de 9 y menores de 16, a no ser que hubieren obrado con discernimiento. El ttribunal Sentenciador hará declaración expresa sobre este punto, para imponer las penas o declararles irresponsables. b) Los menores comprendidos entre las expresadas edades, acusados por delitos o faltas cometidos en territorio al cual alcance la jurisdicción de algún Tribunal tutelar para niños, no podrán ser sometidos a otros procedimientos ni

provincias desprovistas de tribunales para niños, que fueron la mayoría hasta la entrada en vigor del código penal de 1932, eran juzgados por tribunales comunes. Este retraso parecía justificarse no sólo por cuestiones económicas, sino por el hecho de que la normativa de menores exigía que la constitución de estos Tribunales en una localidad determinada, requiriera de la previa infraestructura a través de establecimientos idóneos para el cumplimiento de las funciones de corrección y reforma.[482] Es significativo, que se promulgara la ley, contando sólo con un reformatorio de carácter estatal, el de Alcalá de Henares y tres dependientes de asociaciones privadas (Santa Rita, Toribio Duran y Dos Hermanas).

---

sanciones que los autorizados por la ley y Reglamento reguladores de dichos Tribunales tutelares. c) *Cuando al lugar donde se cometió el delito o falta no alcance la jurisdicción de ningún Tribunal tutelar para niños*, el mayor de nueve años y menor de dieciséis responsable de la infracción, será juzgado conforme a los preceptos de la ley de Enjuiciamiento criminal y le serán aplicados los del Código o de la ley penal que corresponda; pero durante el proceso no sufrirá en ningún caso prisión preventiva en los establecimientos destinados a este fin, si bien el Juez instructor podrá acordar su reclusión provisional en asilos o establecimientos destinados al cuidado de la infancia, cuya designación facilitaran los Alcaldes, a cargo de los Ayuntamientos respectivos; y cuando recaiga sentencia condenatoria, el Tribunal sentenciador otorgará siempre el beneficio de suspensión de condena por un año, transcurrido el cual sin que el reo haya delinquido de nuevo, considerará remitida la condena. La suspensión de condena se otorgará a los menores de dieciséis años, aunque tuvieran pendientes otras, y el fallo o fallos en suspenso sólo serán ejecutados cuando el reo delinquiera de nuevo después de cumplir los dieciséis años y corriendo el plazo de la suspensión. Durante el periodo de suspensión de la condena, el Tribunal sentenciador podrá someter a estos menores, en lo posible, a las medidas protectoras contenidas en la regulación de los Tribunales tutelares para niños (...)"

[482]Cfr. SÁNCHEZ VÁZQUEZ, V., ob.cit. pp 37 y ss. En este mismo sentido, MONTERO PREDERA, A. M., ob.cit, p. 263. Avelino Montero Ríos reconoce esta necesidad en el proyecto de exposición que elevaba al Gobierno, donde indicaba que estos establecimientos debían ser casas de detención y observación donde se realizaba la observación moral y física a la espera de comparecer ante el tribunal; Reformatorios o Colonias benéficas de trabajo, en cuyas instituciones los menores recibían educación e instrucción o formación profesional; y "Casas de familia" donde pequeños grupos de diez o doce menores, bajo el cuidado de la persona técnica adecuada, vivían juntos y acudían a trabajar a talleres, fábricas o establecimientos mecantiles e industriales existentes en la población. En el mismo sentido, Vid. GONZÁLEZ, M., Los tribunales para niños, creación y desarrollo, historia de la educación, Salamanca, nº18 .1999,p. 123. De este modo, para implantar los Tribunales, en cada provincia debían existir previamente Casa de Detención y una o varias Casas de Familia, y en la localidad donde estuviese Audiencia territorial o en el lugar que el Consejo de Protección a la Infancia acordase, se establecería un "reformatorio" o "Colonia Benéfica de Trabajo". La libertad vigilada de menores sometidos a acción tutelar, por parte del tribunal, estaría combinada con este sistema, por medio de delegados de protección de la infancia que dirigían y vigilaban al menor y a los lugares donde desarrollaban sus tareas (talleres, fábricas). Vid. Art. 125 del Reglamento de la ley de 3 de Febrero de 1929.

El advenimiento de la República[483] tampoco supuso un impulso considerable a estos fines, pues funcionaban en España veintidós tribunales para niños sin que ningún gobierno republicano instaurara Tribunales nuevos, limitándose unos y otros a realizar reformas puntuales a la Ley, dirigidas más a ejercer control político sobre sus órganos que a desarrollar socialmente la protección jurídica de los menores.[484] Además, era el momento idóneo para achacar la falta de éxito del proceso a la instituciones religiosas que se se encontraban al cargo de los establecimiento correccionales.[485] Paralelamente y como es lógico, el discruso de la época se apresuró a eliminar "la falta de creencias religiosas" como una de las causas de la delincuencia y a prescindir de la pedagogía correccional

[483] El Código Penal Republicano de 1932 mantuvo el mínimo de edad a los 16 años y los Tribunales Tutelares de menores. Este Código deroga a partir de su artículo 8.2 conforme a lo expuesto en su Exposición de motivos, el régimen previsto en el código penal de 1928, en el sentido que equipara las provincias en las que existían tribunales tutelares de menores y las que no; de tal modo o manera, que se permite que el juez instructor aplique por igual la ley, ordenando el internamiento de los menores en una institución de protección, manteniéndose la atenuación de la pena hasta los 18 años. Es a partir de la edad de 16 años, cuando comienza la aplicación del sistema penal de adultos, en tanto que los menores de dicha edad, quedan sometidos a las medidas de seguridad dispuestas por los Tribunales Tutelares de menores.

[484]Cfr.SÁNCHEZ VÁZQUEZ, V., ob.cit,p.3 "Durante la república y en concreto la ley 16 de Junio de 1931 se llevó a cabo la tercera reforma de la ley, que afectó a la parte Orgánica. Se llevaron a cabo diversas modificaciones; por ejemplo en materia de competencia objetiva, se suprimieron aquellas conductas tipificadas como infracciones en el estatuto provincial y municipal. Así mismo, se modificaron las disposiciones legales, tipificadas como faltas, que estaban relacionadas con los actos que atentaban contra los menores de 16 años. También sufrieron cambios las normas referentes a las suspensiones del derecho guarda y educación que con arreglo al código penal de 1928, se deducían de la comisión de determinados delitos y faltas en perjuicio del menor".

[485]Para la instrucción del personal que se encontraba a cargo de los menores nació La Real Orden de 14 de Mayo de 1926 sobre el personal de las instituciones de corrección y señalaba "que para su selección no basta la mera confianza en el título y tampoco admitir vocación inculta y que era necesario que el personal directivo tuviera conocimientos de psicología, pedagogía, y derecho del menor". Se trataba de una importantísima R.O que va a dar lugar a los primeros e inmediatos cursos y cursillos de la Casa del Salvador y del Reformatorio príncipe de Asturias, para la preparación científica de los directivos y educadores de la época. Del mismo modo, la Real Orden de 2 de Junio de 1928, creó el Centro de Estudios en el Reformatorio príncipe de Asturias de Madrid (que se suspendió el año 1931) Y acogiéndose a esta norma y a la iniciativa privada del patronato, se crea el Centro de Estudios de la Casa Reformatorio del Salvador de Amurrio, que se ha encargó de impartir los cursos de especialización psicopedagógica hasta nuestros días. Estos cursos paliaban de algún modo las voces críticas acerca de la educación religiosa. (Vid, SURGAM, Introducción: un compromiso pedagógico,p. 6 disponible en www.surgam.org>artículos)

basada en la asunción del catolicismo y todos sus cultos, (misas, rosarios, novenas), al contrario de lo que ocurría en los años anteriores y de lo que sucederá durante la dictadura franquista. El sistema de protección no se completó hasta 1954 cuando se creó el último Tribunal para niños en Segovia.

En el aspecto competencial y adjetivo, los tribunales para niños conocían de los delitos y faltas atribuidos a niños menores de 15 años. Esta competencia resulta posteriormente ampliada a los menores de 16 años en la ley Tutelar posterior de 1925. Por lo que respecta al procedimiento, la ley obvia y arrincona la aplicación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en pro de un procedimiento paternal y sencillo[486]. Los tribunales tutelares debía ser unipersonales sin que el menor a presencia del mismo, necesitase de acusación ni de defensa[487] No trata de acusarle, sino simplemente de protegerle, en beneficio propio y del Estado, y esta protección, esta defensa, debía correr precisamente de una manera exclusiva, a cargo del propio Tribunal, del propio juez , que mediante medidas adecuadas trataba de readaptarlo y encauzarlo normalmente en la vida social[488] En estas condiciones procedimentales el juez podía dictar las siguientes medidas para el niño infractor: Reprenderlo públicamente, someterlo a libertad vigilada, o privarlo de libertad en un establecimiento de reforma.

Por último, la LTTM fue objeto de sucesivas reformas. La más completa fue la de 1929 porque además de lograr una armónica adaptación de la ley al Código Penal,se recogieron algunas enseñanzas prácticas que facilitaron la actuación de los Tribunales tutelares. La novedad se centra en que incluye la facultad reformadora entre las funciones de los tribunales Tutelares de menores, lo

[486]Como más adelante se verá, esta ausencia de predeterminación procedimental previa va a generar numerosas críticas hacía la LTTM sobre todo a partir de la entrada en vigor de nuestra Constitución en 1973.

[487]Vid. PÉREZ VITORIA, O., ob.cit,p.99 **"** el mantenimiento del Ministerio Fiscal y del Abogado defensor, no constituyen sino una desvirtuación del objeto primordial de los tribunales de menores y un residuo inaceptable de la concepción represiva, que por el momento debe quedar reducida al enjuiciamiento de los delincuentes adultos"

[488]Cfr. PÉREZ VITORIA, O., ob.cit,p.99.

que implicaba que estos podían someter a reforma a los menores prostituidos o vagabundos que, a juicio del Tribunal, necesitasen de ello con carácter urgente. Posteriormente, a través de la propiciada por la ley de 1940, se restablecieron, infracciones contra leyes Municipales y la facultad exclusiva del Tribunal para decretar la suspensión del derecho de los padres y tutores a la guarda y educación del menor. Con los Decretos de 11 de Junio y 2 de Julio de 1948 terminó todo el proceso legislativo tutelar.

2.4.2.- La ley de tribunales Tutelares de menores de 1948. La facultad reformadora y la facultad protectora. La llamada doctrina de la situación irregular.

La doctrina venía reclamando que los tribunales para niños entendieran de cuantas cuestiones concerniesen a la protección y educación del menor (alimentos, suspensión de la patria potestad, situación de los menores de edad en caso de divorcio de sus padres) dejando únicamente para la jurisdicción ordinaria, los asuntos referentes a la división de bienes, que por su especial naturaleza era preciso someter a tribunales más rígidos[489]. Esta petición caracterizada por un incremento competencial de los TTM fue objeto de debate en distintos congresos, tratándose en la X Sesión de la Asociación Internacional para la Protección de la Infancia celebrada en Lisboa en octubre de 1931, como en el IX Congreso Internacional Penal y Penitenciario de Berlín de 1935, y la XII sesión de la Asociación Internacional para la protección de la Infancia celebrada en París en 1937. Las opiniones vertidas en los mismos, fueron ampliamente favorables a la ampliación de las competencias atribuidas. En España, este incremento competencial pudo contemplarse, bajo la LTTM de 1948[490], cuya competencia objetiva se regulaba en el artículo 9.1 de la misma, que distribuidos en tres apartados acogía la fórmula reformadora, en tanto que su párrafo 3, se decantaba

[489]Vid. PÉREZ VITORIA, O., ob.cit,p. 102.

[490] Fue aprobada por el Decreto de 11 de Junio de 1948, y publicado en el B.O de 19 de Julio, bajo la formula "texto refundido de la Ley sobre Tribunales Tutelares de menores, reglamento de ejecución y estatuto de la unión de dichos tribunales".

por la protectora, abarcando supuestos relacionados con el derecho civil de familia. Esta amplitud competencial supuso que la LTTM no distinguiera entre quienes violaban la ley penal y quienes debían ser protegidos, existiendo en su regulación procesal una total ausencia de garantías. El TTM en sus procedimientos, no se sometía a las reglas procesales vigentes en las demás jurisdicciones., su sesiones no eran públicas[491], no se contemplaba la figura del fiscal ni del abogado defensor[492] y sus decisiones tomaban el nombre de acuerdo[493] Esta falta de elementos consustanciales a las garantías procedimentales, determinaron que los valores de carácter ético en que se inspiraba el modelo correccional, contribuyeran a otorgar una equivocada respuesta a la delincuencia juvenil, similar al enjuiciamiento represivo del orden penal, o incluso más grave.[494] Para Vives Antón[495], la reacción sustitutiva de la pena, impuesta por los TTM, podía ser incluso más grave que aquella, pudiendo decretarse en uso de la facultad reformadora o protectora.

[491]Cfr. CUELLO CALÓN, E., Derecho penal, conforme al código penal, texto refundido de 1944. Editorial Bosch. Barcelona. 1960,p. 829. Donde el autor expresa que uno de las rasgos típicos de estos organismos es la celebración de sus sesiones en locales especiales donde, por regla general, el público no es admitido. "Se quiere evitar dar publicidad de las sesiones por considerarla nociva a la moralidad del niño, sobre todo teniendo en cuenta el público especial que suele concurrir a las salas de audiencia, y por otra parte, alejar de los niños la ignominia de ser juzgados en los mismos locales en que comparecen los ladrones y asesinos"

[492]Cfr. CUELLO CALÓN, E., ult.ob.cit. pp. 828 y 829. Como expresa el autor, la presencia de un abogado defensor no se considera necesaria en los tribunales de tipo tutelar, pues no se trata en estos Tribunales de imponer penas, ni es posible, por tanto, poner en peligro derecho alguno., por el contrario en los Tribunales de carácter judicial se estima imprescindible sus asistencia. Lo mismo ocurre con la presencia del fiscal, que no se concibe y tiene irreductibles adversarios, pues siendo su misión puramente penal no tiene razón su presencia en un Tribunal estrictamente tutelar.

[493]Cfr. CUELLO CALÓN, E., ult.ob.cit,p. 836

[494]Cfr. VENTA SASTRE, R.,ob.cit,p. 374

[495]Cfr. VIVES ANTÓN, T.S., Constitución y derecho penal de menores, en la libertad como pretexto. Valencia. 1995,p. 238

2.4.2.1.-La facultad reformadora.

En relación al uso de la facultad reformadora por los TTM, el artículo 9.1 a) de la LTTM, disponía que aquellos eran competentes para conocer de las acciones u omisiones atribuidas a los menores de 16 años que el Código Penal o leyes especiales califiquen como delitos o faltas, y de las infracciones consignadas en los estatutos provincial[496] y municipal, sin otra excepción que los delitos o faltas de carácter militar que se atribuyeran a los menores filiados en el Ejercito o en la Marina de guerra[497]. También este artículo establecía la competencia del Tribunal para conocer los casos de los menores de 16 años, prostituidos, licenciosos, vagos y vagabundos. En este sentido, la represiva ley republicana de vagos y maleantes de 4 de Agosto de 1933[498] (a partir de ahora LVM) a través de su artículo 1º, contribuyó a ampliar la competencia de estos tribunales, disponiendo que los menores de 18 años en estado peligroso[499], serían sometidos a la jurisdicción de los tribunales

[496]Destaca durante el periodo franquista el Estatuto provincial de 20 de Marzo de 1941, que recogía en su artículo 41, los actos contrarios a la moral y la decencia pública y las faltas de obediencia o respeto a la autoridad, copia del antiguo artículo 22 de la Ley Provincial de 1882.

[497]Vid. PÉREZ VITORIA, O.,ob.cit,p.110. En relación con la competencia, este autor refiere que además la misma se extendía a juzgar a los padres y tutores que descuidasen a sus hijos o pupilos menores de 16 años, como también a los que encuentran abandonado un menor de siete años con peligro de su vida y no lo colocan en lugar seguro, o a los que proporcionan a los menores bebidas alcohólicas, corrompen a sus hijos y les facilitan o promueven la prostitución, mendicidad o vagancia., y los que empleen menores de 16 años en representaciones teatrales, artísticas y literarias.

[498] La ley de Vagos y Maleantes de 4 de Agosto 1933(publicada en la Gaceta de Madrid, nº217, el 5 de Agosto de 1933) llevaba por rúbrica en su título primero "Estados peligrosos y medidas de seguridad", definiendo en el capítulo 1º las distintas categorías de Estado Peligroso y en su capitulo 2º las medidas de seguridad, entre las que figuraban distintos internamientos, bien fuese en establecimiento de régimen de trabajo o colonias agrícolas, que no podría exceder de 3 años o en establecimiento de custodia por un tiempo que no podían exceder de 5 años, así como el aislamiento curativo en casas de templaza por tiempo indeterminado, o la incautación o pérdida en favor del Estado, de dinero o efectos, entre otras.

[499]Cfr. Art. 2 de la LVM, disponía que podrán ser declarado en estado peligroso y sometidos de la presente ley: 1.-) Los vagos habituales, 2.-) Los rufianes y proxenetas, 3.-) los que no justifiquen, cuando legítimamente fueren requeridos para ello por las autoridades y sus agentes, la posesión o procedencia del dinero o efectos que se hallaren en su poder o que hubieren entregado a otros para su inversión o custodia, 4.-) Los mendigos profesionales y los que vivan de la mendicidad ajena o exploten a menores de edad, a enfermos mentales o a lisiados, 5.-) Los que exploten juegos prohibidos o cooperen con los explotadores a sabiendas de esta actividad ilícita, en cualquier forma. 6.-) Los ebrios y los toxicómanos habituales, 7.-) Los que para su consumo inmediato suministren

tutelares de menores, a los que se les aplicarán las mismas medidas que a los menores de 16 años. La ley de Vagos y Maleantes creaba la situación de estado peligroso cuyo concepto se extendía a diez apartados por los que se criminal izaban conductas de carácter no delictivas, en la que podían incurrir los jóvenes en las edades referidas. Cuello Calón, lejos de poner en tela de juicio los fundamentos predelictuales de esta disposición que abarcaba desde la mendicidad hasta la vagancia, la criticaba desde el punto de vista de la posible ineficacia del sistema tutelar para prevenir tales situaciones, ya que su juicio la LVM encerraba graves riesgos, porque el sentido tutelar que inspiraba a los TTM no era adecuado para esta clase de menores, y también, porque las instituciones auxiliares con las que contaba estos organismos no eran aptas para intentar su corrección[500].

Las disposiciones de la LTTM y sus normas complementarias, determinaban que el mecanismo de la función reformadora se iniciaba por la afrenta del menor de 16 años hacía dos tipos de injustos de diferente categoría; penal uno, y administrativo el otro; por lo que LTTM realizaba por un lado una remisión a la disposiciones del Código Penal, y por otro a leyes provinciales y municipales. A partir de esta técnica remisoria cabe admitir, que la LTTM aceptaba el carácter unitario del ordenamiento jurídico penal, por cuanto toda comisión del injusto previsto en el código penal requiere tanto la concurrencia del elemento objetivo como subjetivo del tipo, y en concreto, este último, difícil será predicable en un menor de edad, que al ser inimputable, no tiene

vino o bebidas espirituosas a menores de 14 años en lugares y establecimientos públicos o en instituciones de educación e instrucción y los que de cualquier manera promuevan o favorezcan la embriaguez habitual, 8.-) Los que ocultaren su verdadero nombre, disimularen su personalidad o falsificaren su domicilio mediante requerimiento legítimo hecho por las autoridades o sus agentes, y los que usaren o tuvieren documentos de identidad falsos u ocultasen los propios, 9.-) Los extranjeros que quebrantaren una orden de expulsión del territorio nacional, 10.-) Los que observen conducta reveladora al delito, manifiesta: por el trato asiduo con delincuentes y maleantes; por la frecuencia de los lugares donde estos se reúnen habitualmente; por su concurrencia habitual a casas de juegos prohibidos, y por la comisión reiterada y frecuente de contravenciones penales.

[500]Cfr. CUELLO CALÓN, E., Criminalidad infantil y juvenil, ob.cit,p. 138.

capacidad de culpabilidad,[501] existiendo una evidente contradicción en sus fundamentos justificadores. No obstante, idéntica visión es perfectamente planteable en relación a la técnica remisoria de la tipicidad que estructura el actual código penal con la actual ley reguladora de la responsabilidad penal del menor. Por otro lado, y en relación con el segundo tipo de injusto[502] es difícil aceptar que toda infracción de un precepto administrativo o local motive la intervención del Tribunal de Menores. Esta situación suponía un mayor dislate cuando era posible que la infracción sea una norma de carácter local y no estatal, porque en definitiva, el tribunal tutelar iba a conocer de infracciones de normas administrativa a nivel municipal, pero no de las que suponían violación de leyes de esta naturaleza a nivel superior que el provincial. Por último, en relación con las medidas que podían imponerse en el ejercicio de la facultad reformadora, en los supuestos referidos, por el artículo 17 de la LTTM, se disponía que el Tribunal podrá adoptar en sus acuerdos, las medidas siguientes: 1.-Amonestación o breve internamiento[503], 2.- Dejar al menor en situación de libertad vigilada[504]. 3.- Colocarlo bajo la custodia de otra persona, familia o una sociedad tutelar, 4.-

[501]Vid. RÍOS MARTÍN, JC., ob.cit. pp. 144, 145.

[502]Vid. RÍOS MARTÍN, JC.,ob.cit.,p. 145. Tiene sus antecedentes en la ley de 13 de Diciembre de 1940, por lo que los Tribunales Tutelares conocerían de las infracciones del estatuto provincial y de la ley municipal de 31 de Diciembre de 1935. Estas conductas sancionaban actos contrarios a la moral y a la decencia pública, así como caminaban a la represión de la vagancia.

[503]Vid. GONZÁLEZ ZORRILLA, C., Jóvenes y Control social. La ideología de un tratamiento, en la experiencia española y sus alternativas. Madrid, U.A.M, 1987,p. 77. Este autor describe la medida de amonestación, como una conversación entre el juez y el menor en la que aquél, además de poner de relieve lo injusto de la conducta de éste, le insta a cambiar su comportamiento futuro. Otros autores, utilizan el término reprensión más que amonestación, otorgándole una mayor carga intimidatoria, a pesar de que se muestran contrarios a la utilización de esta medida como pena, pero no como medida correccional. En concreto, PÉREZ VITORIA, O., ob.cit. pp. 178, 179 para quien la reprensión ha sido acogida por algunas legislaciones, no como pena, sino como medida aplicable a los precoces delincuentes. Para él, la reprensión pública, por su carácter eminentemente penal, debe ser eliminada del catalogo de medidas de los Tribunales de menores. En cambio la represión privada sin solemnidad alguna aplicada paternalmente, que excita al amor propio del menor cuando éste no presenta una gran perversión del sentido moral, le parece recomendable, y muy en consonancia con el espíritu de la institución de la justicia infantil. Cuello Calón, en Criminalidad Infantil y Juvenil.,ob.cit. 187, nos dice "La reprensión pena debe proscribirse; la representación, medida correctiva, debe admitirse ampliamente". En todo caso, como escribe RÍOS MARTÍN. ob.cit, p.166. "Un juez que aparece un día en la vida del menor es percibido por éste como representante de la justicia, ajeno y represor; no existen, por tanto, las condiciones suficientes en el juez para que su mensaje tenga efectos, pedagógicos.

[504]Siguiendo a CUELLO CALÓN. E.,ob.cit, p. 143,144, históricamente la libertad vigilada consistía

Ingresarlo en un establecimiento de educación, observación o de reforma, de carácter oficial o particular. 5.- Ingresarlo en establecimientos especiales para menores enfermos, anormales o difíciles.

Por lo que respecta al sistema de elección de estas medidas, llama la atención, que el juez no debía atender, al hecho cometido, sino al examen de la personalidad del menor a fin de encontrar su problemática concreta; de esta forma, el carácter correctivo y tutelar de la medida adquiría eficacia[505]. Para completar las disposiciones de la LTTM nace el Decreto de 22 de Julio de 1942 (texto refundido 11 de Junio de 1948) que contiene otras muchas disposiciones complentarias, como las relativas a los delegados para la ejecución de la libertad vigilada y para la inspección de los establecimientos y guardadores[506] Como dice Pérez Vitoria[507], en todos estos casos, con excepción de la represención o breve internamiento, el respectivo tribunal designaba un delegado que se encargaba de la vigilancia del menor y de la persona, familia, sociedad o establecimiento a cuya custodia haya sido confiado.

2.4.2.2.-La facultad protectora. La doctrina de la situación irregular.

En este sentido es significativo que el 9.3 de la LTTM establecía la protección jurídica de los menores de 16 años tanto en supuestos derivados del CC por no haberse ejercido debidamente el derecho de guarda y educación, englobando los malos tratos, órdenes, consejos o ejemplos

en dejar al menor en libertad poniéndolo bajo la vigilancia de su familia, o de persona o institución durante un plazo de tiempo, si pasado este tiempo el niño no había dado lugar a queja alguna, terminaba la medida. En caso contrario, el juez podría adoptar una medida alternativa. La vigilancia, a juicio de ORTEGO COSTALES, J., en Prevención de las infracciones de menores. Pamplona. Eunsa. 1977,p.89, convertía al niño en sospechoso y consiguientemente generaba en él, un intento continúo de conseguir burlar al delegado de libertad vigilada, quien tenia la misión especifica de ser fiscalizadora de la conducta del menor.

[505]Cfr. RÍOS MARTÍN, JM., ob.cit,p. 162.

[506]Cfr. CUELLO CALÓN,E., Derecho penal, ob.cit,p. 837.

[507]Cfr. PÉREZ VITORIA, O., ob.cit,p. 192.

corruptores, como también los casos derivados de los números, 5,6,8,10, 11, 12 del antiguo artículo 584 del CP. Se trataba de una facultad por la que el Estado y las instituciones sociales sustituían a la familia ante cualquier problema que pudiera afectar al menor para el caso de que este estuviese en peligro, por la conducta indebida del titular de la patria potestad (malos tratos, relaciones incestuosas, mendicidad, prostitución), y se resolvía el conflicto con la pérdida de la misma y la adopción de medidas de carácter asistencial[508]. En concreto se consideraba maltratado el menor que había sufrido violencia física o psíquica, falta de atención, privación de afecto o abandono por parte de sus padres, personas e instituciones de los que depende su desarrollo o maduración.[509] En realidad, esta atribución competencial, permitió al Estado incrementar su interés tutelar sobre las clases más desfavorecidas, posibilitando la reiterada de la guardia y custodia e incluso de la patria potestad a los padres, para que los muchachos quedaran al amparo y control estatal por cuestiones de adoctrinamiento, colaborando además en la confusión entre menores peligrosos y menores en peligro[510].

A esta amplitud de facultades, debe añadirse la que obraba en el párrafo 3 del artículo 9 en el que se consignaba la atribución para conocer de los casos de menores de dieciséis años que se entregasen a la prostitución, vida licenciosa o al vagabundeo. Esta extensión competencial se extiende tanto al menor delincuente como al abandonado[511]. De esta suerte, se constituía una unión de facultades que gozaba de una gran indeterminación en su tipificación, al no definir que se entendía por vida licenciosa o de vagabundeo, mecanismos fácticos que dieron lugar a la llamada "doctrina de la situación irregular" que denunciaba justamente esta actuación simultanea: la tutelar

[508]Cfr. FERRÉ OLIVÉ, J.C, NÚÑEZ PAZ, M.A, RAMÍREZ BABOSA, P.A., (2010), en derecho penal colombiano, ob.cit. pp.754 y 755.
[509]Cfr. RÍOS MARTÍN, J.C., ob.cit,p. 154.
[510]Cfr. AMICH ELIAS, C., ob.cit,p. 107
[511]Cfr. BERISTAIN IPIÑA, A., Medidas penales en Derecho contemporáneo. Teoría, legislación positiva y realización práctica, Reus, Madrid, p. 144.

y la represiva[512]. En este contexto histórico, la declaración de Ginebra de 1928 daba aliento a esta doctrina, al prescribir que no debía hacerse distinción alguna entre los jóvenes que habían cometido una infracción penal y aquellos que se encontraban en circunstancia que exigían medidas de protección o programas de reeducación[513]

Esta unión de facultades atribuidas a los TTM además de generar por su ánimo benefactor, importantes expectativas para la recuperación de los menores, por el contrario, contaba con el reverso material de la pérdida de todo tipo de garantías, hasta las más elementales que pudieran corresponder a los adultos, como la duración indeterminada de las sanciones de internamiento Los problemas de conducta suponían un enjuiciamiento más administrativo que jurisdiccional, un procedimiento inquisitivo sin contradicción ni publicidad, una amplitud desmesurada del arbitrio en la valoración judicial y preordenación del instrumento penal a finalidades moralizadoras.[514] La extensión de la compentencia del tribunal a sujetos potencionalmente peligrosos se encontraba asociados a motivos socioeconómicos pero también morales o licenciosos[515].

Por otro lado, el tratamiento de los jóvenes fue endurecido en los últimos años de la dictadura franquista con la ley de peligrosidad y rehabilitación social de 4 de Agosto de 1970 (en adelante LPRS) que señalaba en los artículos 2º y 3º, que aquellos que se encontrasen en estado peligroso cuando ocurriesen alguno de los 15 índices de peligrosidad que se enumeran o aquellos enfermos o deficientes mentales que por su abandono o por la carencia de tratamiento adecuado signifiquen riesgo para la comunidad, debían ser puestos a disposición de los TTM que debían

[512]Vid. FERRÉ OLIVÉ, J.C/ NÚÑEZ PAZ, M.A/ RAMÍREZ BARBOSA, P.A., (2010), en derecho penal colombiano, ob.cit,p. 754.
[513]Cfr. CRUZ CRUZ, ELBA., El concepto de menores infractores, en Biblioteca jurídica virtual del instituto de investigaciones jurídicas de la Unam, Disponible en www.jurídicas.unam.mx.p.345
[514]Cfr. FERRÉ OLIVÉ, J.C/ NÚÑEZ PAZ, M.A/ RAMÍREZ BABOSA, P.A., (2010), en derecho penal colombiano, ob.cit,p. 756.
[515]En concepto extensivo se identifica con conductas como el juego, drogarse, embriagarse , etc,

adoptar alguna medida; contradicción patente con la propia ley que únicamente facultaba a estos para adoptarlas si lo estimaban oportuno[516]

Por otro lado, no cabe desconocer que la función preventiva de derecho penal de menores a través de los TTM utilizaba como herramientas fundamentales, la educación a través del adoctrinamiento político y religioso, que se ejercía no sólo en la escuela, sino también en los internados y los reformatorios, en los que ingresaban los jóvenes y niños por distintas causas, como hemos tenido ocasión de referir. Para los teóricos republicanos, la prevención de la criminalidad partía de coordenadas como la degeneración de las clases populares, defendiendo para el logro del bien de la familia y la eliminación de algunas causas de miseria, cuestiones como el divorcio, el control artificial de la natalidad, la equiparación de derechos de hijos legítimos e ilegítimos y la investigación de la paternidad, que para sus partidarios suponían auténticas causas de reducción de la delincuencia, mientras que para los ideólogos del franquismo serán muchos de estos cambios, presente en otras sociedades del entorno, como la norteamericana, los principales causantes del agravamiento delicuencial de los años posteriores[517] El régimen de franco, por su parte, quiso imponer un patrón de moralidad y aplicarlo desde la infancia, en el ejercicio de construir ciudadanos acordes con el sentimiento patrio y religioso.

En este orden de cosas, la visión del menor como un futurible de ciudadano, poseía la carga de instrumentalizar la educación al servicio de poder constituído, para profundizar en un adoctrinamiento social, político y religioso, que podía llevar a la aplicación de las causas referidas para justificar la intervención de los TTM. De hecho, en la facultad protectora de estos,

[516]Cfr. AMICH ELIAS, C., ob.cit,p. 86
[517]Cfr. AMICH ELIAS, C., ob,cit,p. 81

podemos encontrarse una criminalización de la pobreza. A la dictadura del general Franco, no interesaba tanto la pobreza en sí, como la degeneración moral que podía provocarse por cuestiones de índole socio-económicas y que en realidad escondían cuestiones de naturaleza ideológicas.[518] Las familias más desfavorecidas que no podían ejercer debidamente la patria potestad de sus hijos menores, incurrían en los supuestos previstos en la LTTM, cuyos motivos asistenciales y protectores, justificaban el internamiento de los mismos, con el consecuente adoctrinamiento referido. No obstante, el uso de esta instrumentación educativa en los menores, no ha sido patrimonio exclusivo en el contexto socio-político de España. A título de ejemplo, cabe señalar que en Canadá, con respecto a los nativos, las iglesias llevaron a cabo el trabajo de adoctrinamiento para el gobierno federal mediante la eliminación del contacto de los menores con sus familias, la prohibición de hablar lenguas natales, y la imposición de castigos crueles por practicar su espiritualidad y su cultura.[519] Es más, esta instrumentación a través de medidas de internamientos, lleva en ocasiones a extender desmesuradamente las causas que lo permiten, provocando un agravamiento de la indefinición jurídica de aquellas, como las que hemos referido en aplicación de la doctrina de la situación irregular. Esta

[518]Cfr. AMICH ELIAS, C., ob.cit,p. 107

[519]Disponible en www.animalpolítico.com/2012/03/, ob.cit. En artículo refiere que en la década de 1870 el gobierno Canadiense y las iglesias cristianas entre ellas, la Anglicana, Metodista y Presbiteriana, arrebataban a los niños nativos de sus padres para ser internados en escuelas residenciales. El objetivo del gobierno y de las iglesia según la "convención sobre el genocidio en Canadá" era "civilizar" a los nativos y transformarlos en europeos de piel oscura.

circunstancia, puede contemplarse en EEUU, que llegó a extender el concepto de huérfano, hasta el punto que fueron considerados tales los nacidos fuera del matrimonio bajo el estigma de ser "niños en pecado", quienes fueron entregados bajo el cuidado de la iglesia católica, y además utilizados para posibles experimentaciones médica, siendo falsamente diagnosticados como personas mentalmente incompetentes y como pacientes psicóticos[520]2.5- Manifestaciones extrapenales derivadas del derecho de corrección: el internamiento y los azotes. valoración jurídica actual.

2.5.1.-El internamiento.

Con anterioridad a las modificaciones introducidas por la LTTM, estaba prevista la posibilidad de encerrar al joven en la cárcel o en establecimientos de jóvenes delincuentes en los casos en los que no hubiera otro lugar disponible, o cuando expresamente el padre o madre pidieran

[520]Vid. El día 22 de Julio de 20111 el Diarioelpopular.com/2011/, publicó la actual investigación de los llamados "Huérfanos de Duplessis" como consecuencia de la admisión a trámite de una querella interpuesta por los presuntos crímenes cometidos en distintos orfanatos y hospitales psiquiátricos donde fueron internados miles de niños canadienses. Las ocho ordenes católicas acusadas por sus supuesta implicación con los escabrosos hechos son los Pequeños Franciscanos de María, Los hermanos de Nuestra Señora de la Misericordia, Las monjas grises, Las hermanas de la Misericordia, Las hermanas de la providencia, Las hermanas de la Caridad de Québec, las hermanas del buen pastor y las hermanas de Nuestra Señora Auxiliadora. Gracias al testimonio de 3000 supervivientes se ha descubierto que algunos niños internados eran víctimas de vejaciones sexuales, tortura y trabajo forzado. Unos 100000 niños de Quebec habrían desaparecido o sido asesinados, y miles de menores fueron diagnosticados erróneamente con retraso mental o fueron distribuidos ilegalmente en hospitales psiquiátricos ubicados en toda la provincia de Québec, el resto de Canadá y los EEUU. El testimonio de Clarina, es tremendamente escalofriante, pues tanto a ella como a su hermana Simone la enviaron a un manicomio a más de 1000 Km de su hogar. Allí clarina asegura que fue testigo de cómo los responsables del centro maltraban a los niños que se habían portado mal con castigos que iban de ponerles una camisa de fuerza o atarlos a la estructura de una cama sin colchón, con la cabeza inmovilizada por un collar de perro atado alrededor del cuello. El Vaticano a accedido a investigar lo sucedido en tales orfanatos.

que la detención se efectuase en dichos lugares.[521]Este tipo de internamiento se ejecutó inicialmente en centros de naturaleza privada con la evidente falta de garantías que venimos refiriendo. Y dado los abusos que se cometían en los distintos establecimientos de cumplimiento, se hizo necesaria la publicación de una normativa protectora de la infancia que ya venía reclamando la doctrina penitenciaria en distintas convenciones y consejos.[522]Nace así, la ley de 12 Agosto de 1904 de protección de la infancia[523], creadora del consejo superior de protección de la infancia, también conocida como Ley Tolosa, en conmemoración a su autor Manuel Latour, como posteriormente su Reglamento de desarrollo de fecha 24 de Enero 1908. De éste cabe destacar igualmente, que permitía la corrección paterna en menores delincuentes de 10 años[524] y que crea un servicio de inspección, para cuya misión se dividieron en distintas secciones: Puericultura, educación, protectora, vagancia y mendicidad, corrección paternal, jurídica y legislativa.

Por otro lado, en un intento de paliar la precaria situación carcelaria en la que vivían inmersos los llamados jóvenes corrigendos, se pretendió habilitar nuevos centros de reforma a través de la iniciativa pública. Por este motivo, la plasmación legislativa tuvo lugar a través de la llamada "estrategia Hospicial" que dio luz a la ley de 4 de Enero de 1883,[525] por la que se

[521]Cfr.Real Orden de 12 de Marzo de 1891.

[522]Vid.VEGA GIL, L, HERNÁNDEZ DÍAZ, JM, CEREZO MANRIQUE, JF y MARTÍN FRAILE, B., La Protección a la infancia y educación en Castilla y León (1900-1930), en Aula núm,10, Publicaciones de la Universidad de Salamanca, 1998,p. 223. Estos autores exponen la importancia del Consejo Penitenciario durante los primeros años del S.XX para la organización del Consejo Nacional de Educación Protectora de la Infancia, de este consejo nació posteriormente la Ley 12 Agosto de 1904, de protección de la infancia.

[523] Estas normas completamente independiente al derecho penal, crean un servicio de inspección, para cuya misión se dividieron en distintas secciones: Puericultura, educación, protectora, vagancia y mendicidad, corrección paternal, jurídica y legislativa.

[524]Vid. Reglamento de la Ley de Protección a la Infancia, aprobado por Real Decreto, de 24 de enero de 1908, artículo 1.

[525]Vid.TOMÁS ROCA, T., ob.cit,p. 50. De esta normativa surge posteriormente el reglamento para el Asilo de corrección paternal y Escuela de reforma para jóvenes de Santa Rita, establecido en Carabanchel bajo. La escuela de *Santa Rita* fue creada merced a una campaña iniciada en 1875 por el Jurisconsulto Francisco Lastres, al amparo de la ley de 4 de Enero de 1883, e inaugurada pocos años después a los pocos años de su puesta en funcionamiento. Llegó a tener plazas de pago, que fueron disputadas por familias acomodadas con hijos.

autorizaba a la Junta de Patronos a fundar asilos de corrección paterna y escuelas de reformas, donde recibirían educación correccional los jóvenes menores de 18 años. Muestra de ello, fue la publicación posterior de la Orden Circular del Ministerio de Gracia y justicia de 12 de Marzo de 1891, por la que se señalaban establecimientos o lugares en que podía cumplirse la corrección impuesta por los padres a sus hijos. Se trataba de establecer los mejores medios posibles para dar cumplimiento a las disposiciones del Código Civil contenidas sus artículos 155 y 156. A pesar de todo, ante la inexistencia de edificios apropiados, a salvo las excepciones de una media docena de instituciones radicadas en Madrid, Barcelona, Valladolid, Tarragona y Valencia- o cuando los padres lo solicitasen, se permitía el ingreso en establecimientos penitenciarios carcelarios a efectos de corrección.

En el aspecto sustantivo, aquella posibilidad de internamiento fue en parte solventada por la LTTM que estableció que en ningún caso los menores de 16 años podían ser recluidos en prisiones o departamentos policiales de detención, sin bien no hubo modificación alguna en lo que respecta a las facultades correctivas de los padres, y a que éstos encerrasen a sus hijos en este tipo de establecimientos por el tiempo que estimaran oportuno sin ningún control judicial[526] Es más, la modificación de la LTTM de 1940 añadió a esta facultad, a los menores de 16 años indisciplinados contenidos en los supuestos de insumisión, de los puntos 5 y 6 del artículo 583 del CP[527], pretendiendo conseguir con ello una orientación controladora y moralizante, propia de la dictadura franquista, que se impregnaba en el derecho de corrección paterno a quien se le concedía la posibilidad de llevar cabo detenciones y retenciones en establecimiento de instrucción o institutos legalmente autorizados, o en el establecimiento correccional correspondiente. La habilitación de

[526]Vid AMICH ELIAS, C., ob.cit,p.88

[527]Cfr. Art. 583.5 y 6 del Código Penal de 1944., (actos de insumisión previsto en el Libros III del Código Penal) define como agentes de esta insumisión: 5º) Los hijos de familia que faltasen al respeto y sumisión debido a sus padres. 6º) Los pupilos que cometiesen igual falta hacia sus tutores.

estas posibilidades de internamiento tenían como presupuesto fundamental el derecho de corrección referido por los artículos 155 y 156 del CC,[528] que se encontraba sujeto únicamente al requisito de lograr el visto bueno del juez, cuando se pretendiera el internamiento en un centro de naturaleza correccional, y que estuvieron en vigor hasta la reforma de la Ley 11/81 de 13 Mayo[529]. No obstante, dicha intervención judicial plasmada es un simple " visto bueno" carecía de control sobre la justicia/corrección de la decisión paterna. En el bien entendido, que al ser los padres quienes determinan la necesidad de la retención, suya es también la decisión de levantar o no el "castigo".[530]

2.5.2.-Los azotes. Valoración jurídica actual.

No puede negarse la connotación penitencial que ha tenido la pena de azotes desde un punto de vista religioso, ligada a la consecución de la perfección espiritual. La idea de la enmienda del pecado se mantendrá como una constante en la finalidad de la ejecución de la pena.[531] En los textos religiosos más antiguos, ya hay constancia de su aplicación.[532] No obstante, en su trayectoria

---

[528] De acuerdo, quizás, con el espíritu Romanista marcado por la consideración de los hijos como objetos propiedad del padre, El Articulo 155 del Código Civil de 1888, disponía que "*El padre, y en su defecto la madre, tienen respecto de sus hijos no emancipados: 1º. El deber de alimentarlos, tenerlos en su compañía, educarlos e instruirlos con arreglo a su fortuna, y representarlos en el ejercicio de todas las acciones que puedan redundar en su provecho. 2º. La facultad de corregirlos y castigarlos moderadamente*." Y el artículo 156 del CC que establecía que: *"El padre, y en su caso la madre, podrán impetrar el auxilio de la autoridad gubernativa, que deberá serles prestado en apoyo de su propia autoridad, sobre sus hijos no emancipados, ya en el interior del hogar doméstico, ya para la detención y aun para la retención de los mismos en establecimientos de instrucción o en institutos legalmente autorizados que los recibieren. Asimismo podrán reclamar la intervención del Juez municipal para imponer a sus hijos hasta un mes de detención en el establecimiento correccional destinado al efecto, bastando la orden del padre o de la madre, con el Vº. Bº del juez, para que la retención se realice. Lo dispuesto en los dos párrafos anteriores, comprende a los hijos legítimos, legitimados, naturales reconocidos o adoptivos*".

[529]A través del artículo 2 de la Ley de 9 de Junio de 1981, de modificación del código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico matrimonial, por el se modificaron los artículos 154 y 155 del CC, eliminando la facultad "castigar", pero manteniendo la facultad de corrección y castigo moderado de los padres respecto de sus hijos, en su artículo 154 del CC.

[530]Cfr. AMICH ELIAS, C., ob.cit,p.88.

[531]Cfr. SANZ DELGADO, E., ob.cit,p. 47

[532]Nos decía Francisco de Quevedo en su poesía "refiere su vida un embustero", "no son de sí los

histórica y desde un punto de vista estrictamente punitivo, los azotes han estado por encima o al mismo nivel que otras penas corporales consideradas muy graves, quizás porque poseía el añadido de la pública ignominia a la que sometía al reo.[533] Sin embargo, para los menores, los azotes también operaban como un medio de corrección como consecuencia de la estructuración patriarcal de las sociedades, al que se le pretendió la imposición de límites a través del intervencionismo público. De hecho, las Partidas, como antecedente más próximo del originario artículo 155 del Código Civil, apela a la mesura y piedad[534] en el ejercicio de la potestad de castigo que el padre podía ejercer sobre el hijo.

Esta doble naturaleza que presentaba el castigo corporal, de pena por un lado, y de medio correctivo por otro, hace difícil el establecimiento de una diferenciación jurídica, que en vía de generalización puede encontrarse no sólo en el número de azotes dados, -siempre más reducido en la corrección[535]-sino también en el ámbito público o privado en el que se ejecutaba, puesto que éste segundo supuesto siempre sería correctivo. No obstante, el uso del castigo corporal desde el punto de vista del derecho de corrección, no significa que el joven infractor no pudiera ser castigado con azotes como pena principal o accesoria de otra y con una finalidad alejada de la corrección. Una

azotes, tan malos como parecen, pues procesiones los usan y los cantan misereres", en antología poética, Madrid.1993.

[533]Cfr. BAZÁN DÍAZ, IÑAKI, Delincuencia y criminalidad en el País Vasco en la transición de la Edad Media a la Edad Moderna, Gobierno Vasco, Vitoria 1995. Pág 584, sobre los azotes el autor destaca: "que representaron un doble papel: por un lado fueron complemento de otras penas mayores, como la mutilación, el enclavamiento o el destierro., y por otro, fue un arma de disuasión, es decir, el dolor físico debía ayudar a recapacitar sobre el mal realizado y servir de aviso sobre el futuro".

[534]Cfr. PARTIDA 4º, TITULO XVIII, LEY 18º, " Fallamos quatro razones, porque pueden constreñir al padre, que saque de su poder a su fijo (...) La primera es, quando el padre castiga el fijo muy cruelmente, e sin aquella piedad quel debe aver, segund natura. Ca el castigamiento debe ser con mesura e con piedad".

[535]Cfr .LEVAGGI,A.,Manual de Historia de derecho Argentino, II, editorial Depalma, Buenos Aires, 2006,p. 297, in fine., este autor nos dice que el número de máximo fue de doscientos azotes, porque se consideraba que mayor cantidad era causa de muerte. El mínimo fue de veinticinco, porque hasta esta cifra los azotes no tenían calidad penal sino correccional". En el mismo sentido, ORTEGO GIL, PEDRO., Algunas consideraciones sobre la pena de azotes durante los siglos XVI-XVIII. Hispania, LXII/3,núm.212. Universidad de Santiago. 2002,p. 859

muestra de ello, se recoge en la pragmática de 23 de Febrero de 1734 que castigó el hurto cometido por el joven entre 15 y 17 años de edad, con doscientos azotes y diez años de galeras. Las cortes de Cádiz, por Decreto de 17 de Agosto de 1812, proscriben, por primera vez, los azotes en las escuelas y en casas de corrección y reclusión[536]

La aceptación de los azotes y del castigo corporal a los menores, tanto en uno como en otro caso, ha sido una cuestión muy discutida. Para filósofos de S.XVII como Locke, el uso de los azotes debía ser rechazado, pues golpear a los niños y aplicarles otros tipos de castigo corporal no es la herramienta apropiada para quien busca formar hombres inteligentes, buenos y sabios[537] Por el contrario, algunos penalistas del siglo pasado, mostraron su conformidad no sólo con el uso de los mismos como medida de corrección, sino también como condena desde el punto de vista de la intervención penal[538.] El derecho comparado nos ha dejado signos de ambas posibilidades de aplicación; en concreto en Inglaterra, el children Act de 1908, incluía los azotes entre las medidas que podían imponer exclusivamente a los varones, en una sola sesión y sin ningún tipo de publicidad[539] Por su parte, Estados Unidos, la consideró inhumana y sin ningún valor práctico, aunque se aplicó en algunos Estados, haciéndolo los padres por mandato del juez y con carácter de medida correctiva de tipo familiar.[540]

En nuestra patria, Sánchez-Najerina[541] sostenía que los azotes bien administrados, pueden

[536]Cfr. LASSO GAITE,F.,Crónica de la Codificación española, Vol. I Y II. Ministerio de Justicia, comisión general de codificación, Madrid,p. 38

[537]Vid. LOCKE, J., Pensamientos sobre educación (1692), Editorial Akal. 2012.

[538]Cfr. PÉREZ VITORIA,O., ob.cit,p. 173. Este autor recoge que: "para autores como Paúl Cuche o a Suvatbay, este último expresidente del Tribunal para niños del Cairo, los azotes no solo son aceptables, sino que son de gran eficacia"

[539]Cfr. PÉREZ VITORIA,O., ob.cit,p. 176.

[540]Cfr. PÉREZ VITORIA,O., ob.cit,p. 176

[541]Cfr. SÁNCHEZ- TEJERINA, I., Derecho Penal Español. Salamanca. 1937,p. 145. "(..) No falta quien se muestre contrario a la reprensión y a los azotes, temiendo un posible suicidio del menor y hasta refiriendo algún caso después de un castigo estimado por el menor como injusto. Son preocupaciones que no merecen demasiada atención. Bien está que no se emplee la crueldad con el

ofrecer resultados excelentes. Y Cuello Calón nos ofreció opiniones encontradas en pocos años, pues dado que en un primer momento se mostró a favor de su uso, siempre que se aplicara con niños sanos, acreditado con dictamen médico y con un contenido puramente paternal y familiar,[542]en un momento posterior, después de examinar los inconvenientes de esta pena y los efectos que pueden producir en el menor, (Humillación, suicidio) llegó a afirmar que de todos los medios de sentido penal empleados en el combate contra la criminalidad juvenil, ninguno es tan reprobable como la pena de azotes.[543] Fontes sus trabajos, concluyó los siguientes extremos, sobre estos: 1.- El castigo corporal es ilegítimo porque va contra los principios de la humanidad. 2.- Es antipedagógico, porque tiende a imponer actos por la violencia. 3.- Es ineficaz, desde el punto de vista de los fines que persigue, pues si conduce en ocasiones en el momento de la aplicación de la pena a obedecer al educador, el castigo continúa obrando según su propia voluntad, en cuanto escapa a la acción coercitiva e inmediata del mismo. 4.- El castigo corporal es humillante y deprimente, puesto que no tonifica la voluntad, sin que, por el contrario, la aniquila, pudiendo, ocasionar, un estado permanente de temor, de pusilanimidad degradante para el individuo, o por el contrario, suscitar la rebeldía.[544]

En tiempo más actuales, la doctrina parece unánime acerca del rechazo de toda manifestación de violencia con respecto a los hijos. El castigo corporal está ligado a problemas de conducta y hay estudios que demuestran que aunque puede llevar a una mayor obediencia a los adultos a corto plazo, a largo plazo, los niños repiten esa conducta.[545]A pesar de ello, el castigo

menor, ni aún el rigor exagerado; pero estar siempre pendientes de lo que pueda hacer un niño o menor anormal nos parece equivocado. El menor que se suicida en estos casos, de no hacerlo, lo realizaría después con otro motivo cualquiera. Con estas blanduras se expone un pueblo a suicidar a toda una generación o a varias, para evitar el suicidio de un menor (…)".

[542]Vid. CUELLO CALÓN, E., Los tribunales Juveniles., ob.cit,p. 116.

[543]Cfr. CUELLO CALÓN, E., Criminalidad infantil y juvenil. ob.cit,p. 140.

[544]Vid. PÉREZ VITORIA. O., ob.cit, citando a FONTES. pp. 174 y 175.

[545]Vid. GERSHOFF, E.T (2002)., Corporal punisment by parents and associated child behaviors anda experdiences: A meta-analytic and theoretica review, Psychological Bulletin, 128(4), 539-579, en acabar con el castigo violento en todas sus formas es un derecho del niño en edad infantil,

corporal se sigue usando en distintos países. El comité de los derechos del Niño[546], ha descubierto que el castigo violento como golpear con algún objeto, dar una paliza u azotar, se usa en países[547] como sentencia de los tribunales para menores infractores de tan sólo 10 años y también se utilizan en instituciones penales. Estos castigos corporales están directamente proscritos por el artículo 19 de la CDN[548], al prohibir toda forma de violencia física o psicológica; cuestión que se adentra en una prohibición extensiva que abarca tanto a su imposición como manifestación normativa, como a la derivada de su uso por algunas comunidades o sistemas informales de justicia, que ha gozado de una extensa utilización no sólo en el seno de las familias tradicionales, sino también en instituciones docentes[549].

Por lo que respecta a nuestro ordenamiento jurídico-penal la pena corporal no existe, al ser constitucionalmente rechazable conforme al artículo 15 de nuestra Constitución Española (en adelante CE). Ahora bien, desde un punto de vista extrapenal, el uso de azotes o derivados de éste, amparado en el uso del llamado derecho de corrección, planteó alguna duda doctrinal, a la luz de la

disponible en www.endcorporalpunishment.org,p.

[546] Observación General nº 8 (2006), del Comité de los Derechos del Niño, indica que la CDN requiere que los Estados prohíban el castigo Corporal en todas sus formas, en el hogar familiar y en todos los demás ámbitos

[547]Vid. LANSFORD JE, TANPAYA S, OBURO P.O., Castigos corporales, en enciclopedia sobre el desarrollo de la primera infancia, vida social, 2012. pp. 1-7., disponible en www.enciclopedia-infantes.com. . En este estudio se recoge que el uso de la azote o la golpiza ha sido reportado como la respuesta más común al mal comportamiento del niño en Jamaica. También son frecuentes los castigos corporales en China, India, Italia, Kenia, Filipinas o Tailandia.

[548]Cfr. Art.19 de la CDN, dispone: "Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual o, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo. Estas medidas de protección deberían comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial".

[549]Vid. MARTÍN LÓPEZ, M,T., Delincuencia Juvenil y normativa internacional, en Homenaje a Marino Barbero Santos in memoriam. Ediciones de la Universidad de Castilla la Mancha, Ediciones de la Universidad de Salamanca, Cuenca, 2001,p. 341.

anterior redacción del artículo 154 del CC que admitía que los padres podían corregir razonable y moderadamente a los hijos, lo que en definitiva permitía la posibilidad de excluir del concepto de maltrato, pequeños castigos físicos con fines educativos,[550] a pesar de la eliminación del termino castigo, que utilizaba la redacción anterior. Así, Diez-Picazo justificaba un cierto grado de castigo físico en el ejercicio de la potestad correctora, al afirmar que en la función educativa es lícita alguna forma de lesión o de castigo[551]

No obstante y en el entendimiento de la búsqueda de una educación sin violencia, esta facultad de corrección razonable y moderada de los padres, quedó suprimida a partir de la última reforma del Código Civil, que en su artículo 154.2[552] dispone ahora "La patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a su integridad física y psicológica", omitiendo toda referencia al término corrección y al uso moderado y razonable de su empleo. Si bien, en el derecho foral, contraviniendo los convenios y tratados internacionales en la materia, encontramos algunas manifestación de la pervivencia de esta referida facultad, alguna de cuyas compilaciones llegan a utilizar el término "sanción"[553]. En esta linea, no

[550]Vid. BEULKE,en.Festschr.f.Hanack, 1999, pp 539 y ss, citado por ROXIN, C., La calificación jurídico-penal de la corrección paterna, en revista de derecho penal y criminología, 2º Época, nº16. 2005., traducido por Miguel Díaz y García Conlledo, y Silvia Martínez Cantón,p. 234

[551]Cfr. DÍEZ-PICAZO, L., " Toda corrección cumple una función pedagógica y educativa.Hay que recordar un viejo aforismo de cuardo con el cual la letra con sangre entra. Lo que significa que en función educativa es lícita alguna forma de lesión o de injuria". En el mismo sentido, CASTÁN VÁZQUEZ, J.M, Art. 154, en comentarios al Código Civil y compilaciones forales, (Dir. Albadalejo) Tomo III, Vol.2. Madrid, 1982,p. 129. " De acuerdo con las costumbres y orientaciones actuales, parece que habrá que reputar como castigos lícitos los azotes leves y encierros que no pongan en peligro la salud del menor, la privación a éste de cosas necesarias, etc..."

[552]Vid.Modificación operada en el Código Civil por Ley 54/2007, de 28 de Diciembre, en cuya exposición de motivos se dispone "(...) Además de mejorarse la redacción de los preceptos (155,172, 180 y 268 del Código Civil), se da respuesta de este modo a los requerimientos del Comité de Derechos del niño, que ha mostrado su preocupación por la posibilidad de que la facultad de corrección moderada que hasta se reconoce a los padres y tutores pueda contravenir el articulado de la CDN"

[553]Vid. LEY 63 DEL FUERO NUEVO DE NAVARRA.,"(...) Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos cuidarlos, corregirlos razonable y moderadamente y procurar su debida formación (...)", en este sentido Vid. Art. 65 DEL DERECHO FORAL DE ARAGÓN (Decreto legislativo 22 de Marzo de 2011) "(...) corregirles de forma proporcionada, razonable y moderada,

puede negarse que el uso del castigo físico, es aceptado, si no de forma legal, si al menos socialmente, con un arraigo que descansa preeminentemente en el concepto de autoridad paterna, que ha entrado en una profunda crisis como consecuencia de las pretensiones de igualdad de reivindicación femenina y con la consideración de los menores como sujetos de derecho[554]

El problema se hace incisivo al revertir esta facultad sobre un problema político-social no resuelto, como consecuencia de que a la luz de la LO 11/2003, de 29 de Septiembre se crea un nuevo ámbito de actuación a través del control formal sobre los actos violentos ejercido por los padres, aún sin causar lesión, que dejan de ser constitutivos de falta, para erigirse en delito. Tal es así, que nuestro código penal incrementa la intervención en los supuestos de los artículos 153 y 173, con las trágicas consecuencias del artículo 57, todos ellos del código penal; desde el momento en que en los referidos tipos tienen perfecto encaje el cachete, el azote y también el golpe puntual; hasta tal punto que alguna Sentencia como la SAP de Zaragoza de 15 de Septiembre de 2010, para evitar las consecuencias desgraciadas de la imperativa medida de alejamiento, se remitía a la institución del indulto-[555].

El problema referido se encuentra en que por una parte, se ha de aspirar con énfasis a una educación sin violencia, porque los jóvenes que fueron maltratados en su infancia, tienden a consecuencia de ello, a cometer ellos mismos actos de violencia, y presentan otras desviaciones sociales con más frecuencia que los niños educados sin violencia, y por otra, se destrozarían más

---

con pleno respecto a su dignidad y sin imponerles nunca sanciones humillantes, ni que atente contra sus derechos(...)". También el Código Civil de Cataluña (ley de 29 de Julio de 2010), en su Art. 236 no dice: " Los progenitores pueden corregir a los hijos en postestad de forma razonada y moderada, con pleno respeto a su dignidad".

[554]A partir de la CE, de la LO1/95 de Enero de protección jurídica del menor, y de la reforma propiciada por el código civil en el año 2007, no puede negarse la consideración del menor de edad como sujeto de derecho.

[555]Cfr. LABELLA OSÉS, E., El derecho de corrección en la legislación foral, Pamplona, 2013, disponible en www.legaltoday.com.

familias que las que se pacificarían, si se quisiera movilizar el derecho penal a causa de cada bofetada, motivada por trastadas o faltas graves de los hijos.[556] Por otro lado, los partidarios de mantener el derecho de corrección conforme a la anterior redacción del artículo 154 del CC, podrían alegar la inconstitucional de la actual modificación, en tanto, que identificándolo con el derecho a la educación, supondría la vulneración de este derecho garantizado constitucionalmente. Ahora bien, según la opinión pedagógica dominante, el castigo físico de los hijos ya no es educativamente legitimable sin que pueda estar abarcado por el derecho a la educación, de modo que su prohibición no contradice la CE[557]. En este sentido, el nuevo artículo 154.2 del Código Civil se encuentra dominado por la referencia que efectúa "al beneficio del menor" y que sirve de criterio interpretativo guía sobre el ejercicio de la patria potestad que ha de efectuarse, respetando siempre la integridad física y psicológica de aquél, lo que permite aseverar que todo castigo físico se encuentra proscrito en nuestro ordenamiento jurídico. A este concepto de castigo se refiere el Comité de los Derechos del Niño cuando define al castigo "corporal" o "físico" como " todo castigo en el que se utilice la fuerza física y que tenga por objeto causar cierto grado de dolor o malestar aunque sea leve"[558] Esta definición supone que la pervivencia foral del derecho de corrección, es contraria a la CDN, pues fue su espíritu el que informó la Exposición de Motivos de Ley 54/2007, de 28 de Diciembre, justificadora de la reforma, evitando mantener la configuración de este derecho como una posible causa de justificación de posibles castigos corporales, contraviniendo la legislación foral los instrumentos internacionales en la materia. En realidad, se trata de construir una educación sin violencia, que permite considerar ilícito cualquier forma de castigo físico aunque no alcance la intensidad de maltrato, como pudiera ser una bofetada dolorosa o una paliza, que nada obsta a su encaje en tipos penales. Es en esta línea, en la que está ahondando una buena parte de los Tribunales de justicia a partir de la modificación del artículo 154 del CC citado, existiendo un punto

[556]Cfr. ROXIN, C., La calificación jurídico-penal de la corrección paterna, ob.cit,p. 235.
[557]Cfr. ROXIN, C., ult, ob.cit,p. 235
[558]Cfr. OBSERVACIÓN GENERAL Nº8(2006) Comité de los Derechos del Niño CRC/C/GC/8 42º periodo de sesiones. Ginebra, 15 de Mayo de 2006.

de inflexión generalizado sobre el llamado derecho corrección en uso de su capacidad para eximir de responsabilidad. En éste sentido, su función como eximente establecida al amparo del artículo 20.7 del Código Penal, se coloca en entredicho por numerosas Audiencias-[559] Ya Muñoz Conde y García Arán[560], estimaron que ningún tipo de delito, cualesquiera que sean éstos, pueden quedar justificado por el derecho de corrección como tal derecho. Por tanto, en ningún caso, salvo en los casos de legítima defensa, se ha de reconocer como corrección amparable en un derecho, la violencia ejercida sobre los hijos. Ahora bien, no cabe negar que otras Audiencias Provinciales, juzgando los llamados "actos violentos puntuales" justifican la absolución o bien a través de la vía de la aplicación de la eximente citada, al considerar que a pesar de que se ha eliminado la referencia al derecho de corrección en el artículo 154.2 del CC sin embargo pervive como facultad inherente al ejercicio de la patria potestad, o bien a través del uso de la doctrina de la adecuación social de la conducta, o en todo caso, acudiendo a la doctrina de la insignificancia de la acción[561] No obstante, a

[559]Podemos citar la SAP de Madrid de 5 de Junio de 2012 que nos dice: " En cuanto a la eximente solicitada, señalar que la facultad de corrección que venía recogida en el último párrafo del artículo 154 del CC ha sido suprimida por la Ley de 28 de Diciembre de 2007. La regulación anterior se limitaba a corregir razonable y moderadamente a los hijos manteniéndose actualmente únicamente la de recabar el auxilio de la autoridad sin que pueda admitirse que alcance al castigo físico ni al uso de la violencia pues corregir no equivale a agredir/maltratar o golpear". Del mismo modo la SAP de 11 de Marzo de 2009, Sec.2º de la AP de Castellón, señala: " que la facultad de corrección (ejercida de forma razonable y moderada) es inherente al ejercicio de las funciones propias de la patria potestad, y que los límites de la misma vienen dados pro el respeto a de la integridad física y psicológica del menor. Límites que en gran medida ya son realmente inherentes a las exigencias generales de racionabilidad, moderación y proporcionalidad de la función correctiva". Merece mención la SAP de Toledo de 29 de Mayo de 2008, que establece " Debemos rechazar una posible concepción trasnochada del concepto de patria potestad, o bien secuelas de la configuración secular de este "derecho a la patria potestad", definido en el Derecho Romano como el "derecho sobre la vida y la muerte de los hijos", sin que quepa interpretar la facultad de corrección (no en el derecho, insistimos) a agredir, lesionar, pegar, ejercer cualquier tipo de violencia contra los hijos, más aún cuando el hijo de la acusada, lesionado, tiene seis años y existen otras múltiples posibilidades educativas para que los niños cumplan las legítimas y necesarias instrucciones educativas o de convivencia que les dan sus padres. No puede interpretarse "corregir" con "pegar", lesionar, agredir, maltratar ni física ni psicológicamente. El vocablo "corregir" lo define la Real Academia Española como "advertir, amonestar, reprender" sin ninguna connotación que incluya el ejercicio de la violencia. No se puede justificar el maltrato físico, " castigo corporal" al amparo de la corrección"

[560]Cfr. MUÑOZ CONDE, F/GARCÍA ARÁN, M., Derecho penal, Parte general, 7ª, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 338.

[561] La SAP de Castellón de 27 de Septiembre de 2010, nos dice: "(...) la reforma en el ámbito civil, poco o nada a supuesto en el ámbito penal, puesto que dado que parece indudable que la facultad de

pesar de la virtualidad tanto de la doctrina de la adecuación social como de la insignificancia de la acción, para excluir la antijuridicidad o la tipicidad de la conducta, no hay que olvidar que la nueva regulación del artículo 154 del CC encuentra su acomodo en la preocupación por el comité de los derechos del niño, precisamente sobre ese uso moderado de la corrección paterna a la que aludía la anterior redacción, y que constituía un portillo para practicar diferentes interpretaciones acerca de la justificación en el empleo del "castigo físico o psíquico", esto significa, como venimos repitiendo, que cualquier castigo a pesar de que no alcance la intensidad de maltrato es ilícito, siendo esta la intención del legislador por insignificante y a la sazón puntual que pueda ser el azote, el cachete o golpe, excluyéndose en definitiva, una interpretación que siga considerando licitas las causaciones de dolor punitivas moderadas.[562] Para Rodríguez Devesa, resulta arduo justificar esos mismos delitos producidos con carácter ocasional, pues éste derecho no puede ejercitarse inmoderadamente y no puede por menos de verse una falta de moderación en el hecho de que a consecuencia de la corrección, la víctima padezca una lesión o mutilación[563] En definitiva, debe resaltarse la relatividad e inseguridad de este concepto, pues un uso moderado a través de un castigo físico o psíquico puede ocasionar lesión, como puede generarlo un golpe, azote o bofetada aunque sea puntual, y aunque la intención se mueva en torno a la moderación, nada excluya a entender, que a pesar de que tales golpes no produzcan un resultado lesivo visible y fácilmente evaluable, estos no sean humillantes o

---

corrección (de forma razonada y moderadamente) es inherente al ejercicio de las funciones propias de la patria potestad, y que los límites de la misma, vienen dados por el total respeto de la integridad física y psicológica del menor. Límites que en gran medida ya son realmente inherentes a la exigencias generales de racionabilidad, moderación y proporcionalidad de la facultad correctiva. Por ello, puede parecer en algunos supuestos que, una simple e inocua bofetada, o un cachete, o una zurra, un estirón de pelo, etc., realizadas en un determinado contexto, en una situación aislada y puntual, no pudieran considerarse que tuvieran relevancia penal. Ya se llegue a la conclusión por la vía del concepto dogmático de insignificancia de la acción (excluiría la tipicidad de la conducta), ya por la vía de la causa de justificación del art. 20.7 del CP, ya por la vía de la adecuación social, entendemos que los hechos no merecen en este supuesto, en el contexto en el que se han producido, en las acciones realizadas por los propios hijos, reproche punitivo y sanción penal(...)"

[562]Cfr. ROXIN, C., ult.ob.cita,p. 237, citando a HILLENKAMP, Jus, 2011, 165., KELLNER, NJW, 2001,797., LILIE, en: LK-StGB, 2001, entre otros.

[563]Cfr. RODRÍGUEZ DE VESA., Derecho Penal Español, Parte Especial, 16º, Edición Dykinson, Madrid. 1993,p.163

atentatorios contra la dignidad. Una mirada hacia atrás acerca de ese uso moderado habilitado por el originario artículo 155 del CC, nos lleva a la legitimación de los supuestos del artículo 156 del CC, que permitía a los padres en uso de su autoridad instar la detención y retención de sus hijos, en su casa o establecimientos de instrucción, sin ningún control judicial, como ya hemos referido. Esta indeterminación acerca de lo que ha de entenderse por "moderación" que desde el punto de vista práctico puede encontrarse disociado con el resultado producido, impide dar por satisfactoria una interpretación extensiva de las facultades inherentes a la patria potestad, -como realizan algunas Audiencias Provinciales,- hasta el punto de entender, que el derecho de corrección pervive a través de aquellas- a pesar de su supresión expresa-, sirviendo como causa de exclusión al injusto penal, vulnerando ante esta falta de previsión expresa, el principio de legalidad. En nuestra opinión no es técnicamente aceptable la justificación de actos o castigos violentos con fines educativos a través de un inexistente ejercicio del derecho de corrección, y no sólo por su directa y expresa exclusión legal, sino porque tampoco lo entendemos subsumido en las facultades inherentes a la patria Potestad. La actual regulación viene a determinar la ilicitud extrapenal de cualquier acto de esta naturaleza con fines educativos, por insignificante que fuera, pues a medida que el menor como sujeto de derechos avanza en edad y puede ejercitarlos, según sus cualidades físicas y psíquicas; aquél simple cate, torta o pequeño castigo puede ser percibido por el menor como una ofensa, y es susceptible de originar algún tipo de menoscabo psíquico aunque fuese pasajero. La valoración del acto violento como insignificante debe diluirse a medida que el menor va adquiriendo capacidad material y física para ejercitar el derecho afectado.

En nuestra opinión, y sentada la ilicitud extrapenal de tales actos, no podemos dejar de calificarlos como típicos, antijurídicos y culpables, a pesar de los argumentos que pretenden lograr la justificación de los mismos, excluyendo la tipicidad o la anti juridicidad. Esto significa, tal y

como advierte Roxin[564], que si el legislador hubiera querido tener en cuenta tales puntos de vista, hubiera sido idónea la creación de una causa personal de exclusión de la punibilidad[565] para el caso de que el titular de la guarda " sancione la mala conducta grave del niño o del joven en el caso concreto, por motivos educativos, con una corrección moderada", pues la categoría de las causa de exclusión de la punibilidad sirve, al fin de evitar un castigo en casos, "en los que, en una ponderación, las finalidades extrapenales tiene prioridad frente a la necesidad de pena". Esta previsión permitiría que la proscripción perseguida por el legislador "de la violencia en la familia" no experimentara restricción alguna, evitando además la criminalización de aquella, de un modo satisfactorio, desde puntos de vista de política-social.[566] No obstante, no existe tal causa de exclusión de la punibilidad en nuestro derecho y en el caso de existir, sería difícil concretar expresamente los límites del ejercicio del derecho de corrección, por lo que se acabaría recurriendo a criterios de valoración difusos considerados en el contexto social, que podían propiciar argumentos jurídicos favorables, tanto en la normativa (escrita o consuetudinaria) como en la jurisprudencia, que excluyeran de pena el castigo físico impuesto por los padres[567]

Por último, a pesar de la existencia de la corriente mayoritaria de entender que los castigos físicos no encajan en estos tipos si no alcanzan la intensidad de un maltrato, dado que éste presupone que el bienestar físico no resulte afectado sólo de modo insignificante, como el cachetito suave en el trasero o actuaciones similares sobre el niño que no llegan a ser una lesión física

[564]Cfr. ROXIN, C., ob.cit. pp. 241 y 242.
[565]Acerca de la teoria de Roxín sobre las causas de exclusión de la punibilidad, puede consultarse su obra Lehrbuch StrafR AT I, 3ª de. 1997., traducido por Luzón Peña y García Conlledo/De Vicente Remesal, 23nm.21 s.
[566]Vid. ROXIN, C., ob.cit,p. 242
[567]Vid. CONSEJO DE EUROPA, Abolición del Castigo físico inflingido a niños y niñas. Preguntas y respuestas. Junio, 2008. También en BOLDOVA PASAMAR, M. A.,¿Queda algo del derecho de corrección de los padres a los hijos?, en revista de derecho penal y criminología, 3º Época, nº5. 2011,p. 67. A juicio del mencionado estudio del Consejo de Europa el primer paso legislativos para la abolición del castigo sería eliminar posibles argumentos jurídicos favorables al castigo físico.

punible,[568] en nuestra opinión, la intensidad del maltrato debe medirse no tanto en relación con el resultado visiblemente o cuantificablemente producido, sino por el grado de desarrollo que sobre un determinado derecho fundamental tiene adquirido el menor, conforme a sus cualidades físicas y psíquicas, cuyo ejercicio se ha visto afectado por injerencias violentas.

[568]Cfr.ROXIN, C., ob.cit,p. 235.

CAPÍTULO

SEGUNDO

EVOLUCIÓN DE LOS SISTEMAS JURÍDICO-PENALES APLICABLES A LA INFANCIA I:

SEGUNDA PARTE

"No es la Carne y la Sangre sino el corazón lo que nos hace ser padres e hijos"

Friedrich von Shiller.

1-EL MODELO DE JUSTICIA.

1.1.-Inicios del abandono del sistema Tutelar.

Dadas las nuevas exigencias internacionales sobre el tratamiento de la justicia juvenil originadas durante el S.XX, aquellos modelos protectores clásicos que tenían como protagonistas a los Tribunales Tutelares quedaron completamente obsoletos[569] Se empieza a entender por los Estados que la única forma de proteger a los niños es sacándolos de la especial dependencia en la que se les había situado, con unas cadena de teórico amor y protección, pero que los mantenían en una situación real de esclavitud y de penoso encierro.[570] No puede negarse que las ideas de protección y tutela causaron en múltiples ocasiones, graves violaciones a las garantías individuales de las que debe gozar todo ciudadano y como mayor razón, todo menor[571]. Este contexto ideológico tiene su culmen fundamental a partir de la emisión de la CDN, que asume como eje sistemático de construcción para la integración y creación de normas penales dirigidas a menores, el principio axiológico fundamental del interés superior del menor[572] Atendiendo a ello, la mayoría de los países Europeos comienzan a adoptar el denominado "sistema de justicia" que pretendió combinar el principio educativo con la adopción de garantías procedimentales a favor de los menores.

Este espíritu garantista se visiona con rotundidad en EEUU a través del caso Gault[573], por el

569

Vid. HIGUERA GUIMERÁ, J.F., Derecho Penal juvenil. Bosch. Barcelona. 2003,p.170

570Cfr. FARSON, R., ob.cit,p. 166, en el mismo sentido COMPAY CERVERA I., ob.cit,p. 702. Como afirma este autor la justificación de las tesis proteccionistas, basadas en una concepción concreta del niño como persona débil e indefensa, era precisamente proteger al niño de los posibles daños que le podrían venir del exterior, incluidas sus propias acciones y en sus relaciones con los adultos; pero que, en realidad, es precisamente esa protección, al negar al niño el reconocimiento de derechos y su ejercicio, lo que logra es mantenerles en esa posición de dependencia e indefensión.

571Vid. RODRÍGUEZ MANZANERA. L., Criminología, Editorial Porrúa. México. 1982.

572Cfr. RÍOS ESPINOSA, CARLOS., Grupos vulnerables y derecho penal: el caso de los menores infractores. Bien común y gobierno. México,1998, año IV. Pág 27

573Vid. IN RE GAULT, 387 U.S.1967, Sentencia de 15 de Mayo de 1967, disponible en Internet:

que se imponía el internamiento a un menor en un centro de reforma como consecuencia de una falta que no hubiera supuesto más que una multa en caso de haber sido cometida por un adulto. La Corte Suprema de Arizona resolvió el conflicto equiparando el internamiento al que consideraba una verdadera privación de libertad, con la prisión propiamente dicha. Esta identidad jurídica en la naturaleza de aquellas consecuencias atribuidas, llevó a la conclusión de que el menor debía quedar sometido a un proceso con garantías equivalentes a la que disfrutaban los adultos; de hecho, en la citada resolución, se indica que las normas que regían la detención y el interrogatorio de los adultos no fueron observadas en el caso citado, así como tampoco las relativas a libertad bajo fianza, u otros derechos procesales.

La preocupación por los derechos y garantías de los menores se extiende también a Europa. El menor no es ya sólo un objeto de protección, sino también un sujeto de derecho. Esto tendrá importantes consecuencias, pues si el elemento central es el joven como sujeto de derechos, la gravedad de los hechos cometidos deviene más importante y su responsabilidad pasa a primer plano[574] De ahí, que la responsabilidad para éste modelo pase por el castigo y la sanción, antes que por la protección y la educación, inscribiéndose en el marco de las corrientes neoliberales y de democracia formal, que nacen como respuesta fundamental ante el notable aumento de la delincuencia juvenil que se inició en la década de los setenta, y que se orientó a formas propicias destinadas a garantizar la defensa social. En este modelo se acentúan las medidas de represión y de control social y policial, motivadas, tal vez, por el miedo de la mayoría de los miembros de la sociedad ante el aumento del delito y su deseo de protección frente al mismo[575]. La prevención de la

https://Supreme.Justia.com/cases/federal/us/387/1/case.html.

[574]Vid. JÜNGER-TASS, J.,La justicia de menors: present i futur. Ponencia presentada en las jornadas sobre educació i control, organizadas por el centro de estudios y formación del Departamento de justicia de la Generalitat de Cataluña. Barcelona. 1989.

[575]Cfr. COY, E/TORRENTE G., Intervención con menores infractores:su evolución en España. Servicio de publicaciones de la Universidad de Murcia, en anales de psicología. Vol. 13. 1999. Pág 40

delincuencia adquiere aquí el carácter de defensa social; mediante la utilización de un mayor número de policías, alarmas, puertas blindadas, etc.,. El modelo de justicia propugna el aumento de la dureza y de la represión ante la comisión de un delito[576]

Las características de este nuevo modelo[577] fueron: 1.-) La existencia de un proceso con todas las garantías. 2.-) Se incrementa la importancia que tradicionalmente se ha dado a la responsabilidad del menor frente a sus actos, al tiempo que disminuye el acento otorgado a la personalidad del niño. 3.-) Aparece el interés por la culpa. 4.-) Se concede una mayor importancia a que el menor asuma tanto su responsabilidad como las consecuencias de sus actos, en lugar de acentuar la protección y el tratamiento.5.-) Se reduce considerablemente la distancia entre el derecho de adultos y el de menores.

En síntesis, en el modelo de justicia se combinan dos elementos fundamentales que le otorgan singularidad. El primero de ellos, se configura a través de la responsabilidad del menor, al entenderse éste como persona responsable de sus actos, dependiendo de la edad predeterminada en la ley y por tanto capaz de asumir las consecuencias que derivan de ellos; y el segundo elemento, se estructura a través de un proceso incriminador de carácter penal, como cauce donde va a exigirse dicha responsabilidad, sometiéndose al menor incriminado a las mismas garantías jurídico-penales de los adultos, dando entrada a las figuras del Fiscal y del Abogado defensor.[578] En particular, este sistema adopta un carácter retributivo y sancionador, al que se suma, el carácter educativo necesario para la reinserción del menor[579] No obstante, el modelo de justicia, basado en una estructura

[576]Vid. SEGURA MORALES; Tratamiento eficaces de delincuentes juveniles. Madrid. Ministerio de justicia. 1975. En el mismo sentido COY, E/TORRENTE G., ob. cit,p. 40

[577]Vid. JÜNGER-TASS, J., Alternativas al internamiento institucional en Holanda: I Congreso de infancia y Sociedad. Madrid. Ministerio de Asuntos Sociales, 1989. Vol2. En el mismo sentido COY, E/TORRENTE G., ob. cit,p. 40

[578]Cfr. COY, E /TORENTE G., ob.cit,p. 40

[579]Vid. GONZÁLEZ ZORRILLA, C., Jóvenes y control social: la ideología de un tratamiento. En Mª.R. Duce, (Coord), Menores, la experiencia española y sus alternativas. pp. 73-91. 1987. Madrid:

intrínsecamente garantista; parecía dejar en entredicho, el principio educativo, como consecuencia de la utilización de la intervención penal con la misma finalidad que la predicada para los adultos. El problema reside en que la finalidad educativa queda mermada por un proceso similar al que pasa el adulto en la depuración de su responsabilidad. De por sí, el cauce judicial supone un lastre retributivo, dado que en cada una de sus fases actúa como pequeñas dosis de antídoto que van minando la finalidad educadora, a pesar de que se pretenda buscar cauces alternativos al entramado judicial a través de las llamadas *técnicas de diversión,* que partían de herramientas conciliadoras entre autor y víctima, (mediación, conciliación) fuera del proceso, pero que ocasionaban desconfianza ante el aumento de la inseguridad ciudadana y por supuesto hacia los encargados de implementar dichas técnicas, esto es, hacia los trabajadores sociales.[580] De hecho, para Inglaterra, los jueces eran los únicos que debían tratar la delincuencia juvenil, pues hace falta más castigo, más dureza y más protección a la sociedad, en vez de tantas contemplaciones[581].

Sin embargo, la instauración en Europa del sistema de justicia, no supuso el destierro absoluto del sistema tutelar. Si se comparan los sistemas de justicia juvenil desde las tipologías podría diferenciarse entre las clásicas orientaciones de los modelos de "justicia" y "tutelar", pero en la practica, es raro encontrar estos modelos de forma pura. En Alemania y en variadas legislaciones de justicia juvenil europeas pueden ser encontrados variados ejemplos de sistemas mixtos.[582] En Europa, la pervivencia del sistema tutelar, con un acercamiento al sistema de justicia, podemos encontrarlo en países, como Bélgica, Escocia y Polonia. Por último, no sería justo decir, que el abandono de los principios educacionales se produce de manera absoluta a través de este modelo, pues ordenamientos europeos como los de Francia y Alemania otorgan gran importancia al carácter

Universidad Autónoma.

[580]Vid. SEGURA MORALES, M., ob.cit. p. 324**.**

[581]Vid. RÍOS MARTÍN , J C., ob.cit. Pág 234, citando a SEGURA MORALES, M., ob.cit,p. 377.

[582]Cfr. DÜNKEÑ, F/CASTRO MORALES, A., Sistemas de justicia juvenil y política criminal en Europa. Universidad de Greifswald,p. 8

educativo de las medidas adoptables, desdoblando el objetivo de la jurisdicción de menores (penalización-educación),[583] binomio que permite articular una institución judicial de naturaleza educativa, para que de ésta forma, además de adoptar la decisión de la oportunidad de abrir un procedimiento penal, puedan activarse programas de prevención[584] En España, la adopción del sistema de justicia, entendido como una especifica regulación garantística fue tardía, como consecuencia de la larga pervivencia del sistema tutelar a través de los TTM. Así, no fue hasta la ley 4/92 denominada "de reforma reguladora de la competencia y el procedimiento de los juzgados de menores" cuando podemos afirmar que se consolidó en nuestro país, el denominado "sistema de justicia".

1.2.- Adopción en España del "sistema de justicia" a través de la regulación de la Ley Orgánica 4/92, sobre la reforma de la Ley reguladora de la competencia y el procedimiento de los juzgados de menores. (En adelante LO 4/92).

La Ley Orgánica 4/1992 se configura dentro de los parámetros definidos por el denominado sistema de justicia. Esta ley introduce un procedimiento de carácter marcadamente sancionador y punitivo, aunque se pretenda cubrir con un lenguaje camuflado[585]. Su procedimiento, sigue un régimen paralelo al previsto para los adultos, erigiéndose en un modelo garantista a ultranza, pero incompatible con la función educativa. La creación de este auténtico proceso penal para enjuiciar a los menores, acaba por hacer concebir las medidas de reforma, como auténticas penas: castigo por infracción cometida[586].

[583]Vid. RÍOS MARTÍN, JC., ob.cit. Pág 225
[584]Vid. RÍOS MARTIN, JC., ob.cit. Pág 226
[585]Vid. RÍOS MARTIN, JC., ob.cit. Pág 234.
[586]Vid. PANTOJA GARCÍA, F., La Ley reguladora de la competencia y el procedimiento de los juzgados de menores, número. 10, Actualidad Penal, Madrid, 1993.p. 134.

En realidad, esta combinación de elementos garantísticos por un lado, y tutelares y punitivos por otro, esconden la función esencial derivada de la necesidad educativa, dejando ver a primera vista, la extensión del sistema judicial de adultos y la conceptualización de un auténtico proceso judicial que al elaborar un sistema de garantías dispuesta para al uso del menor, de las que tiene derecho a beneficiarse, puede generar la paradoja de que el abogado defensor tratara de lograr su absolución a toda costa, pudiendo hacer efectivo su derecho a no decir verdad y en consecuencia evitar su sometimiento a la supuesta función educativa de la consecuencia jurídica impuesta. Es más, contradice la función educativa la misma presencia del menor en el juzgado, y cuanto más, porque con cada comparecencia, se sustraen días de acudir al colegio, aumentando los perjuicios que podían irrogarse. En este contexto, también es significativo que la ley previera hasta seis comparecencias del menor, a saber: declaración ante la policía, declaración ante el fiscal, estudio del equipo técnico, comparecencia ante el juez de menores, trámite de requerimiento para la designación de letrado y traslado del escrito de alegaciones del fiscal y audiencia[587].

Los elementos contrarios a la acción educativa, los encontramos fundamentalmente en aspectos procesales, como la reglamentación necesaria para la iniciación del expediente conforme al plano causal. Era al Ministerio Fiscal a quien le correspondía incoar el proceso para después dar cuenta al juez de menores, lo que podía hacer desaparecer la gestación de vínculos necesarios para generar confianza en el camino hacia la educación; pues si un niño se encontraba tutelado por las entidades publicas de protección de menores, y por ende residía en un centro dependiente de aquellas, en caso de que cometiese una infracción, el educador o responsable del menor debía ponerlo en conocimiento del Fiscal, lo que equivalía tanto como denunciarle.

[587]Cfr. RÍOS MARTÍN., ob.cit,p. 234.

Así, el niño lo conceptuaba como un delator y la supuesta relación educativa desaparecería.[588] Pero la crítica más contundente sobre esta normativa, es que en realidad no hace desaparecer el denostado sistema tutelar por cuanto los tribunales de menores con competencia para instruir e enjuiciar los hechos cometidos por mayores de 12 años y menores de la edad fijada en el código penal de 1973, esto es, de 16 años, a efectos de responsabilidad criminal[589], se alejaban de la facultad protectora que quedaba en manos de la Administración Publica, al disponerse en la propia ley[590], que los menores de 12 años autores de un hecho de estas características quedaban sometidos a las instituciones administrativas de protección de menores. Por último, en lo referente a las medidas que podían imponerse mediante el llamado acuerdo del juez, éstas consistían en la simple amonestación, el internamiento de uno a tres fines de semana, el acogimiento por otra persona o núcleo familiar, el tratamiento ambulatorio o el ingreso en centro de carácter terapéutico, y el ingreso en un régimen abierto, semiabierto o cerrado.[591]

Ahora bien, en nuestra opinión, los criterios para la elección de una u otra medida partían junto con otros, con algunos elementos de naturaleza retributiva, dado que la ley disponía que el acuerdo para la adopción de aquellas debía valorar la circunstancias y gravedad de los hechos, aunque también la personalidad o las necesidades del menor y su entorno familiar y social[592]. En este contexto de rigor procesal garantista, constituye un acierto de la ley la regulación de ciertas técnicas de diversión. Así, tanto las partes, como el juez de oficio pueden decidir la suspensión de fallo por tiempo determinado y máximo de dos años, siempre que de común acuerdo, el menor debidamente asistido y los perjudicados acepten una propuesta de reparación extrajudicial. En el caso de que el menor incumpla la reparación propuesta y aceptada por él, se revocará la suspensión

[588]Cfr. RÍOS MARTÍN., ob.cit,p. 235.
[589]Cfr.Art. 8.2 DEL CÓDIGO PENAL (1973).
[590]Cfr.Art. 9.1. Párrafo, 2ª LJM
[591]Cfr.Art. 17 LJM
[592]Cfr. Art. 16.1 LJM.

del fallo, y por tanto, se dará cumplimiento a la resolución[593]. Ahora bien, tampoco cabe desconocer que la configuración de este instituto tal y como se encontraba regulado en la ley, aparece como un medio coactivo para aceptar la resolución reparadora[594].

Por último, la llegada de la Constitución de 1978, permitió llevar la LO 4/92 a la orilla de la contradicción en muchos de sus preceptos, aunque se mantuvo vigente durante más de una década. Nuestra constitución se deshace de una concepción de la minoría de edad como estatus vinculado a la idea de limitación de derechos, con claros tintes autoritarios, y consagra el principio fundamental de protección de la infancia y de la juventud como criterio rector de la actuación estatal[595] Es evidente que la pretensión constitucional chirriaba de manera ingente con la legislación anterior a ella, hasta el punto que las críticas doctrinales comenzaron hacerse persistentes. Sin ir más lejos, los TTM de 1948 cuyas atribuciones se mantenían vivas, se oponían directamente al derecho fundamental relativo al juez ordinario predeterminado por la ley consagrado en el artículo 24. 2 de la CE por cuanto no se encontraban ubicados dentro del poder judicial. Tales disconformidades constitucionales llevaron al poder legislativo a paliar la situación a través de sucesivas reformas, baste recordar la de la Ley Orgánica del Poder judicial, (en adelante LOPJ) donde se regulan los denominados jueces de menores por provincias o con anterioridad a ésta o el Decreto de 25 de Enero de 1976 donde se regulaba el nombramiento de los jueces. Sin

[593]Cfr. RÍOS MARTÍN., ob.cit,p. 243, igualmente se permite la suspensión del fallo, cuando no se manifieste oposición a la propuesta o cuando ésta fuere manifiestamente infundada.

[594]Vid.GIMÉNEZ- SALINAS COLOMER, E., La mayoría de edad penal en la reforma, en Homenaje al profesor Don Juan Del Rosal, Revista de derecho privado, Madrid. 1993.

[595]Cfr. TAMARIT SUMALLA, La protección del menor en la propuesta de anteproyecto de Nuevo Código Penal, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Año XXXVIII, Tomo XXXIX, Fascículo II, Mayo-Agosto, Madrid, 1986,p. 487. Por su parte, PAZ RUBIO, JM., Intervención del ministerio Fiscal en la protección de menores. Madrid. Ministerio de Asuntos Sociales, 1988., citado por SÁNCHEZ VÁZQUEZ, V., Apuntes para una historia de las instituciones de menores en España, Revista de la Asociación Española de neuropsiquiatría, nº48. Madrid. 2002., afirma que llama la atención que después de 15 años de publicada la constitución Española no existiese una "ley de protección de la infancia" ni una " ley de reforma de menores", lo que implicaba moverse en un vacío normativo muy peligroso.

embargo, y como consecuencia de distintas cuestiones de inconstitucionalidad planteadas precisamente por jueces de provincias, el Tribunal Constitucional en Sentencia 36/91 de 14 de Febrero, declaró inconstitucional el artículo 15 de la ley, que regulaba el procedimiento aplicable en el marco del ejercicio de la facultad de corrección o reforma[596].

Esta Sentencia supuso la necesidad perentoria de acometer una reforma profunda de un sistema de menores, añejo y lastrado por un espíritu tutelar, que se contraponía a toda norma internacional ya existente en la materia, y que concebía al niño como sujeto de derechos, y no exclusivamente, como mero objeto de protección.

1.3.-Referencia a la aplicación a los menores de los derechos fundamentales contenidos en el artículo I de nuestra Constitución.

La entrada en vigor de la CE supuso el reconocimiento de los derechos fundamentales que aparecen contenidos en su Titulo I y de los que son titulares todos los ciudadanos, incluidos los menores de edad[597]. Sin embargo, la declaración de derechos contenida en la CE no contiene ninguna alusión respecto a su aplicación a los menores, a salvo el artículo 39.4 de la CE que señala "los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus

[596]Vid. STC 36/91 DE 14 DE FEBRERO.

[597]Vid. ALÁEZ CORRAL, B., Minoría de edad y Derechos Fundamentales. Técnos. Madrid. 2003, también disponible en www.unioviedo.es. 2011. Para este autor, el menor debe ser considerado titular *ex constitutione* y no *ex lege* de todos los derechos que por su inherencia a la persona correspondan originariamente a cualquier individuo con independencia de su nacionalidad: derecho a la vida, a la integridad física y moral, libertad de conciencia y de religión, libertad personal, libertad de reunión y manifestación, derecho de asociación, tutela judicial efectiva, derecho a la educación, derecho de sindicación y derecho de huelga. Su fundamento, lo encuentra en que el menor, en tanto que persona, está dotado desde su nacimiento de capacidad jurídica fundamental, por lo que es titular de todos los derechos fundamentales reconocidos en la CE. Una afirmación que se reitera en las disposiciones legales, estatales y autonómicas que desarrollan el mandato constitucional de su protección. Sin embargo, el análisis de los derechos fundamentales plantea en cada caso, ciertamente, algunas dificultades personales y temporales que ha podido establecer cada ordenamiento constitucional, por lo que esa genérica afirmación de capacidad jurídica iusfundamental se ha de ver necesariamente matizada"

derechos". No obstante, de esta previsión constitucional, tampoco puede extraerse que los menores en España gocen de todos los derechos que les otorga el derecho internacional, cuando se trate de acuerdos y tratados no ratificados[598] No obstante, a partir de la LO 1/96 de 15 Enero de protección jurídica del menor, se reconocen expresamente algunos de los derechos contenidos en la Sección 1ª del Capítulo Segundo del Título I de la CE, en la que se señalan la titularidad de los derechos de los menores de edad y de una capacidad progresiva para ejercerlos, acorde con su desarrollo[599].

Centrándonos en nuestra CE cabe considerar que la naturaleza jurídica de los derechos fundamentales y libertades publicas en referencia a los niños y menores de edad, no se limita a una función protectora de la infancia[600]- como preconizó el proteccionismo, con anterioridad a la CE-, sino que además reconoce derechos que ofrecen un ámbito de autonomía que podrían ejercer libremente, sino fuere de ellos predicables, su inherente incapacidad material en algunos casos. Ahora bien, reconocer a los menores de edad los derechos y libertades del Título I CE puede quedarse en nada, si con ello se afirma exclusivamente su titularidad pero se les niega capacidad para ejercerlos, máxime cuando la titularidad del derecho lleva aparejada la presunción constitucional iuris tantum de capacidad para el mismo de forma autónoma o bien capacidad de obrar iusfundamental, la cual sólo puede ser desechada en virtud de la necesidad de protección del menor[601]

---

[598]Cfr. PASCUAL MEDRANO, A., Los derechos fundamentales y la ley de protección del menor, disponible en www.navarra.es/appsext,p.5, donde se refiere que el Tribunal Constitucional en Sentencia 36/1991, recuerda que los principios reconocidos en el Capitulo III del Título I de la CE, aunque deben orientar la acción de los poderes públicos, no generan por sí mismo derechos judicialmente actuables, lo que supone entender la remisión del precepto al ordenamiento internacional como un guía de la actuación legislativa.

[599]Cfr. PASCUAL MEDRANO, A., ob.cit,p. 5

[600]Cfr.FERRÉ OLIVÉ, VVAA.(2010).,ob.cit,p.749. Estos autores entiende que lo que más intranquiliza en la problemática relacionada con el derecho penal de menores, es que no se tenga en cuenta que estamos ante sujetos amparados por un catalogo de derechos fundamentales, incluso mucho más necesarios que los que corresponden a las personas mayores, porque su personalidad se encuentra aún en un pleno proceso de formación.

[601]Cfr. ALÁEZ CORRAL, BENITO., ob.cit.

Si nos detenemos en edades inferiores a los 14 años puede afirmarse que en aquellas no concurren los requisitos mínimos de capacidad precisos para ostentar la titularidad de ciertos bienes jurídicos cuyo disfrute necesita de ciertas facultades mentales y de un bagaje mínimo de experiencia (Honor, intimidad, libertad deambulatoria y libertad de la voluntad[602], pero en nuestra opinión, la titularidad de tales bienes jurídicos existe en todas las personas desde su nacimiento con independencia de su capacidad de ejercicio, cuestión ésta, que eleva a aspecto fundamental la capacidad natural para el ejercicio concreto de alguno de ellos, por lo que se hace esencial analizar su aptitud para ello, de manera individualizada. Esto supone que la capacidad de ejercicio de los niños y menores debe medirse no tanto desde el punto de vista presuntivo de su inherente incapacidad, al categorizar genéricamente que aquellos se encuentra en permanente desarrollo evolutivo hasta el cumplimiento de una edad concreta, sino que debe dirigirse el punto de mira desde un punto de vista-jurídico penal, hacia el criterio del bien jurídico protegido, analizando en cada uno su potencialidad para ser disfrutados a medida que el desarrollo personal del menor lo vaya permitiendo, siempre conforme a sus necesidades. En todo caso, parece interesante conjugar los derechos y libertades publicas garantizado por la constitución con las expectativas del efectivo ejercicio por parte de niños y menores[603]. En este sentido, pueden distinguirse los supuestos en los que el menor puede ejercer sus derechos fundamentales de forma directa por sí mismo y los que puede ejercer de forma indirecta a través de su representante legal. A título de ejemplo podemos referir, que el desarrollo de la propia conciencia y opinión, que protege el derecho a la libertad de

[602]Vid. GONZÁLEZ REUS, J,J., Sobre el fundamento de la responsabilidad penal del menor, en un derecho penal comprometido, libro Homenaje a Landrove Díaz VVAA. 2001. Valencia. Titant lo Blanch,p. 528. En el mismo sentido ALÁEZ CORRAL, BENITO., ob,cit.

[603]Vid. GONZÁLEZ RUS, J,J., Sobre el fundamento de la responsabilidad criminal del menor. En un derecho penal comprometido. Homenaje a Landrove Díaz, Gerardo. VVAA., Edit. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2011. pp.525 y ss. Este autor realiza una composición acerca de la capacidad de los menores en relación con los bienes jurídicos de los que disfruta, abriendo a nuestro juicio una posibilidad de determinar la capacidad penal dotando de contenido material al criterio ficticio de la edad seguido en nuestra LORPM.

conciencia, sólo puede ser alcanzado si cada individuo desarrolla en su interior sus ideas y convicciones sin obstáculos de ningún tipo, por lo que difícilmente puede ser ejercido por representante alguno. Se entiende así, que los ámbitos en los que cabe actuación directa del menor son fundamentalmente dos: el de aquellos actos en lo que no es posible la intervención de un tercero en garantía de sus intereses, y el de aquellos otros actos en los que cabe la intervención de un tercero en garantía de sus intereses, durante el tiempo en que necesite heteroprotección y sea incapaz de autoprotegerse ejerciéndolos por sí mismo[604] En el primero de los ámbitos se encuentran todos aquellos actos naturales que forman parte del ámbito de la libertad garantizado por el derecho fundamental[605] Se trata de facultades naturales, como el derecho a la vida, la libertad personal, la libertad ideológica, de conciencia, el derecho al honor o a la propia imagen, la libertad de expresión y de información, que únicamente pueden ser ejercitados por el menor, puesto que su interés al cual sirve de garantía como parte del contenido de esos derechos fundamentales, únicamente se ve satisfecho, si es el propio menor el que realiza las acciones en que consisten[606].

En el segundo ámbito debe hacerse referencia a las facultades que conllevan la realización de actos jurídicamente relevantes y que en consonancia con el artículo 2 de la LOPJM sus posibles limitaciones al respecto, deben ser interpretadas restrictivamente[607] La vida negocial del menor se contrae en este caso, a que posea suficiente capacidad y a que la ley así lo haya determinado. A modo de ejemplo, en el ejercicio del derecho del artículo 15 de la CE, a partir de una determinada edad en la que tuviese suficiente madurez podría celebrar un contrato de servicios médicos privados por el que se le autoriza una determinada intervención quirúrgica necesaria para salvaguardar su

[604]Cfr. LÁEZ CORRAL, BENITO., ob,cit. 2011.
[605]Cfr. KUHN, Gustav, Grundrechte und Minderjährigkeit. pp 38 y ss, citado por ALÁEZ CORRAL, BENITO., ob.cit. Se trata de un elemento lógico, pues el padre o tutor del menor no puede vivir, pensar, hablar, expresarse y desplazarse físicamente.
[606]Cfr. ALÁEZ CORRAL, BENITO., ob,cit.2011.
[607]En idéntico sentido, el artículo 133.3 de la Ley 9/98 de 15 de Julio de la Generalidad de Cataluña, del Código de Familia.

vida o su integridad física, sin necesidad del concurso de la voluntad de sus guardadores legales, pero también podrá celebrar el contrato por medio del cual, se asocia a un club de fútbol o una organización política juvenil en ejercicio del derecho del artículo 22 de la CE[608]

Pues bien, en nuestra opinión, en relación con estos de derechos fundamentales, nada obstaría para determinar la capacidad penal del menor para atentar precisamente contra bienes jurídicos protegidos sobre los que precisamente el menor tiene capacidad de ejercicio y disfrute, resultando significativo en apoyo de esta posición, como la propia LORPM regula la medida de prestación en beneficio de la comunidad, que persigue relacionar la naturaleza de dichas actividades con la naturaleza del bien jurídico lesionado por los hechos cometido por el menor[609] sin atentar a la dignidad de éste ni supeditarse a la consecución de intereses económicos[610] Esta medida pretende educar al menor en el valor social del bien infringido, para hacerle comprender que actuó de modo incorrecto y que la prestación de trabajos que se le exige es un acto de reparación justo[611] En definitiva, desde nuestro punto vista, la imposición de tal medida implica el reconocimiento de la capacidad para llevar a cabo la ejecución de la misma, en consonancia con la capacidad necesaria para infringir el bien jurídico lesionado.

En otro orden de cosas, y en lo atinente al ejercicio de derechos fundamentales que se encuentran vinculados a actos naturales que pueden ser objeto de realización por los menores, cabe afirmar que la dependencia paterna y protectora marcada de igual modo por la constitución[612] puede dificultar el libre ejercicio de estos derechos, en el entendimiento, de que dada su incapacidad, el

[608]Cfr. ALÁEZ CORRAL, BENITO., ob,cit. 2011.
[609]Cfr. SAN MARTÍN LARRINOA, MARÍA BEGOÑA., Experiencias prácticas en la ejecución judicial de medidas en medio abierto de la LO 5/2000 reguladora de la responsabilidad penal de los menores, en la Ley de responsabilidad penal del menor:situación actual. VVAA,p. 124.
[610]Cfr. Art.20 del Reglamento de la LORPM.
[611]Cfr. SAN MARTÍN LARRINOA, M.A., ob.cit,p. 125.
[612]Vid. Art. 39 de la CE,

ejercicio de los mismos podría causales perjuicios o daños de cualquier índole, ya sean propios o a terceros, como el caso de que el menor no posea la capacidad física o psíquica necesaria para el desarrollo de dichas facultades; cuando por ser demasiado pequeño, no puede aún desplazarse y expresarse libremente, ni siquiera tener una ideología propia. Sin embargo, esta cuestión es una circunstancia fáctica que afecta tanto al menor como al mayor de edad, y no constituye una limitación jurídica de la capacidad de obrar iusfundamental del primero, que posee desde su nacimiento y adquiere simultáneamente con la titularidad del derecho[613] Esta posibilidad, lleva a la confusión de identificar culturalmente la menor edad con la incapacidad, sin que suponga obstáculo jurídico alguno para el ejercicio de cualquiera de esas facultades iusfundamentales por parte del menor de edad, el hecho de que el ejercicio de los mismos, pueda venirle legalmente restringido en aras de su protección o de la tutela de derechos o intereses de terceros. Es por esto, que atendiendo a esta visión restrictiva, pueda admitirse al igual que con la convención de los derechos del niño o con la ley 15/1996 de protección jurídica del menor, que la prioridad en materia de derechos a favor de los niños[614], se ha centrado en crear un estatuto protector de la infancia, pero no en crear un marco jurídico adecuado para que los niños y menores puedan ejercitar sus libertades en la medida en que su desarrollo personal lo vaya permitiendo[615]. Es decir, que haciendo una interpretación sistemática

[613]Cfr. KUHN, GUSTAV., Grundrechte und Minderjährigkeit.pp 39-40, citado por ALÁEZ CORRAL, B., ob.cit. 2011.

[614]Vid.FARSON, R.,Birthrights, en Gross, Beatrice y Gross, Ronald (eds)., The Childrens Right Movement, Anchor Press/Doubleday, New York. 1977, p.166 citado por COMPAY CERVERA, I., ob.cit,p. 702**.** "se comprenderá que la única forma posible de salvar a los niños no es intentando protegerles de aquello que les pueda perjudicar, sino sacándoles de la especial dependencia en que se les• ha situado con 'unas cadenas de teórico amor y protección, pero que los mantienen en una situación real de esclavitud y penoso encierro. Y para ello, se hace necesario romper esas cadenas, por 'un lado; mediante el reconocimiento de todos los derechos que ya a los adultos, les sirvió en su momento para alcanzar su propios derechos; y, por otro, pero simultáneamente, mediante el reconocimiento de la capacidad jurídica para ejercitarlos conforme a su voluntad,, porque, como también fue el caso de los adultos, sólo con su propio ejercicio podrán alcanzar la' verdadera libertad".

[615]Vid.GROSS, BEATRICE/ GROSS RONALD., Introduction, en Gross Beatrice, y Gross Ronald (eds), The Childrens Rights Movement, Anchor press/doubleday, New York. 1977,p.318**.** En el mismo sentido COMPAY CERVERA I.,ob.cit. Esta idea queda muy bien reflejada al reconocer este autor explícitamente, que, ante la cuestión que se suele hacer de si los derechos de los niños supone ignorar sus peculiares necesidades, señalan que nadie está proponiendo que los niños sean tratados

y útil del abanico normativo aplicable a los niños y menores de edad, cabe extraer que su legislación no produce un abandono absoluto de los postulados del proteccionismo[616] lo que permite a la postre legitimar posibles injerencias en las distintas esferas individuales de estos, que puede ocasionar problemas ante aquellas edades, que permiten por propia naturaleza tener al menos la voluntad de decidir conforme a sus intereses, como posteriormente analizaremos.

Howard Cohen[617], viene a denunciar situaciones difíciles para los niños que son derivadas de la consecuencia del no reconocimiento pleno de sus derechos, afirmando que el proteccionismo supone una continua vulneración de los derechos y de la dignidad de estos, como personas. En este ámbito también argumenta Holt[618] en favor de los derechos de los niños, señalando la inexistencia

siempre del mismo modo que a los adultos, para todos los Propósitos y en todas las situaciones. Se pide -como siguen reconociendo el autor- que las políticas Públicas tengan en cuenta, como se hace con el resto de las personas, las peculiares necesidades de los niños, y en la medida de lo posible las satisfagan; pero, en todo caso, la forma de considerar a los niños ha de ser sobre la base de su igualdad básica como seres humanos.

[616]Cfr. COMPAY CERVERA I., ob.cit,p. 693, refiriéndose a Farson, para quien cabría diferenciar entre los que defienden que hay que proteger al niño, y no niegan que para ello sea necesario reconocerles determinados derechos (como vimos que se defendía desde posiciones proteccionistas); y quienes luchan porque se reconozca a los niños como titulares de los derechos, aunque se acepte que una justificación de ese reconocimiento sea la protección de los niños (de igual modo que existe la justificación en el reconocimiento de derechos al resto de grupos sociales, o al hombre en general, en la protección del hombre frente a las injusticias, frente a los ataques de terceros, etc.). Este último es el caso de los liberacionistas. Así se puede explicar que ellos se denominasen a sí mismos como un movimiento que propugnaba los derechos de los niños.

[617]Cfr. COHEN HOWARD., Equal rights for children, littlefield, Adams&Co., Totowa, N.J.,1980. pp. 8 y 9. En el mismo sentido COMPAY CERVERA I., ob.cit,p. 697. " Mientras que para los proteccionistas el sistema funciona, y los abusos cometidos no son más que fallos del mismo; para los liberacionistas el sistema no funciona, parte de premisas falsas, y es una continua vulneración de los derechos y de la dignidad de los niños. Así, para los liberacionistas los casos terribles que se conocen no dejan de ser si no los casos más sobresalientes y explícitos de esa situación, que son consecuencia necesaria de la misma; y la única forma de solucionar el problema es cambiando completamente la ideología del sistema, desmantelar la concepción proteccionista y las vigentes instituciones, y reconocer a los niños como personas, con sus derechos y dignidad". HOWARD llega a reconocer los mismos derechos y libertades a todos los niños, incluidos los recién nacidos. Esta afirmación la resuelve diciendo que esos niños no tendrán tampoco la capacidad suficiente para demandar ayuda o para demostrar su voluntad de ejercer de sus derechos, con lo que en realidad se pierde poco, y se evita tener que poner un nuevo límite de edad. Vid, COMPAY CERVERA, I., ob.cit, nota al pie,p. 711.

[618]Cfr.HOLT, JONH.**,** Escape from childhood, E.P, Dutton&Co.,Inc., New York, 1974. Pág 200. En el mismo sentido COMPAY CERVERA I., ob.cit.pp. 730 y 731. Este autor introduce como ejemplo el

de circunstancias relevantes que hagan necesaria la desigualdad, vulnerando la igualdad con que naturalmente se han de reconocer los derechos a todas las personas. Sin ir más lejos, en nuestra constitución, puede observarse una muestra de proteccionismo, pues en su artículo 17.1 determina que toda privación de la libertad, únicamente puede llevarse a efecto bajo mandato de la autoridad judicial; y sin embargo en aras del citado influjo proteccionista, la ley civil 21/87 de 11 de Noviembre, reguladora de la tutela, acogimiento, guarda y adopción permite por vía administrativa y sin autorización judicial, la asunción de la tutela automática de los menores en estado de desamparo, lo que supone una violación de esta garantía, toda vez que un ente administrativo no puede privar de libertad aunque lo haga por razones de protección[619] poniendo además numerosos obstáculos para conseguir la revocación de dicha tutela. Desde luego, tampoco se entiende, como los juzgados de menores no ostentan competencias en materia de protección de menores[620].

---

derecho a viajar de los niños *(*sin una necesaria autorización paterna) e índica que ese derecho no se les puede negar por atribuirles una incapacidad física, psíquica o por una indefensión característica; pues siempre se pueden encontrar ejemplos de adultos (minusválidos, ciegos, etc.) que siendo más incapaces de lo que lo puedan ser los niños, sin embargo sí disfrutan del derecho a viajar sin la necesaria autorización de un tercero. También COMPAY CERVERA, I., ob.cit,p. 733, citando a HOST, ob,cit,p. 149-150. Este autor reclama con rotundidad que la extensión de los derechos a los niños ea completa, abogando porque se le reconozcan los mismos derechos que a los adultos. Así, coherente con la idea de igualdad, que hay detrás de esa reclamación, expone que se les debe reconocer a los niños la misma extensión de libertad que a los adultos, y en este sentido, que se les respeten sus decisiones, pero siempre aceptando la responsabilidad que deriven de sus acciones.

[619]Cfr. RÍOS MARTÍN., ob.cit,p. 264. En el mismo sentido Vid. SEGOVIA BERNABÉ, J.L., Responsabilidad penal de los menores: una respuesta desde los derechos humanos. Ararteko, Vitoria, 2001,p. 75, quien manifiesta que desde el campo de la exclusión, siempre ha resultado chocante como la policía precisa de orden judicial para entrar en el domicilio y hacerse cargo, por ejemplo, de un objeto robado, y sin embargo, la trabajadora social puede llevarse un niño, merced a la cobertura simplemente administrativa de la tutela automática. Además refiere, que sin duda el hecho de que la mayoría de las tutelas automáticas y consiguiente supresión de la patria potestad recaiga sobre familias pobres, a las que en pocos casos se ayudó a la salir de la pobreza, esta sobre la base de una desjudicialización descarada de la suspensión del derecho del niño a educarse en el microclima familiar sin perturbaciones.

[620] Existen supuestos anómalos que pueden darse en la práctica y originan problemas a los ciudadanos. Piénsese, en el tratamiento de la responsabilidad civil solidaria y objetiva de los padres, aún cuando no hubieran concurrido en ellos dolo o negligencia. En el caso de hijos con problemas de salud mental, la situación puede ser insostenible. La inexistencia de centros de salud metal, refractarios a veces a someterse a tratamiento farmacológico, si mantienen encerrados a los hijos condenan a los padres y si los dejan salir, les responsabilizan de las fechorías.

Del mismo modo, cabe plantear, cuál es la eficacia de los derechos fundamentales de los menores sobre las funciones paternas en supuestos de colisión entre aquellas potestades y el ejercicio de estas funciones, que desde luego, son menos frecuentes cuando los menores carecen de madurez para el ejercicio autónomo de los derechos fundamentales. Aunque a esta cuestión ya no hemos referido en el análisis que efectuamos en el primer capítulo de este trabajo, sobre el derecho de corrección, entendemos necesario referenciarlo con los derechos constitucionales cuyo ejercicio puede corresponder a los menores. En este caso, no plantea mayores problemas, que los padres prohíban a un niño de tres años salir a la calle, o sus padres elijan la ropa que de ha ponerse en función de la temperatura exterior, pues no se puede considerar ni injerencia en su libertad personal ni en su propia imagen, en tanto que el menor carece aún de capacidad de obrar iusfundamental para ejercer esos derechos autónomamente; y por ello, esas medidas pueden considerarse una concreción del artículo 39.3 de la CE[621]. Sin embargo, tratándose de menores de edad avanzada y de adolescentes, es más difícil articular la presunción de que la decisión adoptada por los padres redunda en su protección; y aquella podría tener justificación en el llamado derecho de corrección[622], acogido en el artículo 154. 2 del Código Civil[623] que acumula una amplia tradición histórica de signo preconstitucional, y cuyo análisis ya realizamos en el primer capítulo de este trabajo refiriéndonos a los azotes o al castigo corporal. Como muestra de ésta dificultad, podemos

[621]Cfr. ALÁEZ CORRAL, BENITO., ob,cit.2011

[622]Cfr. Sentencia de la AP de Sevilla de 14 de Enero de 2004: " A la facultad de corrección se refiere el art. 762 del CP de 1928 y el art. 423 de 1932 y, de nuevo, el CP de 1944, pero la Reforma de 1983 en consonancia con los tiempos, excluye todo trato beneficioso para el supuesto de lesiones causadas en el ejercicio de la facultad de corrección, debatiendo entonces, la doctrina si la falta de referencia a dicha facultad tanto supone que en ningún caso la violencia puede entenderse amparada por aquélla o si, por el contrario, cabe la posibilidad de defender que constituye causa justificativa, exonerativa de la responsabilidad penal, con asiento en la eximente del ejercicio de un derecho, deber, obligación o cargo (núm. 7 del art. 20 del vigente CP) . Claro es que, entonces para resolver, habría de estarse al contenido sustantivo de la tan dicha facultad, tal y como la Ley configura su ejercicio, moderada y razonablemente (art.154.2 CC) supuesto en el que, salvo muy especiales circunstancias, se llega a resultado parecido que los sustentadores del otro criterio"

[623]Con respecto a la afectación del derecho de corrección a derechos fundamentales como el derecho a la vida y a la integridad física y moral, la tendencia debe ser hacia su no-admisibilidad a medida que la madurez y la autonomía personal del menor va creciendo, esto es, a medida que la corrección corporal va perdiendo su funcionalidad tanto tuitiva como educativa.

plantear cómo compatibilizar la facultad educativa paterna derivada de la patria potestad, con la libertad ambulatoria de un menor de 16 años de edad, al que su progenitor paterno le ha castigado "sin salir del casa" o esa misma potestad paterna, con el derecho a la propia imagen, cuando se impide a un menor perforarse la oreja, la nariz o cualquier otra parte del cuerpo, bajo alguna amenaza coaccionable. En realidad, tales actuaciones desde nuestro punto de vista, no ocasionan beneficio alguno al menor y se encuentran lejos de la interpretación que realiza la jurisprudencia del derecho de corrección, al que identifica como un medio para alcanzar la educación[624]. En cualquier caso, ha de buscarse la satisfacción de interés del menor que se presupone anudado al ejercicio del derecho fundamental[625] , que no puede ser limitado por un castigo.

En relación con derechos constitucionales como el derecho a debido proceso o al principio de legalidad, el marco normativo internacional viene a proporcionar un contenido material de carácter educativo y protector a la que da entrada nuestra constitución conjuntamente con la finalidad de prevención especial positiva recogida en el artículo 25.2 de la CE[626] y por supuesto a las garantías procesales predeterminadas en su artículo 24 de la CE. Es cuestión pacífica el hecho de que con anterioridad a la entrada en vigor de la constitución, la situación legal, tanto material como procesal era diferente[627.] Si algo caracterizaba al sistema tutelar era su carácter paternalista, que convertía al juez de menores- quienes debían tener una vida moral y familiar intachable- en un

[624]Vid. La ST de la AP de Barcelona de 19 de Septiembre de 2005 " (...) en la acepción que aquí nos interesa y según el Diccionario de la Lengua, advertir, amonestar, reprender, conceptos que suponen que el fin de la actuación es conseguir del niño que se porte bien, apartarte de una conducta incorrecta, educarle, en definitiva (...) "

[625]Vid. KUHN, GUSTAV., ob.cit,p.88, citado por ALÁEZ CORRAL, B., ob,cit.

[626]Ahora bien, también el entramado constitucional tiene sus luces y sus sombras, pues en relación con la prevención especial consagrada en el artículo 25.2 de la Constitución Española, el Tribunal Constitucional tiene interpretado que la reeducación y reinserción social no son derechos fundamentales del penado, sino meros principios orientadores de la legislación penal y penitenciaria que vinculan exclusivamente al legislador. Lo que ha motivado reformas legislativas inspiradas en principios mas cercanos al ámbito retributivo, como a la que motivó la propiciada a través de la reforma del Código Penal por la LO 7/2000, y que afectó de lleno a la LORPM.

[627]Cfr. MENDIZABAL OSES, L., Introducción al Derecho Procesal de menores. Instituto de la Juventud. Madrid. 1973,p.65

cargo publico en el que confluían todas las posibles facultades jurídicas, asumiendo tanto actos de investigación, de acusación, de defensa y adopción de medidas.

Fue una sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante TC), en concreto la STC 36/1991 de 14 de Febrero la que declaró inconstitucional el artículo 15 de la LTTM, a través de influencias internacionales, después de mas de una década siendo de aplicación a pesar de su contravención constitucional[628] e internacional. Para el TC, la condición de menor de edad penal supone el establecimiento de mayores garantías procesales y nunca su disminución. Se trata de elevar a rango fundamental el establecimiento de garantías procesales a favor de los menores, cuyo espíritu recoge la LO 4/1992, sobre la Reforma de la Ley Reguladora de la competencia y el procedimiento de los juzgados de Menores, aunque con un marcado carácter punitivo e incriminador.[629.]

En relación con el principio de legalidad, su consagración constitucional puso en entredicho la duración indeterminada de las medidas que podían ser impuestas conforme a la Ley del Tribunal Tutelar de menores. Siendo cierto que la posterior ley orgánica 4/1992 recogió directamente limitaciones temporales, expresando que si se impusiesen las medidas del artículo 17 se determinaría su duración, que no excederá de dos años, salvo lo previsto en su número 1[630]. Tal precepto no estuvo exento de críticas a partir de la prevalencia del carácter educativo sobre el penal en el derecho penal de menores, que justifica cierta flexibilidad en la determinación de la medida educativa impuesta; ahora bien, no cabe olvidar que el principio de legalidad constituye una garantía penal que no debe ceder ante el contenido específico de las penas, sea este educativo o de otra naturaleza, por lo que acudiendo a dicha exigencia no cabe sino proclamar la determinación de

[628]Aunque es cierto que nuestra constitución en su Disposición Derogatoria 3 señala: "asimismo quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en la constitución". Es más el TC en su sentencia 8/81, establece la inconstitucionalidad sobrevenida de los preceptos legales que se opusieran a las normas constitucionales.
[629]Cfr. RÍOS MARTÍN, JC., ob.cit,p. 254
[630]Cfr. Artículo 2.3.1 de la LO 4/1992.

la medida, aunque para su concreción se acuda tal y como hacía el antiguo el artículo 16 de la LTTM, a las circunstancias y gravedad de los hechos, a la personalidad, situación y necesidades del menor. En este sentido y como ya analizaremos en capítulo tercero de esta obra, la LORPM vulnera el principio de legalidad desde el momento en que puede novarse el estatus de menor por una pena del código penal al cumplir la mayoría de edad[631].

Por último en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva, no cabe duda de que supone un derecho de participación de carácter relevante para el ciudadano y para el menor garantizado por el artículo 24 de CE. Pueden distinguirse dos manifestaciones diferenciadas de este derecho, por un lado, la capacidad para poner en marcha por sí mismo procedimientos sobre las medidas de ejercicio de la patria potestad que afectan a sus intereses y por otro el ejercicio de acciones para la tutela de sus derechos e intereses legítimos[632]. La primera de las manifestaciones encuentra apoyo concreto en el artículo 9 de la LOPJM[633] y en los artículos 156 y 159 del CC, que vienen a declarar que el menor tiene derecho a ser oído en juicio sobre sus intereses. La segunda de ella, encuentra habilitación en el artículo 162.2.1 del CC[634]. No obstante, esta facultad se encuentra

[631]Existe una contradicción con el artículo 3.3 de la Reglas de Beijing.
[632]Vid. ALÁEZ CORRAL, B., ob.cit.
[633]El artículo citado, (BOE 17 de Enero 1996) regula el derecho a ser oído y escuchado, en cuyo párrafo primero se dispone que tiene estos derechos sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de medicación en que se encuentre afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar, o social, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y de su madurez. Para ello el menor deberá recibir la información que le permita el ejercicio de este derecho en un lenguaje comprensible, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias. En los procedimientos judiciales o administrativos, las comparecencias o audiencias del menor tendrán carácter preferente, y se realizarán de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo, con la asistencia, si fuera necesario, de profesionales cualificados o expertos, cuidando preservar su intimidad y utilizando un lenguaje compresible para él, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias informándole tanto de lo que se le pregunta como de las consecuencias de su opinión, con pleno respeto a todas las garantías del procedimiento.
[634]Este artículo exceptúa de la representación legal de los menores no emancipados, los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez pueda realizar por si mismo

restringida por la capacidad procesal, sobre todo en el ámbito penal y civil[635].

Por último y por lo que respecta a la LORPM esta constituye un ámbito procesal en el que con carácter particular tiene cabida el derecho a la tutela judicial efectiva de los menores infractores. La especificidad procesal de la ley del menor hace fácilmente discutible cuestiones atinentes al derecho fundamental referido, como el carácter no judicial de los denominados Decretos del Ministerio Fiscal, y su carácter inimpugnable, disfunciones que analizaremos en el capítulo correspondiente del presente trabajo.

1.4- El código Penal de 1973 y los proyectos de los códigos penales de 1980 y 1983.

1.4.1.- El código Penal de 1973

El código penal de 1973 parece combinar el criterio biológico-cronológico que ya establecieran los códigos penales 1928, 1932, 1944, estableciendo como edad límite de responsabilidad penal la edad de 16 años por debajo de la cual se presume en el menor la incapacidad para delinquir, con un sistema de soluciones jurídicas ante la infracción legal de base sancionadora sin abandonar el régimen tutelar, a saber: Los individuos comprendidos en el tramo edad que abarca desde los 16 a los 18 años, eran sometidos a cumplir penas en los establecimientos penitenciarios, de tal modo o manera que los menores de 16 años continúan sometidos al modelo tutelar con todas las deficiencias garantistas y jurídicas anteriormente expuestas.

Las consecuencias tipificadas en este código se determinaban según cada tramo edad, así: a) A los menores de 16 años[636], se les declaraba exentos de responsabilidad criminal, pero si infringían

[635]Cfr. ALÁEZ CORRAL B, ob.cit.2011

[636]Cfr.Art. 8.2 de CP de 1973 "El menor de dieciséis años. Cuando el menor que no haya cumplido esta edad ejecute un hecho castigado por la ley será entregado a la jurisdicción especial de los Tri-

leyes penales o llevaban una vida de vagabundeo o mendicidad, el propio código preceptuaba que quedaban sometidos a los TTM como también por aplicación del *artículo 1 de la Ley de Vagos y Maleantes de 4 Agosto de 1933*. b) A los que se encontraban en el tramo comprendido entre 16 y 18 años se les presumía una capacidad penal disminuida, y se sometían igualmente a la ley de vagos y maleantes. Las penas de internamiento previstas en el código penal podían ser sustituidas por el internamiento en una institución especial de reforma por tiempo indeterminado hasta conseguir la corrección. c) A los mayores de 18 años, se les presumía la plena capacidad penal, que no coincidía con plena capacidad civil que se determinaba a los 21 años.

1.4.2.- Los proyectos de los códigos penales de 1980 y 1983.

Los proyectos de los códigos penales de 1980 y 1983, aparecen caracterizados por la nota común de la variabilidad en la determinación de edad de responsabilidad penal. El proyecto de 1980 declaraba que el niño por debajo de la edad de 15 años era irresponsable criminalmente. Como consecuencia de la vigencia de la LTTM, lo infractores por debajo de dicha edad, quedaban sometidos a estos tribunales. Ahora bien, este proyecto contemplaba mecanismos atenuatorios en unos casos y sustitutivos en otros. Para los jóvenes de edades comprendidas entre los 15 y los 18 años regulaba una atenuación de la pena[637] y para lo que se encontrasen en la edad comprendida entre los 15 y los 21 años se les permitía la sustitución de la pena privativa de libertad a imponer, por la de internamiento en un centro de rehabilitación social para los jóvenes delincuentes por periodo indeterminado hasta conseguir su corrección, sin que en ningún caso este internamiento

---

bunales, Tutelares de Menores. En los casos en que excepcionalmente la jurisdicción tutelar declinare su competencia respecto a un mayor de dieciséis años por 'entender que por el tiempo transcurrido desde la ejecución del hecho; realizado antes de cumplirlos o por razón de las circunstancias del menor, no ha de ser conveniente la adopción de las medidas que pudiera aplicarle, confiará el menor a la autoridad gubernativa para que ésta adopte las medidas de seguridad que legislación autorice"

[637]Cfr. Art. 27.3 del Proyecto de Código Penal de 1980

pudiera exceder del limite máximo señalado, esto es, 10 años[638]. La críticas no se hicieron esperar, pues este internamiento constituía una auténtica pena privativa de libertad indeterminada.[639] De hecho, tratándose de la misma infracción convenía más cometerla como adulto[640]

Por otro lado, la propuesta del anteproyecto de Código Penal de 1983 elevó el límite de responsabilidad a la de 18 años. De igual modo, ante la pervivencia de los LTTM, los menores de dicha edad que cometiesen un hecho delictivo serían sometidos a los mismos. Ahora bien, ante las críticas sufridas por el anterior proyecto con respecto a la duración del internamiento, entre otras cuestiones relevantes[641], se establece para los jóvenes delincuentes cuya edad oscilase entre los 18 y los 21 años, la posibilidad de sustituir la pena de prisión por el internamiento en un centro reeducador para jóvenes, pero condicionado a un tiempo no superior a dicha pena, y en todo caso, a uno no superior a 4 años [642]

Las vacilaciones en torno a la toma en consideración del criterio de la edad-límite continúan posteriormente a través del proyecto de 1992 que vuelve al criterio de los 16 años. Se pretende

[638]Cfr. Artículos 135 y 148 del Proyecto de 1980.
[639]Cfr. RODRÍGUEZ DE VESA, J.M/ SERRANO GÓMEZ. A., Derecho penal español. Parte general. Edit. Dykinson. Madrid. 1993. pp. 612 y 613.
[640]Cfr. ORTS BERENGER, E., las circunstancias atenuantes en el proyecto del Código penal de 1980, en cuadernos de política criminal, Nº14, Dialnet. 1981. pp 245-264.
[641]Cfr. BERISTAIN PIÑA, A., El proyecto de Código Penal de 1980, víctima de estructuras., sección doctrinal. disponible en https:/www.boe.es>abrir_pdf>id=AN. Este autor enumera un conjunto de críticas hacía el proyecto de código penal de 1980, tanto por lo que respecta a la forma como al fondo, pero con base en que un código Penal Español del año 1980 no puede plantearse problemas únicamente desde el punto de vista unidimensional, técnico-dogmático, iuspenalista y quizás, en el sentido de la criminología y de la política-criminal de los años sesenta o setenta. Nos dice, que la redacción de un CP requiere previamente planteamientos multidisciplinares e interdisciplinares, exige sin duda una investigación empírica, unas estadísticas que se apoyen en la realidad y la reflejen con objetividad idéntica, no como las estadísticas oficiales que se conocen y unos estudios económicos que, según las informaciones publicadas, no se han realizado ni se piensan realizar. Sustituir el texto punitivo actual por otro nuevo sin dar tiempo a estudios para recoger y comentar abundantes datos en el campo sociológico, cultural, del coste del delito, etc., sería un remedio peor que la enfermedad, porque falta el diagnóstico indispensable.
[642]Vid. Art. 99 del anteproyecto del Código Penal de 1983

buscar la formula adecuada para establecer una edad-límite satisfactoria a partir de la cual se entienda criminalmente responsable a los menores infractores, en cuyo interés, instrumentos internacionales como las Reglas Mínimas de la Naciones Unidas para la administración de justicia de Menores o Reglas de Beijing[643] recogen expresamente que la edad penal no deberá fijarse a una edad demasiado temprana[644],obedeciendo su exacta concreción a cuestiones de naturaleza política-criminal.

2.- EL SISTEMA EDUCATIVO-SANCIONADOR.

2.1.- El Código Penal de 1995: Su significación.

La Significación jurídica que supuso para el derecho penal juvenil la publicación del código penal del año 1995 que entró en vigor el 24 de Mayo de 1996, radica en que creó las bases para el comienzo de una reglamentación independiente del mismo, con la previsión del establecimiento de un régimen transitorio que permanecería vigente hasta la aprobación de la ley reguladora de la responsabilidad penal del menor (en adelante LORPM). No obstante, la no publicación y entrada en vigor simultánea de la LORPM, determinó la existencia de una laguna legal, que vino a colmarse con el anterior sistema previsto en el código penal de 1973. La existencia en vigor de las disposición del código Penal de 1973, permitía conforme a su artículo 65 y a través de la vía de la sustitución de la pena[645], enviar al mayor de 16 años y menor de 18 a un centro de reforma, lo que no solventaba el problema de que el internamiento en dichos centros pudiera decretarse por tiempo indeterminado.

[643]Cfr. Adoptada por la Asamblea de las Naciones Unidas el 29 de Noviembre de 1985
[644]Art.4 de las Reglas de Beijing.
[645]Vid. Circular 2/1996 de la Fiscalía General del Estado., referente a que a los hechos perpetrados por mayores de dieciséis años y menores de dieciocho años les serán aplicables los arts. 9.3 y 65 del Código Penal derogado.

En este aspecto, González Cussac[646] sostuvo que debía hacerse una interpretación del artículo 65 conforme a las garantías constitucionales. Del mismomodo, el artículo 69[647] del reciente código Penal, dispuso la posibilidad de aplicar la ley penal del menor a los jóvenes entre las edades comprendidas de 18 a 21 años, en los casos determinados por la LORPM. Estos supuestos que aparecían regulados en el artículo 4 de la Ley del Menor cayeron en saco roto, ante la derogación de este último artículo por la reforma de la LO 8/2006, que impide la aplicación del artículo 69 del CP, que continúa vigente, pero sin operatividad. Por otro lado, el código de 1995 reclama la autonomía del derecho penal de menores partiendo de manera inmediata del reconocimiento de derechos y de garantías procesales ajustadas a nuestro mandato constitucional, lo que se traduce en que el menor será responsable de los hechos que cometa, cuyo tratamiento requiere una diferenciación del dispensado en el régimen penal de adultos. De hecho, la edad penal la establece el código en su artículo 19, en la edad de 18 años, manteniendo el criterio biológico-puro y predeterminando que el menor podrá ser responsable con arreglo a lo dispuesto en la Ley que regule la responsabilidad penal del menor. Este trato jurídico diferenciado para los menores infractores, trae como consecuencia, la ruptura definitiva con el sistema tutelar anterior; de tal manera que no sólo va centrarse en el ámbito sustantivo, sino también en el procesal y penitenciario.[648]

Sin embargo, tal distinción de regulación penal no de deja poseer altas dosis de confusión en el plano real, dada la interrelación de elementos gestados en el ámbito del derecho penal de adultos, como la tipicidad de los hechos, la búsqueda de la proporcionalidad ateniendo a la gravedad del delito de cometido o consecuencias jurídico penales alejadas de la educación y de la prevención

[646]Vid. GONZÁLEZ CUSSAC, JOSÉ LUÍS.,Comentarios al artículo 69 del Código Penal, en comentarios al código penal de 1995, VVAA. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996,p. 405.
[647]Vid .Art.69 DEL CP "Al mayor de dieciocho años y menor de veintiuno que cometa un hecho delictivo, podrán aplicársela las disposiciones de la Ley que regule la responsabilidad penal del menor en los casos y con los requisitos que ésta disponga."
[648] Vid. CANTARERO BANDRÉS, R., Los menores y el Derecho penal, en Derecho Privado y Constitución, (ejemplar dedicado a: monográfico sobre protección de menores) núm,7, 1995, p. 18.

especial, ante la inexistencia de la elaboración de una política criminal de naturaleza independiente, construida a partir del principio de interés de menor; que origina fluctuaciones en los peculiares principios sustentadores del derecho penal de menores, al abrigo de las posibles modificaciones exigidas por las convenciones sociales cuando pretenden un mayor castigo de hechos delictivos gravosos; tal y como ha ocurrido con las distintas reformas posteriores del Código Penal, que incidieron directamente en los principios de la joven LO 5/2000 de responsabilidad penal del menor.

2.2.- El sistema Sancionador- educativo en la actual LO 5/2000.

El modelo de justicia penal de menores inserto en la LORPM 5/2000 pretende combinar parámetros de naturaleza educacional sin olvidar el criterio sancionador inherente al derecho penal, partiendo de la afirmación de la responsabilidad penal de los menores. La propia ley en su exposición de motivos así lo define, cuando hace referencia a que se trata de una norma "formalmente penal pero materialmente sancionadora-educativa". Esta combinación de elementos teológicos, hace de la conocida ley del menor, un soporte idóneo para dar una respuesta social a hechos cometidos por menores de edad bajo el prisma del respeto al principio del interés superior del menor o al de un proceso con todas las garantías; pasando por la necesidad del carácter educativo de toda medida, y de la flexibilización en la adopción y en la ejecución de ésta.[649]

La LORPM en su proyecto inicial, fue coherente con su propia realidad mixta, mostrando un equilibrio entre el derecho de la sociedad a defenderse y el de los menores a la socialización, con

[649] La medidas que pueden imponerse con arreglo a la LORM viene configuradas en su artículo 7 y son: internamiento en régimen cerrado, internamiento semiabierto, abierto, terapéutico, tratamiento ambulatorio, asistencia a centro de día, permanencia de fin de semana, libertad vigilada, y cualesquiera otra obligaciones que el juez de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, estimen conveniente para la reinserción social del sentenciado, siempre que no atente contra su dignidad como persona.

medidas dotadas de carácter intensamente pedagógico, como aplicación práctica del derecho constitucional del menor al desarrollo de su propia personalidad y al remedio de sus dificultades de socialización, sin descartar su aspecto de reproche, por la comisión de una conducta antijuridicidad que tenía que ser evitada[650]. La ley recepciona del artículo 3 de la CDN y del art. 2.1. de la LO 1/96 de 15 de Enero de protección jurídica del Menor, la gestión educacional y el principio básico del interés superior del menor. Este último principio se manifiesta entre otros aspectos, en una cuestión tan trascendental, como la flexibilización para adoptar la medida que se imponga a su evolución educativa, atendiendo no sólo a la prueba y valoración jurídica de los hechos, sino especialmente a la edad, las circunstancias familiares y sociales, y a la personalidad y el interés del menor[651].

Esta ley parte de que la respuesta social que debe recibir un adolescente o joven ante la comisión de un delito no debe ser ejemplarizante ni retributiva; puede entenderse que el diferente tratamiento aplicado a individuos que aún no han alcanzado la mayoría de edad deriva de una especie de "posición de garante" que asume el Estado respecto de aquellas personas a las que no se les reconoce capacidad en el tráfico jurídico[652] Se trata en definitiva, de una situación jurídica, que genera en el Estado de derecho, la obligación de crear unas medidas específicas frente a conductas generadores de delitos en las que rija por encima de todo la prevención especial, tendente a resocializar o a iniciar el sistema de socialización, evitando en lo posible los efectos negativos y estigmatizadores que pueden derivarse de la prevención general, en la aplicación de tales

[650]Cfr. BUENO ARÚS, F., Cuestiones relevantes en la aplicación de la LO 5/2000, de responsabilidad penal del menor. Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, en el mismo sentido PANTOJA GARCÍA, F., ob.cit,p. 17.
[651]Cfr. Art.7.4 de LORPM.
[652]Cfr. BENÍTEZ ORTÚZAR, I., El derecho penal de menores en el Estado democrático de derecho. Breve referencia a los principios que disciplinan el Ius Puniendi Estatal respecto del joven infractor, en El Derecho Penal de Menores a debate: I Congreso Nacional de Justicia Penal Juvenil. VVAA, Dykinson. Madrid. 2010,p. 55.

medidas[653]. Esta visión aparece recogida en el proyecto inicial de LORPM, que marca una preferencia evidente por la opción educativa, a partir de la elección del legislador por criterios de prevención especial, educativos y de socialización. Esta finalidad buscada por la ley, se apoya de igual modo en la concepción del niño como una realidad biológica y psicosocial en evolución, pretendiendo crear por tanto un proceso de protección educativa que haga efectivo los derechos de los niños.[654]

Desde el punto de vista dogmático, el sistema educativo-sancionador instaurado por la LORPM se inscribe en el marco del llamado sistema educativo-responsabilizador que aparece informado por dos elementos fundamentales: Por un lado la educación y por otro, la continua asunción de la responsabilidad personal del menor, en orden a conseguir un desarrollo maduro y equilibrado. Para parte de la doctrina, la propuesta de este modelo educativo-responsabilizador debe caminar más allá, pretendiendo la supresión de los juzgados de menores (supresión especializada de los juzgados de menores) y optando por su incorporación a la jurisdicción civil, con una única actividad protectora a la que quedaría sometida la actividad de reforma[655]. Sin embargo, esta visión no parece muy acertada, teniendo en cuenta que la norma mantiene la existencia de órganos como los juzgados menores, integrados en el Poder Judicial que se encuentra encargados de ejercer la facultad reformadora, dejando en manos de la administración la llamada facultad protectora, no olvidando con ello, la realidad de que el derecho penal de menores participa de la misma esencia que el derecho penal de adultos, en cuanto constituyen elementos de control social que permiten proteger a la comunidad de ataques más insostenibles a los distintos bienes jurídicos, y que alcanza una globalidad superior en sus efectos, que los particularismos derivados de la legislación civil. Tampoco puede soslayarse, que la LORPM posee su lado tenebroso y lúgubre,

[653]Cfr. BENÍTEZ ORTÚZAR, I, ob.cit,p. 55
[654]Cfr. RÍOS MARTÍN.,ob.cit,p. 245.
[655]Cfr. RÍOS MARTÍN., ob.cit. pp. 244 y 248.

en tanto que contempla como medida a imponer la de internamiento en centro cerrado[656], que provoca un general rechazo por su asimilación con las denominadas penas privativas de libertad, propias del mundo penal de los adultos. De hecho, una vez en vigor la ley, el uso de la medida de internamiento en régimen cerrado constituyó mas de la cuarta parte de las medidas acogidas en sentencia, en detrimento de las de régimen abierto[657] Se echa de menos la falta de alusión en la LORRPM al carácter de última ratio que ha de poseer el internamiento[658], diferencia sustancial con el texto refundido de legislación de tribunales tutelares de menores que antes de la reforma de 1992 disponía que procede el internamiento cuando los medios empleados en las instituciones reformadoras auxiliares del Tribunal resulten ineficaces[659] Es más, el uso de la medida de internamiento en régimen cerrado, contempla otra medida que por definición, se encuentra alejada de parámetros educativos, como la inhabilitación absoluta, que nada tiene que ver con la finalidad educativa referida Por lo que respecta a la medida de amonestación[660] esta se encuentra cayendo en

[656]Cfr. CUELLO CONTRERAS, J., El nuevo derecho penal de menores, Civitas, Madrid. 2000. pp. 45 y 60, "La configuración de la medida de internamiento en términos de defensa social la convierte en una auténtica pena"

[657]Cfr. PANTOJA GARCÍA, F.,ob.cit,p. 19: "El instituto Andaluz de Criminología ha comprobado como se ha incrementado el recurso al internamiento con la LO 5/2000 llegando a suponer en la actualidad un porcentaje del 26, 62 por ciento del total". Vid, CÓRDOBA RODA, J., La ley de responsabilidad penal de los menores: aspectos críticos, Revista Jurídica de Cataluña, núm. 2.2002,p. 376 "Se corre el riego de una vuelta al encierro, dado que el incremento de la delincuencia juvenil y la recurrente publicación de ciertas noticias en la prensa han hecho nacer en la opinión pública y los políticos el deseo de utilizar más el internamiento en régimen cerrado Vid. RÖSSNER, D.," El derecho penal de menores en Alemania con especial consideración de los adolescentes, en GIMÉNEZ-SALINAS Y COLOMER, E (Dir), Legislación de menores en el S. XXI: análisis de Derecho Comparado, Consejo General del Poder judicial, Madrid. 1999, p.311.

[658]Cfr. CARMONA SALGADO, C., Las medidas y su criterios de determinación en la LO 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, en garantías del imputado en el proceso penal. Protección jurídica de menores. Formación de Fiscales especialistas de menores. Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal I, 2002,p.924

[659]Cfr. Art.17 a), párrafo tercero del Decreto de 11 de Junio de 1948, por el que se aprueba el texto refundido de la ley de Tribunales de Menores (BOE de 19 de Julio de 1948)

[660]Cfr. SAN MARTÍN LARRINOA, M, B., Experiencias prácticas en la ejecución judicial de medidas en medio abierto de la LO5/2000 Reguladora de la Responsabilidad penal de los menores, en la Ley de Responsabilidad Penal del Menor: situación actual, VVAA, ob.cit,p. 126. "Esta medida es próxima a las llamadas órdenes de atención, orientación, y supervisión del menor mencionadas por las Reglas de Beijing y consiste en la represión de la persona llevada a cabo por el Juez de Menores, dirigida a hacerle comprender la gravedad de los hechos cometidos y las consecuencias que los mismos han tenido o podrían haber tenido, instándole a no cometer más delitos en el

un claro desuso, pues a excepción de aquellos casos en los que se aplica a menores infractores primarios que respetan las figuras de autoridad sin precisar resocialización y que no han cometido hechos no graves[661], con respecto a los demás infractores presenta una eficacia educativa relativa.

En este sentido, no se entiende como el principio educativo no es atendido firmemente y con prioridad por la ley, sin que recoja de manera expresa que las medidas se apliquen preferentemente en el seno familiar o en una casa de acogida, dejando el internamiento para los casos más extremos. La norma parece contentarse regulando la medida de convivencia educativa, muy utilizada en el mundo anglosajón, que trata de propornionar al menor un ambiente de socialización positivo consistente en que el menor conviva durante el periodo establecido con una persona, familia distinta a la suya o con un grupo educativo, a fin de adquirir pautas socio-afectivas y pro-social. Por el contrario, la experiencia práctica lleva a apreciar la falta de familias o incluso de personas individuales que se presten a realizar tal convivencia, porque la familia extensa no adquiere un rango apropiado para tal fin, dados los conflictos que puede generar con la familia nuclear del menor, más aún en el caso de maltratadores[662]

En otro orden de cosas, cabe resaltar, que esta ley consagra la salida extrajudicial del conflicto suscitado con el menor a través del establecimientos de programas de diversión o de desjudicialización con fundamento en el principio de oportunidad reglada. Las llamadas técnicas de diversión, pretenden someter el conflicto a instancias extrajudiciales buscando el desarrollo de alternativas diferentes a la persecución pena[663] De hecho, regula dos mecanismos de

futuro."

[661]Vid. SAN MARTÍN LARRINOA, M. B, ob.cit,p. 126.

[662]Cfr. SAN MARTÍN LARRINOA, M.B., ob.cit,p. 123.

[663]Esta técnica ya la contemplaba la anterior LO 4/1992. Actualmente es acogida en los artículos 18 y 19, que dota al Ministerio Fiscal de la facultad de desistir de la incoación del expediente por corrección en el ámbito educativo y familiar o desistir de su continuación por conciliación o reparación del daño. Dispone el Art.19 de la Ley., " También podrá desistir el Ministerio Fiscal de la continuación del expediente, atendiendo a la gravedad y circunstancia de los hechos y del menor, de modo particular a la falta de violencia o intimidación graves en la comisión de los hechos, y a la circunstancia de que además el menor se haya conciliado con la víctima y el perjudicado por el

desjudicialización de contenido restaurativo, la conciliación y la reparación de la víctima. La conciliación[664] no implica compensación económica, y la reparación del daño consistente en obligaciones de hacer a cargo del adolescente y en beneficio de la víctima, el afectado o la comunidad. Estas posibilidades son totalmente independientes del acuerdo al que pueden llegar las partes sobre la responsabilidad civil derivada del delito o falta. Además, la norma eleva a categoría de mediador al equipo técnico, informando al Ministerio Fiscal de los compromisos adquiridos y de su grado de cumplimiento. El instituto de la Conciliación, puede llevar al sobreseimiento y archivo de las actuaciones una vez producida ésta, y con independencia de que se hayan cumplido o no los compromisos adquiridos por el infractor, siempre que el incumplimiento se deba a causas ajenas a la voluntad del menor

2.3.- La adulteración del sistema a través de las sucesivas reformas del Código Penal por la ley 7/2000 de 22 de Diciembre en relación con los delitos de terrorismo y por la Ley 15/2003.

La publicación de la LO 5/2000 padeció de cierta inoportunidad por su nacimiento junto con el notable incremento de atentados terroristas, que motivaron a golpe de presión de medios de comunicación su modificación, incluso antes de acabara su periodo de vatio *legos* de un año prevista[665]. Las primera reformas llegaron de la mano de la ley 7/2000 de 22 de Diciembre de reforma del Código Penal en materia de terrorismo a través de su Disposición Adicional 4ª, y de la propiciada tres años más tarde con la nueva Disposición Adicional 6ª introducida por la LO 15/2003, igualmente modificadora del Código Penal. Estas reformas fueron de lleno afectantes al

delito, o se haya comprometido a cumplir la actividad educativa propuesta por el equipo en su informe. El desistimiento en la continuación del expediente sólo será posible cuando el hecho imputado al menor constituya delito menos grave o falta"

[664]Según el Art.19.2, a efectos de lo dispuesto en el apartado 1, se entenderá producida la conciliación cuando el menor reconozca el daño causado y se disculpe ante la víctima, y ésta acepte las disculpas: y se entenderá por reparación, el compromiso asumido por el menor con la víctima o perjudicado de realizar determinadas acciones en beneficio de aquellos o de la comunidad, seguido de su realización efectiva. Todo ello sin perjuicio del acuerdo al que hayan llegado las partes en relación al ejercicio de la acción por responsabilidad civil derivada del delito.

[665] Vid. PANTOJA GARCÍA, F., ob.cit,p. 21

derecho penal de menores, al propiciar la modificación de la LORPM. Sin embargo, el recorrido utilizado por el legislador para llevarlas a cabo llama poderosamente la atención, pues a través del uso de una técnica legislativa de remisión instrumentalizadora del derecho penal de adultos, adultera los principios inspiradores de la originaria Ley Orgánica 5/2000. Y es a través de estas reformas, donde puede observarse un hecho negativo y crucial para el futuro desenvolvimiento de esta ley; cual es, su notable fragilidad. Así, esta normativa de menores que nació con vocación de independencia y de especialidad, sufre las consecuencias de su interrelación con la tipicidad de los hechos delictivos y de las penas descritos por el código penal de adultos, y deja en entre dicho aquella vocación soñadora de lograr un derecho penal de menores de naturaleza independiente.

Esta manera de legislar, permite concluir que el derecho penal se ha empleado como un todo, como una posibilidad jurídica que absorbe a otros sucesos normativos que responden a principios diferenciados. En este sentido, Muñoz Conde nos dice: "La norma penal, el sistema jurídico penal, el derecho penal como un todo, sólo tiene sentido si se les considera como la continuación de un conjunto de instituciones públicas y privadas (familia, escuela, formación profesional, etc...), cuya tarea consiste igualmente en socializar y educar para la convivencia a los individuos a través del aprendizaje e internacionalización de determinadas pautas de comportamiento. Las diferencias existentes entre el sistema jurídico penal y otros sistemas de control social son más bien de tipo cuantitativo: el derecho penal constituye un "plus" adicional en intensidad y gravedad de las sanciones y en el grado de formalizan que su imposición y ejecución exige"[666]

Veamos la incidencia de estas reformas: a) La Disposición Adicional 4ª de la LO 7/2000, introduce en la jurisdicción de menores parámetros penales, prolongándose los plazos de

[666]Cfr. MUÑOZ CONDE, F., Derecho penal y control social. Fundación Universitaria de Jerez de la Frontera, 1981.

internamiento en régimen cerrado que se elevan hasta un máximo de 5 años para los menores de 16 años y de 10 para los menores de 18 años para los delitos de terrorismo y de 4 a 8 años respectivamente para los delitos más graves como homicidio, asesinato o violación. Continúa este autor exponiendo, "que la aplicación práctica de ésta reforma dado los límites establecidos para los autores de los delitos contenidos en la precitada Disposición Adicional 4º, impiden que puedan beneficiarse de las posibilidades de modificación, suspensión o sustitución, de las medidas conforme a los art. 14, 40 y 51 de LORPM hasta que haya transcurrido la mitad del "cumplimiento" de la medida de internamiento impuesta. Es evidente que esta previsión legal no es compatible con las posibilidades educativas y de adaptación de la medida a la evolución del menor, que es la piedra angular del sistema de la ley (…) a mi juicio-continua-se trata de introducir parámetros de derecho penal de adultos ante una presión importante contra una ley que necesita tiempo para ser evaluada y esto sin esperar si quiera a su entrada en vigor"99. b) La Disposición Adicional 6ª de la LO 15/2013, por su parte recoge, lo siguiente: "Evaluada la aplicación de esta LO, oídos el CGPJ, el Ministerio Fiscal, las Comunidades Autónomas y los grupos parlamentarios, el Gobierno procederá a impulsar medidas orientadas a sancionar con más firmeza y eficacia hechos delictivos cometidos por personas que, aun siendo menores, revistan especial gravedad, tales como los previstos en los art. 138, 139, 179 y 180 del Código Penal. A tal fin, se establecerá la posibilidad de prolongar el tiempo de internamiento, su cumplimiento en centros en los que se refuercen las medidas de seguridad impuesta y la posibilidad de su cumplimiento a partir de la mayoría de edad en Centros Penitenciarios".

Estas reformas introducidas en LORPM a partir del Código Penal supusieron una quiebra importante para los principios sobre los que se asentaba el modelo inicial[667], y no fue respetuosa con las expectativas previas de inserción, educación y socialización contenidas en la normativa de

[667]Cfr. NIETO GARCÍA, L.C., ult. ob.cit,p. 23

menores para cuya finalidad fue publicada, ni tampoco con la prevalencia del principio del interés superior del menor, recogido en el artículo 2 de la LO1/1996, que debe prevalecer sobre cualquier otro interés que pueda concurrir; por lo que siguiendo a Muñoz Conde, el derecho penal no se ha empleado como la continuación de una tarea socializadora correspondientes a otros ámbitos normativos, sino como el único e inmediato mecanismo posible de control social.

2.4.- La edad penal en la LORPM como criterio arbitrario y extrajurídico alejado del concepto de inimputabilidad.

La importancia de la edad desde una perspectiva jurídico-penal para los sistemas asentados en el criterio Biológico puro, reside en ser la medida de la imputabilidad penal a través de una finalidad que pretende proporcionar la seguridad jurídica necesaria para abordar toda problemática relacionada con la capacidad penal. Para ello, el ordenamiento jurídico parte de una gran ficción[668]; se trata de una regulación de exclusión de responsabilidad que se basa en que el niño y la niña todavía no es normativamente adsequible o bien en que no existe ninguna necesidad preventiva de punición. Esto significa que la edad cuenta con una eficacia extrajurídica porque subraya el límite fronterizo en la plenitud del desarrollo humano, aspecto en el que se forjan dudas científicas y doctrinales dado que la elección de una determinada edad acerca de la cual deba predicarse la responsabilidad penal, no responde a parámetros científicos.

Nuestra LORPM en su artículo 1.1 establece el límite de 18 años como edad-limite entre el sometimiento al código penal o a la LORPM en cuanto que introduce un tramo de responsabilidad que comprende desde los 14 hasta los 18 años. La elección del límite de edad de 14 años, no fue precedido de procedimiento científico que permitiera calcular, incluso con un margen de error, el

[668]Vid. ROXIN, C., Derecho penal. Parte general, tomo I, fundamentos. La estructura de la teoría del delito, 2ªedición. Editorial Cívitas S.A, Madrid, 1997, pp.847-848

momento en el que el ser humano adquiere un conocimiento suficientemente amplio y profundo de la naturaleza de las cosas y de los actos humanos, y pueda ser capaz de valorar, aún por aproximación, las calificaciones de bueno y malo y la manera de aplicarlas. Digamos que lo más parecido a un método científico para valorar esas magnitudes de un cambio de criterio entre los juristas y psicólogos, es simplemente teniendo en cuenta la experiencia de cada uno, la edad que a cada uno le parece, como indiciaria del desarrollo de la personalidad que piden las normas penales.[669] Por estos motivos, la edad penal no es más que una ficción, porque la madurez espiritual, dentro de la ley no tiene un sentido psicológico, sino que está fijada por un límite jurídico cuantitativo de la edad. Puede un menor poseer discernimiento pleno de sus actos o inversamente una persona mayor no haber alcanzado el límite mental que debe tener el menor para considerarlo adulto, y la situación no cambia.[670] Para Zaffaroni, no es posible considerar que un adolescente de quince años, once meses y treinta días sea inimputable y por el mero trascurso de la media noche de su cumpleaños, adquiera capacidad de culpabilidad.[671] De ahí, que difícilmente puede determinarse un correlativo contenido natural que sirva de soporte al concepto jurídico de la edad para identificarla con el completo desarrollo psicológico humano, y deben ser aquellas disciplinas científicas como la Psicología o la Biología,[672] las que proporcionen los elementos necesarios para

[669]Cfr. BUENO ARÚS, F., Menor edad: imputabilidad o inimputabilidad sui generis. Influencia en este punto de la ley orgánica reguladora de la responsabilidad penal del menor, en actual doctrina de la imputabilidad penal. VVAA. Estudios de derecho judicial. CGPJ. Madrid. 2006. ob. cit,p. 357. "En consecuencia fueron 14 como podían haber sido 13 o 15, y vale la pena recordar que CIU, como socio del PP en aquel momento, exigió que fueran los 12. ¿Y por qué no, 11 o 10? Los convenios internacionales, como se dice en otro lugar, establecen que los Estados fijarán una edad por debajo de la cual no habrá responsabilidad penal y que no será una edad muy corta, pero estos son conceptos jurídicos indeterminados que no nos ayudan en nada a tratar de fijar otro criterio que no sea el ojo clínico y la experiencia de cada cual."

[670]Vid. SOLER SEBASTIAN., Derecho Penal argentino II, Tipografía editora Argentina, Buenos Aires. 1992,p.55

[671]Vid. ZAFFARONI, E, R.,Tratado de Derecho Penal, Parte general, tomo I, Cárdenas editor y distribuidor, México, 1988, p.190

[672]Vid. QUIRÓS PÍREZ, RENEN., Manual de Derecho Penal, tomo III, Editorial Féñix Varela, La Habana, 2002,p. 4. Para este autor la razón de la inimputabilidad por la menor de edad, es idéntica a la de la enfermedad mental, con la única diferencia de que cuando se trata de la minoría de edad no consiste en una perturbación patológica, sino en una realidad biológica.

la determinación del momento en el que puede considerarse completo el desarrollo personal del sujeto y no el mero normativismo penal.

En este sentido, es curioso contemplar, ya sea a través de normas internas o de convenios internacionales, cómo se elude frontalmente el establecimiento de un estándar temporal concreto de responsabilidad penal, dejándose al albur del legislador la fijación de la edad-límite. Esta circunstancia, se traduce, que en aras de la seguridad jurídica deben hacerse esfuerzos para convenir en una edad mínima razonable que pueda aplicarse a nivel internacional.[673] En realidad, esta fijación trasciende a la función que tiene encomendada el derecho penal, al excederse de su misión de ser un ordenador de conducta, para asumir un rol jurídico-social por el que se le atribuye una posición de garante en la determinación del momento en el que debe ser predicable la responsabilidad penal del sujeto y que además le coloca en blanco fácil, para ser objeto de la frustración de la ciudadanía, ante la no identificación plena del binomio edad-capacidad en términos naturales.

Ocurre que la edad penal mínima, al constituir una ficción, debe ser tomada como una opción de política-criminal. La ventaja de esta visión es que permite abandonar el sentido técnico y científico necesario para lograr la determinación temporal de la capacidad penal, así como para pretender dar respuesta al momento de la madurez[674] o no del niño, acogiendo legislativamente una opción caracterizada por la edad a partir de la cual simplemente se decide sobre la intervención penal.[675] No obstante, este criterio presenta ciertas dificultades en el establecimiento de límites en la toma de identificación entre edad y capacidad penal, por lo que nada impide el castigo a edades

[673]Cfr. DOLZ-LAGO, J.M., Propuestas de reforma entre el populismo y el realismo, en anuario de justicia penal de menores. Edit. Astigi. En nota al pie,p.71

[674]Cfr. MIR PUIG, S., Derecho Penal, 4ªedición. Barcelona.1996,p.601, Este autor considera ilógico suponer que instantáneamente en el momento de arribar a la edad penal, el individuo pasa a ser capaz de comprender la ilicitud del acto.

[675]Vid. GIMENEZ-SALINAS COLOMER, E.,La legislación de menores en el S.XXI: Análisis de derecho comparado. Diario de sesiones del Congreso de los diputados. Consejo General del Poder judicial, Madrid.1999,p. 215.

demasiado tempranas.[676] Por ello, si se tiene en cuenta que ante la alarma social ocasionada por un posible aumento de la delincuencia juvenil, el legislador tiene a bien, como una opción político-criminal, rebajar la edad de la imputabilidad e incluir a menores que no habría alcanzado el pleno desarrollo de la personalidad, puede afirmarse que el legislador puede hacer uso de su potestad legislativa con fundamento en distintas consideraciones, pero en ningún caso en la propias derivadas de la ciencia de la conducta o de la biología. Esta cuestión es trascendental, porque en el establecimiento de edades-límites, la sombra más alargada se cierne sobre el ciudadano, dado el vacío jurídico defensivo que pudiera ser alegable, en aras de impedir el mantenimiento de la rebaja de la edad penal[677]. Interesante en esta materia, son las deliberaciones sobre el informe inicial que realiza el Reino Unido (Territorio dependiente de Hong Kong CRC/C/SR 329, párrafo 79) según la cual "los delincuentes muy jóvenes deben considerarse más bien como víctimas que como culpables, dado que las estadísticas indican que la mayoría de ellos proceden de ambientes familiares difíciles. Puede inducir a equivocación hablar de intención dolosa de cometer un delito en un niño de esa de edad. La inmensa mayoría de los países ha fijado la edad de responsabilidad penal mucho más alta (9 años) e incluso el límite de 14 años se considera bajo"[678]

[676] Entendemos que el artículo 25 de la CE y el respeto al interés superior del menor, deben conformar principios indisolubles ante indeseados intentos reformistas. Esta misma arbitrariedad fue denunciada en el uso de la antigua y denostada doctrina del discernimiento que encerraba graves dificultades prácticas y originaba inseguridad jurídica, en el bien entendido de que en el criterio-biológico puro, la habilitación de una edad concreta en un determinado momento histórico, para afirmar o negar capacidades en términos absolutos, escaparía a la competencia del propio legislador, valorando cualidades en los sujetos que se encuentran alejadas del conocimiento de la propia ciencia jurídica.

[677]Como posibilidades jurídicas cabrían varias. En un primer lugar, podríamos plantear, la inconstitucionalidad de la decisión legislativa por contravención respecto de los fines de la sanción penal a los que se refiere el artículo 25 de la CE, pues tratándose de menores, un castigo a una edad demasiado temprana no es un método de reeducación o de reinserción social. Aunque nos encontraríamos con el inconveniente de la Jurisprudencia del TC, que tiene reiterado que la reeducación y la reinserción social, no son derechos fundamentales, como posteriormente veremos. Una segunda opción, sería invocar la vulneración de acuerdos internacionales como el artículo 40.3.a de la convención de los derechos del niño, según el cual, "se establecerá una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tiene capacidad para infringir leyes penales" pero difícilmente podrá prosperar un recurso de esta naturaleza, cuando se deja su propio desarrollo y concreción, a los Estados integrantes de la convención.

[678]Cfr. DOLZ-LAGO., ult. ob. cit, nota al pie,p. 71.

En todo caso, constituye una cuestión objetiva, la imposibilidad en los tiempos actuales de lograr un efectivo fundamento científico a la determinación de una edad concreta, por lo que no cabe otra cosa que entenderla en una escena arbitraria, en la que nada impide su medición atendiendo a factores históricos o culturales, pero que en cualquier caso constituye una opción político-criminal del legislador cuyo único límite posible debe encontrarse en razones de utilidad[679] ,en los derechos fundamentales y sobre los que el estado de derecho presenta un auténtica laguna[680.]

En atención a lo expuesto, la edad jurídico-penal opera como un mecanismo que es utilizado por el Estado para llenar de contenido al concepto de imputabilidad en su aplicación a los menores infractores, dada las dificultades prácticas de objetivar en cada uno de ellos la capacidad natural de conocer y de valorar la significación de los propios actos, junto con la capacidad de decidir libremente acerca de su realización, en el entendimiento de que tales aptitudes depende de una serie de condiciones personales y ambientales.[681] Tratamos por tanto con el núcleo del sistema, esto es, con la importancia de determinar en qué periodo de la vida de un menor se le debe dar respuesta a sus comportamientos delictivos, y como debe verificarse la respuesta penal específica.[682] En puridad, la minoría de edad penal en el tramo determinado por la LORPM constituye un supuesto

[679] Si se analiza la cuestión desde perspectivas pragmáticas se concluye que la reducción de la edad mínima de responsabilidad penal carece de verdadera utilidad. Parece haber un acuerdo sobre la excepcionalidad de la intervención penal en menores de 12 y 13 años, que habría de reservarse a supuestos más graves en los que el pronóstico de riesgo delincuencial fuere severo, y de que tales supuestos no son afortunadamente frecuentes. (Cfr. Anuario de Justicia de Menores. Edit. Astigi. Nota pie de la Fiscal de Sala del Tribunal Supremo, en "propuestas de reforma entre el populismo punitivo y el realismo",p. 72)

[680]Cfr. BUENO ARÚS, F., ult.ob.cit,p. 349.

[681]Cfr. BUENO ARÚS, F., La ley de la responsabilidad penal del menor: Compromisos internacionales, análisis de la imputabilidad penal y la respuesta penal, la ley de responsabilidad penal del menor: situación actual, VVAA., ob.cit,p.327

[682]Vid. BERDUGO I/ ARROYO ZAPATERO, L/FERRÉ OLIVÉ JC/., Curso de derecho penal, parte general, 2ª Edit. Experiencias, Barcelona, 2010, p. 620.

de imputabilidad, justificado por la necesidad de someter a control formal los actos constitutivos de delito cometido por menores, quienes necesitan ser objeto de medidas educativas[683]. Para autores como Cuello Contreras, la minoría de edad no constituye un supuesto de inimputabilidad, ya que a los catorce años, por no decir de los dieciséis o dieciocho, el menor ya ha aprendido a diferenciar los contenidos vivenciales que le habilitan para controlar la realidad.[684]

En nuestra opinión, el término inimputabilidad referido a los menores infractores se encuentra alejado del contenido referido a la inimputabilidad de los adultos y del sistema del hecho punible clásico, y tratamos con una construcción exclusivamente normativa creada para justificar una finalidad excluyente y remisoria desde el sistema penal de Mayores al sistema de la LORPM, la cual los trasmuta en imputables en cuanto los somete a ella misma.[685] Sostener lo contrario, esto es, dotar a la imputabilidad del mismo contenido en cada sistema[686], supondría permitir la antinomia

[683]

[684]Cfr. WILFRIED RASCH.,Forensische Psychiatrie,2ª edición, 1999. pp.80 y ss. En el mismo sentido, CUELLO CONTRERAS, J., Reflexiones sobre la capacidad de culpabilidad del menor y su tratamiento educativo. Con una aportación al tratamiento de delincuentes jóvenes con trastorno narcisista de la personalidad, p. 125.

[685]Cfr. JAKOBS, G., Derecho Penal, PG, Fundamentos y teoría de la imputación, Trad. Cuello Contreras y Serrano González de Murillo, 2ª edición, Marcil Pons, Madrid, 1995,p. 575 y ss; considera el autor que la culpabilidad es únicamente un reflejo de la prevención general, entendiendo ésta como fidelidad al derecho y añade que la culpabilidad es funcional, "sólo el fin dota de contenido el concepto de culpabilidad".

[686]Cfr. CEREZO MIR, Curso de Derecho Penal Español, III, Teoría jurídica del Delito 6ª de. 2ª reimpresión, Técnos, Madrid, 2001,p. 50, define la imputabilidad como la capacidad de comprender el carácter ilícito de al conducta y de obrar conforme a ese conocimiento. Sin embargo, coincidimos con BUSTOS RAMÍREZ, J, Imputabilidad y edad penal, en criminología y derecho penal al servicio de la persona, Libro homenaje al profesor Antonio Beristain, instituto Vasco de Criminología, San Sebastián, 1989, pp. 471 y ss, para quien la formula del concepto de imputabilidad resulta discutible en su contenido, cuestión que tiene especial trascendencia en los jóvenes, criticando el anterior concepto por entenderlo como una fórmula demasiado restringida e insuficiente. En particular, este autor entiende, que el concepto tradicional de inimputabilidad como falta de conocer el injusto o falta de actuar en consecuencia con el conocimiento del injusto " no se puede aplicar al caso del menor". Concluye, que la problemática del menor no se puede reducir a éstos términos, sino que se trata de una consideración político-criminal global de su situación dentro del sistema social y considera que resultaría totalmente absurdo y una total ficción plantear sin más que el menor no tiene capacidad para conocer el injusto o no tiene capacidad para actuar en consecuencia con su conocimiento. Tal planteamiento carecería de toda fundamentación e implicaría negar la complejidad de la realidad del menor. Desde nuestro punto vista, la publicación

entre la inimputabilidad para el sistema penal de adultos y la imputabilidad para la LORPM, a salvo que el concepto de imputabilidad de la norma remisoria, se configure como un concepto vacío que únicamente indique la integración del menor en un sistema penal diferente, con su propia eficacia transversal. De ahí, que comportamos opinión con García-Aran[687] cuando afirma que la mayoría de las críticas al concepto normativo de culpabilidad se han dirigido a la "indemostrabilidad de su presupuesto", lo que se explica en parte, por el abandono del naturalismo.

En esta búsqueda de lograr una justificación apropiada acerca de la imputabilidad de los menores infractores, la doctrina acude al concepto de "imputabilidad disminuida" considerando que cuando el adolescente es penado nada excluye que opere una imputabilidad o culpabilidad disminuida, pues la ley entiende que puede haber un ámbito de autodeterminación estrechado aunque sea imputable[688] Se entiende que hablar de una imputabilidad plena es un error cuando el adolescente es penado, pues nada excluye que opere una imputabilidad o culpabilidad disminuida[689] Ahora bien, argumenta Roxin, que la imputabilidad notablemente disminuida no es una forma autónoma de semimputabilidad que se halle entre la imputabilidad y la inimputabilidad, sino un caso de imputabilidad, pues el sujeto es capaz de comprender el injusto del hecho y de actuar conforme a esa compresión[690] En todo caso, la pena no puede superar la medida de la culpabilidad, por lo cual una imputabilidad notablemente disminuida debe comportar también una pena notablemente disminuida[691], aserto que permite concluir, acudiendo a cierta coherencia, que la regulación legal obligada consistiría en mantener la misma pena que para los delincuentes que cometen los hechos con imputabilidad plena, pero con una circunstancia atenuante que obliga a

y entrada en vigor la LORPM, avala esta posición.
[687]Vid. GARCÍA ARAN, M., Culpabilidad, legitimación y proceso, en ADPCP, Tomo XLI, fascículo I, Enero-Abril, 1998,p. 73
[688]Vid. ZAFFARONI, EUGENIO RAUL., ob.cit. pp.191-192
[689]Cfr. SOLER,S., ob.cit,p. 191
[690]Vid. ROXIN, C., ob.cit,p. 839.
[691]Cfr. ROXIN, C., ob.cit. pp. 841-842

rebajar aquella en uno o dos grados[692] Esta posición a favor de la imputabilidad disminuida, encuentra escaso encaje en las consecuencias jurídicas dispuestas por la LORPM, que participando de la naturaleza de ser medidas restrictivas de derechos, responde a otros criterios y fines diferenciados, a través de una responsabilidad independiente de la genérica imputabilidad que se pretende aplicar, como puede ser la responsabilidad civil o la responsabilidad administrativa[693] No compartimos esta postura, que desde nuestro punto de vista, mutila el nudo gordiano: como tiene que haber imputabilidad, seguro que la hay, aunque no la vemos. [694]No son pues razones, relacionadas con la capacidad de culpabilidad las que justifican la la irresponsabilidad penal del menor, conforme al Código Penal, sino de otra índole político-criminal[695].

En nuestra opinión, el fundamento de la edad penal, se encuentra en algo más que una mera presunción de inimputabilidad, en tanto que es la moderna convicción político-criminal de que los menores no deben ser castigados como los mayores, ni deben ser objeto de aplicación de penas como ellos, sino que han de ser objeto de medidas educativas no penales y de naturaleza preventiva[696], la que justifica un tratamiento punitivo diferenciado fundado en la consideración de que los menores se encuentran en pleno desarrollo evolutivo. La decisión para atenuar la sanción de los jóvenes es la mayor sensibilidad penal y la presunción de que los fines de reeducación de la pena son susceptibles de ser alcanzados, con respecto a los jóvenes, en menor tiempo que el que requieren los adultos[697]. En realidad, la razón de un tratamiento especial de carácter educacional,

[692]Vid. BUENO ARÚS, F., La ley de la responsabilidad penal del menor: Compromisos internacionales, análisis de la imputabilidad penal y la respuesta penal, la ley de responsabilidad penal del menor: situación actual,VVAA., ob.cit p. 327. Como ya hicieron los códigos Penales de 1944, 1963 y 1973 con los mayores de 16 años y menores de 18 años.
[693]Vid. BUENO ARÚS, F., ult. ob. Cit,p. 327.
[694]Vid. BUENO ARÚS, F., Menor de edad: imputabilidad o inimputablidad sui generis, Influencia en este punto de la LORPM,p. 365.
[695]Cfr. CUELLO CONTRERAS, J., ob.cit.p. 125.
[696]Cfr. SUÑEZ TEJERA, YORUANYS., La determinación de la pena de acuerdo a la capacidad de culpabilidad que posee el adolescente, en contribuciones a las ciencias sociales, Febrero de 2012, disponible en www.eumed.net/rev/cccss/18/. pp. 11-12
[697]Vid.RIVERO GARCÍA, DANILO., La capacidad de culpabilidad o imputabilidad, en " su

obedece a que por debajo de cierta edad, más allá de los 21, el menor y el joven son mas enderezable que el adulto mayor de edad, razón por la cual merece pena apostar por la reeducación, y porque por debajo de ciertas edades, aunque se tiene capacidad de culpabilidad, es más difícil controlar los impulsos, sobre todo si el joven se ve sorprendido por experiencias con las que no se había visto confrontado hasta entonces.[698] Quizás esto explique el comportamiento de muchos menores. Basta pensar en delitos claramente explicados por la inmadurez, como los de conducción temeraria, vandalismo, abusos sexuales o reyerta en bandas, para darse cuenta de que a lo que asistimos es a un déficit en el control de los impulsos de quienes, muchos de ellos, nunca han sido enseñados a controlarlos.[699] Esto ocurre con menores procedentes de familias desestructurada, pero poco a poco, como evidencia la violencias en las aulas, también de familias acomodadas que no están sabiendo educar a sus hijos desde la primera infancia en el control de las pulsiones.Es más, la motivación del adolescente se encuentra ligada a su capacidad como ser humano en desarrollo.

2.5.- La problemática de los menores de 14 años.

La indeterminación generalizada en el establecimiento del momento en que es predicable la capacidad penal de los individuos lleva a la facilidad de encontrar movimientos con pretensiones de cambio. De hecho, la FGE aboga por extender la responsabilidad penal a edades inferiores a 14 años. Así lo manifestó el informe del pleno del Consejo Fiscal de fecha 20 de Diciembre 2005 sobre el anteproyecto de reforma de la LORPM, tas constatar que no podían quedar sin intervención los menores de edades inferiores a 14 años cuando cometen hechos graves, argumentando que la LO

---

ausencia en el momento del hecho delictivo, Boletín ONBC, No.3, Mayo-Agosto, CIABO, La Habana, 2000.

[698]Cfr.CUELLO CONTRERAS,J., ob.cit,p.125. " Así, el joven delincuente que realiza un atraco portando un arma de fuego es más fácil que cometa homicidio si es sorprendido que el profesional adulto, que tras múltiples experiencias habrá aprendido a que si todo está perdido es preferible dejarse prender que morir y matar."

[699]Cfr.CUELLO CONTRERAS, J., ob.cit,p.125.

4/1992 de 5 de Junio previa aquella a partir de los 12 años y que el proyecto de la LORPM la establecía a partir de los 13 años.

Pero la baza más influyente con la que juega la FGE para justificar sus pretensiones reformistas se encuentra en la Exposición de Motivo de la actual LOPRM, cuando nos dice que la vigente Ley Orgánica optó finalmente por restringir su aplicación a menores a partir de los 14 años, con el único argumento justificativo de que las infracciones cometidas por niños menores de esta edad son irrelevantes. Este informe parte de la premisa de que en la praxis existen supuestos en los que los menores de 12 y13 años han iniciado la senda de la delincuencia grave; pero sobre todo, el hecho de que existe una amplia percepción de no poder intervenir con eficacia ante los primeros síntomas serios de aproximación al delito del todavía niño o adolescente, dificulta de una manera considerable una actuación posterior frente a un adolescente ya iniciado. Para el informe referido, la solución no se encuentra en la aplicación del artículo 3 de la LRPM en cuanto a la reacción que nos pueda aportar el sistema civil de protección de menores, al considerar que tal respuesta arroja un desmedrado fruto, detectándose una absoluta falta de intervención en menores de esa edad, que comenten hechos inequívocamente graves.

La solución que disyuntivamente nos ofrece la Fiscalía parte de dos premisas, o por un lado se adoptan medidas para asegurar y hacer realmente efectivo un tratamiento adecuado en el ámbito de la protección de menores, que hoy por hoy, carece de herramientas procesales, sustantivas o materiales mínimamente operativas, o por otro, se rompe con la presunción iuris et iure de irresponsabilidad penal de los menores de 14 años,- *en cuanto que su fundamento no está claro científicamente*,- extendiendo el tratamiento de los menores de 12 y 13 años dentro del sistema de la ley penal juvenil, pero ampliando el margen del principio de oportunidad, de tal modo que la regla general fuera la no intervención en la mayoría de los supuestos, pero dejando un portillo abierto

para tales intervenciones cuando sean absolutamente imprescindibles.[700]

Pues bien, a pesar de que como venimos reiterando no existe un acuerdo internacional unánime en la determinación de la edad penal, llegando algunos estados de los EEUU de América ha admitir la responsabilidad penal de niños de 13 años, que pueden llegar a ser condenados a cadena perpetua, lo cierto es, que las convenciones internacionales se esfuerzan en recomendar a los estados la elevación de la edad penal a un momento aceptable. Así lo expresa el Comité de Derechos del Niño en la observación general 10/2007 de 25 de Abril, párrafos 32 a 35, de acuerdo con la Regla 4ª de Beijing, que recomienda a los estados no fijar una edad de responsabilidad penal demasiado temprana y si lo han hecho, deben elevarla hasta un nivel demasiado aceptable. El Comité además entiende, que una edad inferior a 12 años no es internacionalmente aceptable, por lo que alientan a los Estados a que la eleven a hasta ese límite absoluto y a que sigan elevándola. En particular, el párrafo 33, los anima a que no reduzcan la edad a los 12 años, porque la fijación a niveles más altos, 14 o 16 años, por ejemplo, contribuye a que la justicia juvenil trate a los menores en conflicto con la ley sin recurrir a procedimientos judiciales, de conformidad con el artículo 40. b) 3 de la CDN, en el entendimiento de que se respeten plenamente sus derechos y garantías legales[701].

A pesar de estos esfuerzos marcados por los instrumentos internacionales, la FGE pretende justificar la bajada de la edad penal a titulo de excepción en el hecho de que menores de 12 y 13 años han iniciado la senda de la delincuencia grave, contradiciendo los postulados de la recomendación citada que se muestra firme en la idea de fijar una edad mínima penal, que no permita excepciones, cuando se acusa un menor de un delito grave o cuando se aprecie en el mismo ,suficiente madurez. No obstante, en el derecho comparado encontramos países que han seguido esta posibilidad excepcional, entre otros, podemos citar al Estado de Pensilvania (EEUU)

[700]Cfr. DOLZ-LAGO., ob. cit,p. 70
[701]Cfr. DOLZ-LAGO, ob.cit, nota al pie,p. 72

que ha determinado rebajar a la edad de 14 años la posibilidad de remisión de un joven a una corte de adultos; y sin ir más lejos en la propia UE encontramos Estados Miembros donde la responsabilidad penal es exigible por debajo de los 14 años; de hecho, en Inglaterra se considera que una persona se encuentra bajo la jurisdicción de los tribunales juveniles si tiene entre 10 y 17 años inclusive. Del mismo modo, en Escocia, la edad de persecución penal es de las más baja de Europa, alcanzando la de 12 años de edad. En este aspecto, la bajada de la edad penal o el establecimiento de sistemas de transferencias descansa en una finalidad preventiva general, que se aleja de la dependencia de la justicia juvenil y de la valoración del proceso madurativo del menor, acercándose a sobrevalorar la antijuridicidad por la gravedad del hecho cometido.

En todo caso, la idea fundamental de una reacción diferente en torno a los delitos que son cometidos por los jóvenes infractores se basa en la edad, su nivel de madurez o en su capacidad de discernimiento, y la introducción de leyes de transferencia hace totalmente responsables a quienes a menudo carecen de la madurez social para abstenerse del delito o incluso distinguir totalmente lo bueno o lo malo[702], siendo este último distingo, el que ha venido imperando en nuestra dogmática-penal, consolidándose en nuestro ordenamiento jurídico-penal un ideario de responsabilidad penal que se inicia con la imputabilidad del sujeto cuestionado por la comisión del hecho, con un conjunto de presupuestos fundamentales, como la capacidad de comprender la ilicitud de los hechos y de actuar conforme a esa compresión, que no concurren en individuos de corta edad como suelen exponer los postulados científicos, sin que la gravedad o no de los hechos cometidos por los individuos se encuentre conectado con la determinación de la imputabilidad penal de los menores. A ello cabría añadir que los actuales modelos tanto familiar, escolar y social no propician una maduración temprana de los jóvenes. En términos de comparación con épocas pasadas, puede decirse que se dispensa actualmente a los niños una suerte de "sobreprotección" que en sistemas

[702]Cfr. DÜNKEL F / CASTRO MORALES, ob.cit.p. 18

familiares y sociales permisivos carentes de límites seguros, tiende a retrasar la autonomía personal, base de la plena imputabilidad[703]

En conclusión, la justificación para acceder a las pretensiones de la bajada de la edad penal para someter al menor al ámbito de la responsabilidad de la LORPM, es lo mismo que afirmar que un niño por debajo de los 14 años debe ser considerado inmaduro si fuera acusado de un delito normal, pero responsable conforme a la LORPM por la comisión de un delito grave[704]. Esta posición pretende hacer depender la aplicación de la LORPM a la gravedad del delito cometido, como elemento para medir la madurez del menor; si embargo, tal y como afirma Weijers y Grisso[705], un adolescente tiene el mismo nivel de capacidad para formar su intención criminal, sea cual sea el delito que desee cometer. Un enfoque sistemático exige tratar todas las ofensas o delitos igualmente.

2.6.-Consideraciones sobre posibles criterios distintos a la edad objetiva, en la determinación de la capacidad y la responsabilidad criminal.

Cabe abordar en éste apartado, si puede estructurarse el establecimiento de otros criterios complementarios en la determinación de la capacidad, diferentes al arbitrario de la edad. Estos criterios ajenos a la edad biológica, pueden dividirse básicamente en dos, teniendo en común la necesariedad de una prueba de capacidad. El primero de ellos[706], ya lo hemos padecido en legislaciones anteriores a través de la técnica del discernimiento, se trata por tanto, de establecer

[703]Cfr. DOLZ-LAGO., ob. cit, Nota al Pie,p. 71
[704]Cfr. DÜNKEL, F/CASTRO MORALES, A., ob.cit,p.18, extrapolando al menor no sometido a la LORPM, lo que manifiestan estos autores sobre el adolescente no sometido al código penal de adultos.
[705]Aunque referido al sometimiento del adolescente al código penal de adultos, por la gravedad o no del hecho cometido, en Vid. WEIJERS,I/GRISSO,T., Criminal Responsibility of Adolescents: Youth as junior Citizenship, in Juger-Tass and Dünkel, F (eds), Reforming Juvenile Justice. 2009. Doordrecht:Springer:45-67,p. 67.
[706]Vid. COMPAY CERVERA, I.,ob. cit,p. 750

una prueba por la que el sujeto mostrase si reúne o no las cualidades fundamentales para entenderlo capaz. Y el segundo, nunca llevado a la práctica, consistiría en establecer una prueba particularizada para cada derecho y libertad, que demostrase que la persona que lo realiza reúne o no las cualidades suficientes par ser considerada como persona capaz para ejercitar adecuadamente un derecho o libertad concreto. Esto lleva al estudio sobre la aptitud para el ejercicio especifico de determinados de derechos y libertades[707], pero no a la capacidad de entender la licitud o no de un determinado comportamiento y de ajustar el mismo a dicho comprensión, que es el parámetro utilizado en nuestra legislación para deslindar el tratamiento jurídico penal. Sin embargo, su deslinde a través de una edad concreta puede ofrecer serias dudas.

En efecto, el criterio de objetivo de la edad, no sólo genera dudas, sino también ciertas anomalías difíciles de justificar jurídicamente. Partiendo de que el desarrollo evolutivo humano puede dividirse en dos fases conceptuales a las que el derecho otorga distinta eficacia jurídica, por un lado, "la infancia" y por otro "la adolescencia", y que cada una de estas etapas en las que se encuentra el ser humano genera un peculiar estatus del que surge el reconocimiento de distintos derechos y libertades, y a pesar de ser la edad el elemento determinante en el logro de dicha diferenciación; no puede negarse, que nadie adquiere de la noche a la mañana las cualidades necesarias para ser considerado plenamente capaz, por el simple dato de haber cumplido dieciocho años, como tampoco nadie nace tan capaz como aquella que podía adquirir ese mismo día. Es evidente que tratamos con un proceso evolutivo. Razón que lleva a pensar, en que la utilización del criterio de la edad, supone un trato injusto para aquellas personas que teniendo las capacidades que

[707]Cfr. COMPAY CERVERA, I., ob. cit,p. 750. "En este sentido señala Farson que si el ejercicio por personas incapaces de determinados derechos y libertades, como las necesarias para la realización de actividades financieras, suponen riesgos para ellos mismos y para terceros, entonces es defendible que se tuviera que pasar una prueba responsabilidad y de madurez. Pero, si la realización de esa prueba tiene como fin la protección de la sociedad de actividades irresponsables, la misma razón fundamentaría su extensión tanto para los sujetos como para las actividades, es decir, que también habrá que considerar que los adultos deberían pasar esa prueba."

permitirían disfrutar correctamente de su libertad y ejercer consecuentemente sus derechos, son consideradas incapaces por ser más jóvenes que el límite fijado para la mayoría de edad[708].

Ocurre así, que el legislador, creador del momento a partir del cual se entiende que el individuo posee la capacidad necesaria para comprender las consecuencias de sus actos, puede a su vez originar situaciones anómalas y paradójicas, como anteriormente nos referíamos y que ocasionan indignación a la ciudadanía. Sin ir más lejos, un menor de 13 años no puede responder en absoluto del abuso sexual que lleve a cabo, porque la LORPM le niega capacidad mínima para valorar con pleno sentido el significado de la libertad sexual y adecuar su comportamiento a dicha comprensión; pero sí ésta reconocido legalmente en el código penal como titular de ese mismo bien jurídico y considerado capaz para aprehender el significado del bien y sus posibilidades y condiciones de ejercicio. O lo que es lo mismo: con la misma edad, en el mismo ámbito de actividad, con idénticas facultades psicológicas, con igual experiencia, incluso tratándose del mismo sujeto, se le presume capacidad para disfrutar plenamente de la libertad sexual, pero no para responder de las lesiones que pueda causar a la ajena. Ejemplo que podría producirse en prácticamente todas la áreas delictivas y sectores de actividad[709]. Del mismo modo, se reconoce que la mujer de 16 años en adelante puede abortar, porque entiende y sabe lo que hace con la misma claridad y responsabilidad que un mayor de edad. Sin embargo, esa misma mujer, no podría responder penalmente de forma plena si hubiera participado en un aborto punible, porque, dada su edad, se presume que no tiene capacidad para comprender la significación del hecho en que participa; lo que produce la paradoja advertida[710].

Abundando en ello, el hecho de que un menor de 16 años de edad, pueda casarse y en

[708]Cfr. COMPAY CERVERA, I., ob.cit,p. 741.
[709] Cfr. GONZÁLEZ RUS, J.J,p. 524.
[710]Cfr. GONZALES RUS, J.J., ob. cit,p. 524.

definitiva tenga derecho a fundar una familia conforme a lo prevenido en el artículo 39 de la CE, supone el reconocimiento del ejercicio del derecho a contraer matrimonio, y de disfrutar de la debida y constitucional protección de la familia, pero sin embargo, no se le reconoce la capacidad necesaria para responder de los delitos relativos a las relaciones familiares, tipificados en el título XII del Código Penal, como los derivados del impago de pensiones, o del abandono de familia, conforme al código penal de adultos.

Se hace evidente por tanto, que la elección de este criterio para determinar la capacidad o incapacidad de las personas partiendo de una franja de edad concreta, implica un trato injusto para determinados sujetos. Y no sólo esto, la paradoja se advierte del mismo modo en el sistema ideado por el Código penal de adultos y la LORPM, pues en las disposiciones de ésta última, a los menores entre 14 y 18 años se le atribuye una responsabilidad jurídica, a prior anatómica, con la declaración de inimputabilidad para este grupo de sujetos que declara el Código Penal de adultos, a salvo se entienda con un contenido diferente. Pues como es sabido, no cabe entender la existencia, de una responsabilidad sin capacidad.

En esta línea, abundamos en que debe procederse a un estudio y análisis más profundo, sobre la búsqueda de criterios distintos a la edad o complementarios con ésta, para afirmar o negar la existencia de capacidad para delinquir en los sujetos. Pretendiendo así, salvar el obstáculo desmoralizante e inseguro de la arbitrariedad legislativa existente en la determinación de las capacidades delictivas, advirtiendo un límite fronterizo de edad, contrario e incoherente con *la naturaleza de las cosas*.

Y dado que una edad concreta determinadora o no de la imputabilidad, ocasiona un vacío normativo en esta misma acepción, que lo relega a ser fundamento genérico y aséptico del

establecimiento de la capacidad penal; se hace preciso llenarla de contenido, con cada capacidad requerida para la lesión del bien jurídico concreto, evitando con ello, las incomodidades expuestas. En este sentido, podría ser interesante establecer la regla exigir la capacidad que permita al menos, la posibilidad, siquiera potencial, de desarrollo personal que el bien jurídico ofrece, lo que facultad al sujeto para su adecuado ejercicio, y en esa medida, para percibir y desvalorar las consecuencias de la lesión o el peligro para el mismo. En determinados bienes jurídicos, como por ejemplo, la libertad deambulatoria o el patrimonio, esa capacidad pueda estar presente antes de los 14 años, bastando la capacidad natural de juicio; del mismo modo la libertad sexual se considera legalmente que puede ejercitarse con plenitud a partir de los 13 años, lo que confirma que la determinación habrá de hacerse en atención a cada bien jurídico.[711]Por esta razón, si el sujeto puede ejercerlos con independencia de la edad, debe ser responsable de los ataques a los bienes jurídicos relacionados con esos derechos. De ahí, que no pueda admitirse, que un menor de 14 años que ha podido casarse con dispensa, ejerciendo el derecho constitucional del artículo 39 de la CE a fundar una familia, sea inimputable conforme al código penal común de un delito de agresión o abuso sexual, olvidando que el ejercicio del derecho referido actúa como un situación jurídica habilitante de capacidad, que desde luego, lo hace responsable, como así lo afirma la LORPM. Es decir, el menor tiene capacidad para ser responsable.

En conclusión, desde nuestro punto de vista, el fundamento de la responsabilidad criminal del menor puede relacionarse directamente con la capacidad para el ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas, tutelados en forma de bien jurídico a través del control formal, dotando de contenido a la imputabilidad predicable en el ámbito de la minoridad penal, en cuanto a este grupo de sujetos le compete la obligación de respetar aquello de lo que desde un punto de vista jurídico positivo él mismo disfruta. Esta visión no afecta para nada, a la finalidad reeducadora o

[711]Vid. GONZÁLEZ RUS, J.J., ob. cit. Pags. 528.

resocializadora, más al contrario, dota de sentido a aquella, en cuanto fija una finalidad objetiva que vendrá marcada por la enseñanza correcta del significado de cada bien jurídico protegido y su correlativo derecho.

3.-EL TRATAMIENTO JURIDICO-PENAL DE LOS MENORES INFRACTORES, EN EL DERECHO COMPARADO.

3.1.-La Constitución Española de 1973 y la CDN.

La entrada en vigor de nuestra Constitución permitió llevar la LTTM de 1948 a la orilla de la contradicción en muchos de sus preceptos, aunque se mantuvo allí durante más de una década. Tres eran las materias que chocaban frontalmente con los mandatos constitucionales: La organización de los Tribunales, sus competencias y el procedimiento que en ellos se sigue. No obstante, la promulgación de la Constitución no sólo trajo consigo la consagración de un conjunto de sus principios y valores básicos para la consolidación de un estado social y democrático de derecho, sino que además, abrió la puerta al reconocimiento internacional de los derechos relativos a la infancia, que tuvo sus comienzos con la promulgación de la declaración de los derechos del niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1959.[712]

Una vez publicada la Constitución, España ratificó por instrumento el día 30 de Noviembre

[712]Vid. COMPAY CERVERA I., ob. cit,p. 728. Es interesante en este ámbito resaltar la diferenciación que realiza Howard Cohen, respecto a la consagración de unos derechos específicos del niño, con independencia de los recogidos en la declaración universal de los derechos Humanos. Así, considera que los derechos humanos son reconocidos y garantizado porque con ellos se adquiere y mantiene un mínimo de humanidad común *("the "essence" of humanity*") en todas las personas, que se concreta en la posesión de tres características: la razón, la libertad y la dignidad, Pero, en la medida en que se considera que los niños no tienen ese mínimo común, no se podría considerar que les son atribuibles los derechos humanos. Se podría aceptar que: los derechos humanos también tienen el cometido de ayudar a los niños a desarrollar esas capacidades que constituyen el mínimo común de humanidad, que ellos sólo tienen en potencia. Para Cohen esto implicaría otra serie de derechos humanos distintos de los que disfrutarían de adultos, un planteamiento propio del proteccionismo que es lo que considera que fundamentó la Declaración de los derechos del niño dé la ONU de 1959. Pero, de acuerdo con lo antes señalado, esta consideración de derechos humanos de los niños significaría simplemente un punto de partida que ya está superado en cuanto tal, al menos en las sociedades más avanzadas, y, en todo caso, sobrepasado en las reivindicaciones liberacionistas.

de 1990, *la convención de los derechos del niño,* adoptado por la asamblea General de las naciones Unidas, el día 20 de Noviembre de 1989, erigiéndose en parte de la misma. Y aunque no faltan autores como Vázquez González, que consideran que la convención no es propiamente un tratado y por lo tanto carece de valor vinculante, lo cierto es, que nuestra constitución en su artículo 96.1 al decirnos que "los tratados internacionales, válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento jurídico. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados de acuerdo con las normas generales del derecho internacional", proclama el carácter obligatorio del derecho internacional y su prevalencia sobre el *derecho* interno, que no puede modificar a aquel[713]. Es más, nuestra Constitución recoge en su artículo 39.4 "que los niños gozaran de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos".

Por su parte, y de manera relevante, la convención nos ofrece la definición del que debe ser considerado niño, pero no del que puede ser actor principal de la jurisdicción de menores. En efecto, al niño, en su artículo 1 lo define como todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que en virtud de la ley que sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad; pero por otro lado, en su artículo 40.3 a) establece un mandato a los estados partes en virtud del cual se deberá establecer una edad mínima antes de la cual se presume que los niños no tienen capacidad para infringir leyes penales; en una clara asunción del criterio cronológico-biológico, pero de todo punto indeterminado, al no establecer edad-limite alguna. Aunque si promueve la necesidad de un tratamiento a los niños infractores de leyes, que fomente la integración de los mismos y que estos asuman una función constructiva para la sociedad.

[713]Cfr. VÁZQUEZ GÓNZALEZ, C., Justicia penal de menores: Marco internacional, en SERRANO TARRAGA, Mª.D Y VÁZQUEZ GÓNZALEZ, C(eds): Derecho penal juvenil. 2ª Edición. Dykinson, Madrid. 2007,p. 193.

Pero además de la garantías y las declaraciones de intenciones recogidas por la convención, para autores como Landrove Díaz adquiere una relevancia fundamental que se recoja expresamente en su artículo 40.2 a) que "*no podrá alegarse que ningún niño ha infringido las leyes penales, ni podrá acusarle o declararle culpable de haber infringido esas leyes, por actos u omisiones que no estaban prohibidos por las leyes nacionales o internacionales en el momento en que se cometieron*", en cuanto que supone la superación del sistema derivado del correccionalismo, por el sometimiento a los principios de legalidad y de irretroactividad de las disposiciones normativas, cuestión que determina una significativa rectificación de criterios anteriores, que aceptaban la posibilidad de procesar a un menor por la realización de algún acto concreto que no fuese punible, tratándose del comportamiento de los adultos[714], piénsese, a modo de ejemplo, en las posibilidades del internamiento por simple corrección paterna.

También la constitución permitió con base al precitado artículo 96.1 formar parte d*el pacto internacional de derecho civiles y políticos y del pacto internacional de derechos sociales y culturales* (ambos de las Naciones Unidas de 19 de Diciembre de 1966 y ratificados por España el día 13 de Abril de 1977, BOE de 30 de Abril del mismo año), del primero interesa destacar según Bueno Arús[715], el derecho a la protección de la infancia (art. 23), no discriminación de niños (art.24), igualdad ante la ley (art.26). Y el segundo: la protección de las familias, las madres y adolescentes (art.10), nivel de vida adecuado y protección contra el hambre (art. 11), derecho a la salud física y mental y reeducación de la mortalidad infantil (art.12) y el derecho a la educación (art.13) entre otros.

[714]Cfr. LANDROVE DIAZ, G., Derecho penal de Menores, Tirant lo Blanch,Valencia, 2001. p. 113.
[715]Cfr. BUENO ARÚS, F., ult. ob.cit,p. 286.

3.2.- La CDN: sus reservas por diferente estados.

Conviene antes de descender sobre los puntos críticos objeto de reserva por parte de algunos de los países firmantes de la convención de los derechos del niño referir los instrumentos internacionales[716] relacionados con la infancia que actualmente poseen plena vigencia. Podemos destacar, los siguientes[717]: 1.-) Las Reglas de las Naciones Unidas para la administración de justicia de menores de 1985 (Reglas de Beijing). 2.-) Las Reglas de las Naciones unidas para la protección de los menores privados de libertad de 1990. 3.-) Las directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil de1990 (Directrices de Riad) 4.-) La Convención sobre los derechos del niño de 1989 (CDN).

En este acervo internacional se diferencian dos tipos de legislación, la llamada legislación vinculante y la legislación de naturaleza flexible. A la primera, responden los tratados, convenciones o pactos, y únicamente los estados que manifiestan de forma oficial, su adhesión a los mismos, quedan debidamente vinculados. En la segunda se incluyen todos los demás elementos intergubernamentales como declaraciones, directrices y normas, que son aprobados en foros internacionales como la Asamblea General de las Naciones unidas, sin implicar obligaciones

[716]Cfr. EL INNOCENTI DIGEST "Justicia Juvenil". http://www.unicef.cl/archivos_documento/102/digest3s.pdf. UNICEF, p. 6. Son significativas las definiciones de "niño", "menor", "joven" y "juvenil", que se utilizan en los distintos instrumentos internacionales que vamos a mencionar. Así, mientras la CDN se aplica a todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad, utiliza el término niños para describirlos. Las reglas de Beijing (anteriores a la CDN), emplea el término menores a definir el grupo que constituye su objetivo, si bien no establecen un grupo de edad determinado, señalan sin embargo, que a los efectos del documento "menor es todo niño o joven que, con arreglo al sistema jurídico respectivo, puede ser castigado por cometer un delito en forma diferente al adulto" (Regla 2.2.). Las directrices de Riad, por su parte, hacen uso de los términos niños y jóvenes, a menudo combinados; además emplean "juvenil" sólo como adjetivo.

[717] Curiosamente los textos de los distintos instrumentos internacionales, de carácter no vinculante, fueron redactados a la misma vez que la confección del borrador de la CDN, por lo que no es de extrañar que ésta refleje los mismos principios fundamentales e intensifique la fuerza de muchas normas contenidas en las anteriores.

formales con respecto a su puesta en práctica.[718]

Centrándonos en la CDN instrumento de obligado cumplimiento para los firmantes, cabe manifestar que ésta ha sido paulatinamente ratificada por todos los países. Así, en el año 1997, había conseguido una plena ratificación mundial con la excepción aislada de los EEUU de América. Somalia[719], ha sido el último país en llevar a cabo la ratificación; haciéndolo el día 20 de Enero de 2015. En todo caso, no es baladí especificar, que en el momento de ratificar un Tratado o adherirse a él, los estados pueden expresar reservas con respecto a todas aquellas disposiciones a las cuales no deseen estar vinculados, siempre a condición de que el contenido de las reservas no se considere contrario al espíritu básico y a la finalidad misma del tratado, y que la mayoría de los estados partes no se opongan a ella.[720]

Pues bien, una fuente de conflictos regulada por la convención es la conocida regla 37 c) por la que se determina que todo niño privado de libertad deberá estar separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del mismo, dado que países como Australia, Canadá, las Islas Cook, Islandia, Nueva Zelanda, Suiza y Reino Unido sostienen que hay situaciones en las cuales la separación no es posible (falta de instalaciones) o no adecuada (conllevaría un distanciamiento inapropiado entre el niño y su familia).[721] Otros países como Japón ha decido aplicar la separación hasta la edad de 20 años. Del mismo modo, la regla a) del artículo citado, también ha sido fruto de reserva por algunos Países. Según ésta, ningún niño será sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, y no se impondrá la pena capital ni de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18

[718]Cfr. EL INNOCCENTI , ob.p. 2.
[719]Somalia ratifica la convención sobre los derechos del niño, en Observatorio Internacional de Justicia Juvenil. Viernes, 30 Enero de 2015. África. Somalia.
[720]Cfr. EL INNOCCENTI DIGEST, ob. Cit, p.2
[721]Cfr. EL INNOCENTI DIGEST, ob.cit. pp 2 y 3.

años de edad. Sin embargo Singapur ha preferido conservar el derecho a hacer un uso "juicioso" del castigo corporal y adoptar cualquiera de las medidas de encarcelamiento que pudieran ser necesarias para la seguridad nacional y el orden público.[722]

Por otro lado, la amplia regla 40 de la CDN también ha sido objeto de comportamientos reservistas por parte de numerosos Estados. En concreto el apartado 2. b. V, según el cual si se considerase que un menor a infringido leyes penales, será sometido a una autoridad u órgano judicial superior competente independiente e imparcial, conforme a la ley. Así países como Bélgica, Dinamarca, Francia, Alemania, Mónaco, los Países Bajos, Suiza y Túnez, establecieron límites a los casos en que el menor pueden estar sujeto a revisión por un organismo judicial superior, en concreto la República de Corea declaró que no quería estar vinculada con tal disposición. Alemania y Países Bajos declararon que las infracciones de los menores podían ser asistencia legal[723]

Por último, diversos países en los que se aplica la legislación Islámica han mostrado una reserva a la totalidad a la CDN, siguiendo la línea adoptada por Arabia Saudita "con respecto a todos los artículos que se encuentran en conflicto con la ley islámica". Del mismo modo se Malasia, ha decido aceptar las obligaciones que se derivan de la convención solo en la medida que se adecuaran a la constitución de país y a las legislación y a la política nacional[724].

3.3.- Consideraciones generales sobre la responsabilidad penal del menor, en el ámbito de la Unión Europea.

El tratamiento jurídico de la minoría de edad penal y de la criminalidad juvenil en el

[722]Cfr. EL INNOCENTI DIGEST., ob.cit, p. 3.
[723]Cfr. EL INNOCENTI DIGEST., ob. cit,p. 3
[724]Cfr. EL INNOCENTI DIGEST., ob. cit, p. 3.

contexto de la Unión Europa aparece caracterizado por la escasa uniformidad de regulación entre los Estados miembros integrantes de la Unión. En los últimos 25 años, los sistemas de justicia, han presentado considerables cambios, particularmente en los países de orientación socialista de Europa del Oeste y Central. También, han emergido en Europa del Este, políticas de justicia juvenil diferentes y a veces contradictorias.[725] En numerosos países Europeos puede observarse que la política de justicia juvenil tiende a la intervención penal a través del aumento de las penas y la introducción de formas adicionales de control y seguridad en la detención. Esta tendencia se observó en reformas de justicia juvenil en Holanda en 1995 y en algunos aspectos, en Francia en 1996, 2002 y 2007, o las reformas de Inglaterra y Gales en 1994 y 1995.[726] Del mismo modo, incluso en países con estables y moderadas prácticas en justicia juvenil, la retórica de los debates políticos es dominada por el populismo penal con distintos tonos neo-liberales.[727]

Por otro lado, no cabe desconocer otra tendencia influyente, que pone el acento en los sistemas de diversión. A la gran mayoría de los jóvenes imputados en Europa, con excepción de los que cometen delitos graves, le son aplicadas las medidas de diversión: por ejemplo en Bélgica 80 por ciento, Alemania cerca del 70 por ciento. En otros países como Croacia, Francia, Holanda, Serbia y Eslovenia, esto es consecuencia de reconocido principio de economía procesal, que entrega

[725]Cfr. DÜNKEL, F/CASTRO MORALES, A., ob.cit,p. 1
[726]Cfr. DÜNKEL F./CASTRO MORALES, A., ob.cit,p.2
[727]Cfr. GARLAND,D.,The Culture of Control. Crime and Social Order in Contemporary Society. Chicago:The University of Chicago Press. 2001. Para este autor, hay muchas razones para el incremento de las tendencias neo-liberales. Algunas pueden ser fundadas en el renovado énfasis en las filosofías penales, tales como, la retribución e incapacitación, y en las políticas de juzgamiento que demonizan la violencia juvenil, a menudo a través de sentencias indeterminadas. Muchas de las políticas represivas han ganado importancia en países con particulares problemas de juventud inmigrante o con miembros de etnias minoritarias, que han tenido dificultades de integración dentro del mercado laboral y que viven sesgados en las afueras de la ciudad. Estas son personas que tiene escasas probabilidades de escapar de las clases inferiores, configurando un fenómeno que socava " la estabilidad social, cohesión social y crea mecanismos de exclusión social". Ellos corren el riesgo de ser marginalizados y eventualmente criminalizados. En este contexto, los infractores reincidentes reciben mayor atención con cambios legales restrictivos, por ejemplo, en Inglaterra y Gales, Francia y Eslovaquia. En el mismo sentido, DÜNKEL F./CASTRO MORALES, A., ob.cit,p.4.

al persecutor, e incluso a la policía, distintos grados de discreción. Excepciones, donde la diversión no es permitida, pueden encontrarse en algunos países de Europa Central y del Sur, pero en estos casos debe observarse, la aplicación de salidas alternativas, generalmente dirigidas para la criminalidad patrimonial de escasa cuantía. Italia por ejemplo, contempla el perdón judicial, el cual tiene características propias de la diversión que es aplicado en las cortes juveniles.[728] Además de estas políticas empleadas, la justicia restaurativa[729] también ha sido implementada exitosamente en Europa, aunque con una aplicación moderada. En Inglaterra, dicha política juvenil se emplea a través de las llamadas "ordenes de reparación" y en Alemania, con la reparación entre víctima y el ofensor, incorporadas como medidas educativas en los parágrafos $$10 y 15 de la Ley de Tribunales Juveniles. Por su parte, en Bélgica, se emplean las llamadas "conferencias familiares"[730] importadas en origen de Nueva Zelanda, como formas de mediación que buscan activar redes sociales y familiares de ambas partes.

Por otro lado, en relación con la edad de responsabilidad criminal de los menores, la determinación de una edad concreta sigue siendo la regla general, que sigue manteniendo su carácter arbitrario, de difícil concreción, a pesar de las pretensiones unitarias de la Unión Europa por mantener criterios unívocos en la erradicación de este tipo de delincuencia. El mínimo de

[728]Cfr. DÜNKEL F./CASTRO MORALES, A., ob.cit,p.6

[729]Cfr. DÜNKEL F./CASTRO MORALES, A., ob.cit,p.7. Reconciliación entre la víctima y el ofensor, mediación o sanciones que requieren reparación, como también disculpas para la víctimas, juegan un rol particular en las políticas de los últimos 15 años. Proyectos pilotos de mediación, fueron introducidos en 1990 en países como Esolvenia (desde 1997) y en República Checa. Estos son especialmente incorporados como salidas informales (diversión).

[730]Cfr. MERINO ORTÍZ,C/ROMERA ANTÓN, C., Conferencias de grupos familiares y sentencias circulares: dos formas ancestrales de resolución de conflictos dentro del paradigma restaurativo., en Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología. San Sebastián, nº12-1998. pp. 286 y ss. Como exponen estos autores las conferencias familiares y las Sentencias circulares son dos sistemas de resolución de conflictos en el ámbito penal, que se basan en acuerdos en los que se tiene en cuenta la opinión de diferentes miembros de la comunidad en el deseo de reconciliación entre los victimarios, las víctimas y las familias de ambos. Ubicado su origen en grupos étnicos Neozelandeses y norteamericanos, se van introduciendo progresivamente como alternativas al sistema de justicia tradicional en diversos países occidentales.

responsabilidad criminal varía en Europa entre 10 años (Inglaterra y Gales, Irlanda del Norte y Suiza), 12 (Holanda, Escocia[731] y Turquía), 13 (Francia), 14 (Austria, Alemania, Italia, España, Eslovenia, Estonia, Hungría, Italia, Letonia y Rumanía, 15 en Grecia y países Escandinavos, o 18 años en Bélgica.

Con carácter general puede caracterizarse la regulación de la responsabilidad penal del menor en el ámbito comunitario, como una regulación mixta, que acoge a través de sus estados miembros, la aplicación tanto del criterio biológico como también del denostado criterio del discernimiento, aunque aderezado por su unión indisoluble con el anterior sistema. Sin embargo, a pesar de que en estos países la aplicación del criterio objetivo funciona de manera absoluta, y supone la intervención del derecho penal de manera inmediata, también es cierto que en algunos de ellos, como también en otros estados miembros, el referido criterio permite ser flexibilizado. Este es el caso de Bélgica y Luxemburgo, donde la edad minina de intervención penal es la de 18 años, pero que permite su rebaja excepcional en dos años, ateniendo al criterio de la gravedad del hecho cometido. En esta línea se encuentra Irlanda que de los 12 años puede bajar hasta los 10, y Lituania y Rusia que de los 16 años desciende hasta los 14[732]. Como afirma Dünkel, esta graduación de

[731]Vid. INNOCENT DIGEST, ob.cit, p. 11. Con respecto al sistema Escoces, cabe destacar que es objeto de aplicación a los menores de 18 años, a menos que la naturaleza de la infracción sea muy grave. Este sistema determina, que en lugar de comparecer ante un tribunal penal, estos asisten a una audiencia en la que el ambientes es menos formal y hostil que en un tribunal. Allí, un jurado de legos cualificados decide, tras haber hablado con la familia, los asistentes sociales, los profesores y el niño en cuestión, el procedimiento a seguir teniendo en cuenta el bienestar del niño. Contra las decisiones adoptadas en estas audiencias puede recurrirse a los Tribunales, pero la audiencia misma el niño no tiene derecho a ser representado legalmente. Puesto que esta posibilidad contradice el artículo 37.d de la CDN, el cual garantiza el derecho de representación legal. El gobierno británico estableció una reserva al ratificar la CDN, alegando que quería reservarse el derecho a seguir a aplicando el actual sistema de audiencia infantiles. Sistema que al cabo de los años, ha resultado ser muy eficaz para tratar los problemas de los niños. Esta reserva fue retirada el 18 de Febrero de 1997.

[732]Cfr. GÓNZALEZ TASCÓN., M,M., Un nuevo reto para la Unión Europa: la delincuencia Juvenil, en un derecho penal comprometido., VVAA, ob. cit,p. 553. También Vid. PRUIN, I, The scope of juvenile justice systems in Europe. In: Dünkel, F., Grzywa,j.,Horsfield, P and Pruin, I (eds), Juvenile Justice Systems in Europe-Current Situation and Reform Developments.2nd, Mönchengladbach:Forum-Verlag:1539-1582.

responsabilidad debe ser criticada, ya que es contraria a la filosofía de la justicia juvenil, que sanciona, no sólo la consideración a la gravedad del delito, sino que además, en consideración al desarrollo individual, salud, capacidades, madurez y otros rasgos de la personalidad[733]. No obstante, como decimos, el viejo criterio del discernimiento sigue siendo objeto de uso por algunos países de la Unión Europa. Esta fórmula se concreta con carácter genera en la existencia de dos edades mínimas a efectos de responsabilidad penal[734].,una motivada por no haber alcanzado la edad de responsabilidad penal y otra derivada del hecho de no gozar de la capacidad de culpabilidad a pesar de haber cumplido la edad mínima de responsabilidad penal y no haber alcanzado la mayoría de edad penal para responder con arreglo al sistema penal de adultos. Tal sería el caso de países como Alemania[735], Austria, Bulgaria, Estonia, Italia[736], Malta, República Checa y Rumanía, aunque luego en la práctica judicial se prescinda de la prueba del discernimiento como ocurre en Alemania o sencillamente sea el juez el encargado de valorar la madurez del menor sin asistencia profesional alguna[737]. En concreto en Alemania nos dice la norma "El joven es jurídicamente responsable (14 a 18 años) cuando en el momento del hecho es suficientemente maduro según desarrollo moral y mental para comprender, el injusto del hecho y actuar conforme a dicha comprensión."[738] En la

[733]Cfr. DÜNKEL, J/CASTRO MORALES., ob.cit,p. 14
[734]Cfr. GÓNZALEZ TASCON, M.M., ult. ob. cit,p. 552.
[735]Vid. PÉREZ VITORIA, O., ob. cit. pp. 33, 34. El código penal del Reich, en su artículo 55, disponía que están exentos de pena los niños menores de 12 años. Posteriormente una ley de 16 de Febrero de 1923, elevó el límite de edad, a la de 14 años, de modo que hasta esa edad, el menor era inimputable. El mayor de 14 y menor de 18,cae dentro de la jurisdicción de los Tribunales de menores, los cuales pueden aplicar las penalidades establecidas en el código penal, si bien fuertemente reducidas, o medidas educativas, si las estima suficientes, o bien en combinación con las citadas penas. Posteriormente una disposición de 9 de Agosto de 1937, instituye en los tribunales ordinarios secciones especiales para menores, las cuales son competentes para entender no sólo de los delitos cometidos por estos, sino también de los delitos contra las buenas costumbres, cuyo sujeto pasivo sea un menor de 16 años.
[736]Vid. PÉREZ VITORIA, O., ob. cit,p. 31. Tradicionalmente Italia ha mantenido la posibilidad mixta de mantener el criterio objetivo de la edad, que en el Código Penal de 1930, se entendía en los 14 años, de tal modo que el menor de esa edad se le consideraba inimputable, aunque podía ser internado en centros de corrección y reforma; y para los menores comprendidos entre los 14 y 18 años, se aplicaba el criterio del discernimiento.
[737]Cfr. GÓNZÁLEZ TASCÓN, M..M., ult.ob.cit.p. 552.
[738]Cfr. S3 JGG Alemana.

utilización del criterio del discernimiento, también coincide Francia[739], en tanto que el criterio objetivo de la edad lo adopta para justificar la aplicación de las penas, una vez que el menor cumpla la edad de 13 años. Sin embargo a través de una reforma propiciada por una ley de 9 de Septiembre de 2002, se permite que los menores de 10 años puedan ser sometidos a sanciones educativas. En Inglaterra, sin embargo, la dureza y severidad en el tratamiento general de los menores vino de la mano de la entrada en vigor del *crime and Disorder act de 1998,* donde se establece una presunción de capacidad, por la que se consideran a los niños de 10 años enteramente responsable y podrá ser juzgado por un Tribunal de Menores. Recordando la Convención de los derechos del Niño, por la que se establece en su artículo 43.3.a) que los estados partes trataran de promover el establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presuma que los niños no tienen capacidad para infringir normas penales, y también las denominas Reglas de Beijing que postulaba que " en los sistemas jurídicos que reconozcan el concepto de mayoría de edad con respecto a los menores, su comienzo no deberá fijarse a una edad demasiado temprana, habida cuenta de las circunstancias que acompañan a la madurez emocional, mental o intelectual". Sin embargo por la propia naturaleza de estos textos, y la gran controversia que por razones de política-criminal, rodea la determinación de la edad mínima de responsabilidad penal han condicionado que ese pronunciamiento no se complete con el señalamiento de una edad fija.[740] En este aspecto, no faltan autores como Berdugo

[739]Cfr. PÉREZ VITORIA, O., ob. cit. Pág 36. Históricamente para Francia, la edad de 13 años ha resultado significativa desde el punto de vista de la responsabilidad penal. De hecho "la ley de 22 de Julio de 1912, integrada por la denominada *ley de Tribunales de menores y adolescentes y libertad vigilada,* disponía que los menores de 13 años, en caso de delito, debían comparecer ante el tribunal civil, constituido en Cámara de Consejo, para que acordara las medidas de tutela, vigilancia, educación, reforma o asistencia, a que debieran ser sometidos. Los menores de trece a dieciocho años autores de delito, pertenecen a la jurisdicción de los Tribunales Correccionales constituidos en Tribunales de niños y Adolescentes (T.E.A) en audiencia especial. El Tribunal puede condenar a estos menores a la pena establecidas para los delincuentes adultos, si bien, con la fuerte atenuación que marca la ley, en el caso de que el Tribunal estime que hayan obrado con discernimiento. Si el menor ha obrado sin discernimiento es absuelto, pero sometido a las mismas medidas que el menor de trece años, por un tiempo que el propio tribunal determinará, que nuca podrá exceder, sin embargo, del momento en que cumpla los 21 años de edad"

[740]Cfr. GONZÁLEZ TASCÓN, M.M., ob. cit,p. 550

Gómez[741], para los que el establecimiento de una edad mínima ya había sido propuesta a finales del S.XIX, por la unión internacional de Derecho Penal, habiéndose apuntado a este respecto la edad de 14 años. Sin embargo, el denominado Comité de los derechos del Niño, de una manera tibia sin llegar a pronunciarse de forma clara y meridiana, a lo máximo que ha llegado a entender que no debe fijarse la edad mínima para la responsabilidad penal por debajo de los 12 años.

3.3.1.- Los Jóvenes adultos y los sistemas de transferencia en la UE.

Así como existen tendencias en torno a la posibilidad de extender la justicia juvenil para los jóvenes adultos, también existen tendencias contrarias, desarrolladas en USA y también encontradas en algunos países europeos, tendentes a juzgar a los adolescentes en cortes de adultos. La justificación de los sistemas de transferencias se encuentra en las demandas ciudadanas que reclamaban mayor contundencia para responder del comportamiento delictivo de los jóvenes. La literatura comparada ha revelado cómo la opinión pública hacia el castigo de los menores, se encuentra sujeta a la naturaleza del delito, de tal modo que los hechos violentos establecen un clara ruptura entre las actitudes punitivas y no punitivas de la ciudadanía.[742] En realidad, la creación de la técnica de transferencia hunde sus raíces en la desconfianza de aquella hacía el sistema específico de menores, cuestionando la condición de estos como consecuencia de la comisión de delitos de especial gravedad[743].

[741]Cfr .BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, I., La evolución del Derecho Penal contemporáneo y la unión internacional del Derecho Penal, Ed. Universidad pontificia de Salamanca. 1982. pp. 81-82.

[742]Cfr. JAN, I.F/BALL,J/WALSH,A., Predicting public opinion about juvenile waivers, criminal justice policy review, 19(3). 2008,p. 285-300. También Vid. MAYS, L.G/RUDELL, Do the crime, do the time: juvenile criminals anda adult justice in the América court system. California: ABC-CLIO. 2012. Para estos autores, todo ello queda justificado en la medida en que los ciudadanos se muestran ambivalentes hacia el tratamiento de los delincuentes juveniles, expresando tolerancia hacia los delitos leves y reclamando contundencia cuando se trata de infracciones graves.

[743]Cfr. AIZPURUA GÓNZALEZ, EVA/FERNÁNDEZ-MOLINA, E., ¿Procedimiento de adultos para delitos mayores?, una aproximación a la opinión pública hacia la transferencia de los menores infractores a tribunales ordinarios. Revista electrónica de ciencia penal y criminología. 2014, núm 16-16. pp. 16:1-16:18. Disponible en internet: http://criminet.urg.es/recpc/16/recpc 16-16.pdf,p.

Países con el sistema de transferencia o "waivers", argumentan que este sistema está justificado en virtud del efecto preventivo general de las sanciones más graves que se aplican a los jóvenes infractores. Consideran los Waivers como "una válvula de seguridad" necesaria para las Cortes Juveniles, porque la ley no prevé respuestas adecuadas para los casos más graves.[744] Siguiendo a Killias y Villettaz[745], la ineficacia de la válvula de seguridad para la comisión de delitos futuros es clara, dada la clásica reacción que el sistema de justicia criminal de adultos prevé para los delitos graves, esto es, las sentencias privativas de libertad de larga duración. Por otro lado, la evidencia empírica demuestra que una mínima intervención en el sistema juvenil es más efectiva en la prevención de delitos futuros que una intervención activa y punitiva.[746]

En Europa regulan la transferencia algunos países. Inglaterra y Gales[747], la aplican incluso desde la edad de 10 años, cuando son imputados por delitos graves, como homicidio calificado y crímenes castigados con pena privativa de libertad superior a 14 años. En Serbia y en Irlanda del Norte, la transferencia está reservada para los casos de homicidio o para los casos de coautoría con un infractor adulto.[748] En el primer caso, el joven infractor puede ser devuelto a la corte juvenil si en

16:3

[744]Cfr. DÜNKEL, F/CASTRO MORALES., ob.cit,p. 18.

[745]Cfr. KILLIA, M/VILLETTAZ, P., Rückfall nach Freiheits-und Alternativstrafen, Lehren aus einer systematischen Literaturübersicht, in:Lösel, F., Bender, D. and Jehle, J.M(eds), Kriminologie und wissensbasierte Kriminalpolitik, Mönchengladbach:Forum Verlag Godesberg. 2007.217-295,p.213

[746]Cfr. DÜNKEL, F/CASTRO MORALES., ob.cit,p. 18.

[747]Cfr. DOLZ-LAGO., ult.ob.cit,p. 96

[748]Como consecuencia del grave y dramático caso de "Marta del Castillo", la Fiscalía de Sevilla, según se recoge en la Memoria FGE 2010, y por la Fiscal de la Sala de menores en un informe remitido al FGE para su incorporación a la Memoria de 2011, propuso la reforma de la LORPM para lograr el enjuiciamiento común con adultos en casos de coparticipación, sin que llegara a publicarse. La FGE propone la conveniencia de una modificación legislativa que permita la instrucción y enjuiciamiento conjuntos de los hechos en los que intervengan menores y mayores de edad, al menos cuando se trate de casos de extrema gravedad, en los que el riesgo de división de la continencia de la causa sea evidente, aun cuando a cada uno se le apliquen singularidades procesales previstas en el ordenamiento jurídico para su enjuiciamiento. Como se observa, la FGE propone la transferencia para casos graves tal y como se viene aplicando en algunos países Europeos. Vid. DOLZ LAGO., ob.cit. pp. 90 y ss.

la sentencia es declarado culpable. En Francia, las llamadas fechorías, también son llevadas ante un juzgado de adultos.[749]

Teniendo en cuenta, tal y como ha revelado un creciente grupo de estudio, que los jóvenes derivados a la jurisdicción de adultos reciben condenas de similar o menor duración que aquellos enjuiciados en tribunales de menores[750], y que en su mayoría son sentenciados a penas privativas de libertad, existiendo por evidencia científica una gran índice de reincidencia y gran rapidez en el retorno a la vida delictual, no cabe otra cosa, que rechazar estos sistemas.

El incremento de la reincidencia a través de la transferencia, se debe a dos factores: El primero, viene caracterizado por la posible contaminación del joven por el adulto en la misma prisión. Y el segundo, por la adhesión a un sistema penitenciario con menor vocación educativa, debido, entre otros aspectos, a las diferentes dimensiones de los centros de internamiento -macrocentros, en contraste con espacios de menor tamaño-, al distinto rol que desempeñan los profesionales que la custodian, y al diferente modelo terapéutico que asumen uno y otro.[751]

Por lo que respecta a España, no existe un sistema de transferencia que permita que los menores en determinados supuestos deban ser enjuiciados en un Tribunal de Adultos. A pesar de que en nuestro país tratamos con una jurisdicción especializada llena de peculiaridades procesales y jurídicas, la FGE solicitó en 2010, ante la experiencia del caso de la muerte de "Marta del Castillo", que en supuestos de especial gravedad y de coautoría con adultos, la instrucción se hiciera por jueces de instrucción ordinarios pero con un enjuiciamiento que integre la sala de la Audiencia

[749]Cfr. DÜNKEL, F/CASTRO MORALES, A., ob.cit,p. 17

[750]Vid, WEIJER, I/NUYTIENS,A/CHRISTIAENS, J., Transfer of minors to the criminal court in Europe: Belgium and the Netherlands, en JUNGER-TASS Y H.F. DÜNKEL (eds)., Reforming Juvenile Justice. 105-124. New York. 2009.

[751]Vid. BISHOP, D.M., Juvenile transfer in the United States, en JUNGER-TASS y S.H.Decker (eds), Internacional Handbook of Juvenile Justice. The Netherland: Springer. 2009. pp, 85-104

Provincial o el Jurado que deba conocer la causas para adultos, a magistrados especialistas de menores o bien a los propios jueces de menores al que corresponda la competencia territorial. Tal propuesta determina, que en la Sentencias se disponga alguna de las medidas referenciadas en la LORPM, correspondiendo la ejecución de la misma, al juez de menores correspondiente.

Ahora bien, tal y como advierte Farson[752], el sistema de justicia de menores fue diseñado para proteger a los niños del severo trato de la justicia de adultos, y ninguna justificación debiera ser causa suficiente para que un menor sometido a los parámetros procesales de la LORPM sea transferido a la justicia de mayores. Como ya hemos afirmado, la comisión de un tipo concreto o la gravedad del hecho, no deben derogar las normas de justicia juvenil, de las que forman parte sus normas procesales especiales y que poseen como motivación conveniente y consustancial a las condiciones especiales de los menores, el principio supremo de su interés superior. De ahí que sea exigible, que a los menores que cometen hechos delictivos se les ofrezca un tratamiento diferente al que debe recibir un delincuente adulto.[753] La propuesta de la FGE[754] parece olvidar el principio

[752]Cfr. FARSON, RICHARD., ob.cit,p. 327-328

[753]Vid. DÜNKEL, F/KALMTHOUT,A/SCHÜLER-SPRINGORUM, H., Entwichlungstendenzen und Reformstrategien im Jugendstrafrech im europäisch Vergleich, Ed. Forum verlag Godesberg Gmh, Mönchengaldbach, 1997. También VÁZQUEZ GÓNZALEZ, C., ob,cit., GONZÁLEZ TASCÓN, M.M., El tratamiento de la delincuencia juvenil en la UE. Hacia una futura política común.

[754]En la Memoria de la FGE 2010, recogida textualmente por DOLZ-LAGO, ob.cit. pp, 91-92, se dice: La Fiscalía de Sevilla también plantea una cuestión de gran interés, atinente a la constitución de la relación jurídico procesal y a la configuración del objeto del proceso. A raziz de la compleja tramitación de las actuaciones encaminadas a esclarecer un grave hecho ocurrido en su ámbito territorial (presuntas agresiones sexuales seguidas de asesinato de la víctima, sin que haya podido hallarse el cadáver) que se atribuye a varias personas mayores de edad y menores participes en un mismo delito, que a su juicio puede dar lugar, y -afirma en su Memoria- en este caso lo ha dado, a resoluciones judiciales contradictorias a pesar de estar fundadas en idénticos presupuestos fácticos, de modo que fueron completamente dispares los delitos que se imputaron a mayores de edad y al menor en los autos de adopción de medidas cautelares, y las diligencias de investigación acordadas por el juez en el procedimiento de mayores y que afectaban a derechos fundamentales fueron denegadas por el juez de menores cuando le fueron solicitadas por el Ministerio Fiscal, aún cuando éste esgrimía exactamente los mismo argumentos que habían sido tomados en cuenta por el juez de instrucción para acordarlas en su procedimiento. Esta dualidad de resoluciones contradictorias puede además producirse, y es el extremo especialmente preocupante, a la hora de dictar Sentencia, ya que las estrategias de los abogados en los distintos procedimientos pueden ser distintas y las

supremo del interés del menor, justificando la transferencia, no sólo en la gravedad de los hechos, sino también en argumentos que desaconsejan la posibilidad de dualidad de resoluciones que pueden determinar Sentencias contradictorias a pesar de estar fundadas en idénticos supuestos fácticos, en tanto, que pueden ser absolutamente dispares los delitos que se imputen al mayor y al menor de edad, además de que se hace depender del juez de menores, acordar o denegar diligencias de investigación que afecten a derechos fundamentales, que sin embargo, con base a los mismo argumentos pueden ser admitidas por el juez de mayores, o viceversa. La FGE propone argumentos de naturaleza procesal, y de sus derivados derechos, sobre cuya lectura en determinadas circunstancias se ha pronunciado el TEDH en sus Sentencias de 16 de Diciembre de 1999 (Caso Bulger: V.c. Reino Unido y T.c. Reino Unido), en relación al derecho de los menores a un proceso equitativo. En el referenciado caso Bulger, los dos menores condenados por secuestro y asesinato del niño de dos años, James Bulger, tenían 10 años de edad en el momento de los hechos y 11 años en el momento del juicio. La naturaleza tan grave del hecho determinó que los niños fueran enjuiciados ante un tribunal de adultos, con las formalidades propias del mismo y modificaciones para adaptarlo a la edad del menor- tal y como pretende en este caso, la FGE- ., el proceso fue público, y atrajo fuertemente el interés de los medios de comunicación- de gran repercusión mediática, como el que sirve a la FGE para justificar la modificación legislativa- presentes tanto dentro como fuera del tribunal. Finalmente, el TEDH resolvió, en el sentido de que la presencia de

---

pruebas que se practiquen en el plenario no tener el mismo resultado o no ser apreciadas de la misma manera por los correspondientes órganos de enjuiciamiento, dando lugar a hechos probados discrepantes en los distintos procedimientos, de manera que además los que se declaren probados en el que se celebre en primer lugar pueden afectar a la determinación de la acusación y a los hechos probados en el otro juicio, máxime en el supuesto concreto al que se refiere, en el que el procedimiento tramitado contra los mayores de edad es por Tribunal de Jurado, el cual difícilmente podrá sustraerse al conocimiento del caso (que viene dado por una enorme repercusión mediática) ni el cercano dictado de una Sentencia por el juzgado de Menores, aunque ni si quiera sea firme. En virtud de todo ello plantea la Fiscalía proponente la conveniencia de una modificación legislativa que permita la instrucción y el enjuiciamiento conjunto de los hechos en los que intervienen menores y mayores de edad, al menos cuando se trate de casos de extrema o máxima gravedad, en los que el riesgo de división de la continencia de la causa sea evidente, aun cuando a cada uno se le apliquen singularidades procesales previstas en el ordenamiento jurídico para su enjuiciamiento".

lo medios y del público debían haber sido incompresible e intimidatorias para los menores, quedando afectada su capacidad de comprensión y dirección.[755] Esto significa, que constituiría una ardua tarea, generar blindajes procesales para que de algún modo el menor permanezca ajeno a la repercusión mediática generada por el caso enjuiciado, existiendo un riesgo cierto de generar un efecto negativo en la psique del menor, sintiéndose intimidado y siendo afectado en su comprensión del procedimiento y también en su participación en el mismo, por más que se renuncie a la publicidad en determinadas actuaciones judiciales en las que el aquel intervenga, ante la duración temporal de un proceso de estas características y el tratamiento delincuencial realizado por los medios de comunicación intervinientes.

De ahí, que la admisión del sistema de transferencia, con independencia de los supuestos en los que se asiente su justificación, lesionan no sólo el superior interés del menor como principio informante del sistema penal de menores, sino también el derecho a un proceso equitativo, a partir del cual, el menor deba poseer una compresión amplia de la naturaleza del procedimiento judicial y de lo que puede representar para él. Proceso, que tal y como lo estructura la FGE en su memoria, se compone de tres fases diferenciadas, cada uno dirigidas por órganos diferentes, una primera, por el juez de instrucción- la memoria ni menciona al Fiscal instructor como guía y soporte esencial de la instrucción del procedimiento en la LORPM, - una segunda, la sala de la AP o del Tribunal del Jurado integrado por jueces especialistas de menores, - y una tercera, por el juez de Menores que se encargaría de ejecutar la Medida impuesta. Como se observa, la complejidad del procedimiento, no casa desde nuestro punto de vista con la necesidad de brevedad e inmediatez que requiere el enjuiciamiento de menores, en aras de salvaguardar su interés por encima de cuestiones procesales, que pudieran ser paliadas con una efectiva coordinación entre el juzgado de instrucción y el Juzgado de Menores.

[755]Cfr. GONZÁLEZ TASCÓN, M.M., Un nuevo reto para la unión Europea: la justicia juvenil, en un derecho penal comprometido, homenaje a Landrove Díaz. ob.cit,p. 561, nota al pie.

En conclusión, la búsqueda de la verdad material del proceso penal, por la gravedad del hecho y por su coautoría con adultos, no justifica que los menores sometidos al ámbito de la LOPRM deban ser atraídos hacia la órbita del proceso penal de adultos, dado el riesgo de intimidación y de afectación psicológica que la duración del proceso y la repercusión mediática puede generar en aquellos, sin que deba olvidarse, como ya hemos referido, que un adolescente tiene el mismo nivel de capacidad para formar su intención criminal, sea cual sea el delito que pretenda cometer, y que existen otros mecanismos procesales, que correctamente manejados, hacen innecesario una alteración procesal de la envergadura que se pretende, cuando a través de una mejor coordinación entre la Sección de menores y el juez de instrucción, con la reciproca remisión de testimonios de los actuado en uno y en otro procedimiento, puede llegarse a conclusiones más satisfactorias, sin necesidad de soliviantar al principio supremo del interés del menor y sin que pueda sostenerse la existencia de dificultades para esa deseable coordinación, dada la ingente carga de asuntos existentes en los juzgados.[756]

3.3.2.-Alemania

El modelo Alemán constituye un clásico de la justicia juvenil garantista que trata de manejar de forma objetiva el derecho penal de menores conforme a los conocimientos de la ciencia moderna. Alemania siempre pretendió dar especificidad a la marginalidad del sistema penal de menores. La historia más moderna de esta regulación independiente comienza con la ley de Tribunales Juveniles de 1923 *(jundendegerischtsgesetz*, en adelante también JGG), que fue posteriormente sustituida en 1943 por la ley de tribunales juveniles del imperio dictada por los Nazis, reformada de nuevo en 1953 y en 1990, fecha en la que que tuvo lugar la unificación de las

[756]Esta justificación es referida por DOLZ-LAGO, ob.cit,p. 94.

dos Alemanias. Posteriormente tuvieron lugar otras reformas que trataron de intensificar la respuesta punitiva.

En la actualidad, el ámbito objetivo del llamado JGG se encuentra referido a los menores de edad comprendidos entre los 14 y 18 años, y también a los mayores de esta edad hasta los 21 años, siempre que estos últimos posean una madurez propia de un adolescente o hayan cometido una infracción penal propia de adolescentes. A priori, parece que el sistema Alemán sigue al criterio del discernimiento para la concreción de la responsabilidad de los jóvenes, sin embargo, existe una notable diferencia que impiden una identificación exacta, de suerte que acude a factores de formación de la voluntad y madurez mental y psicológica del menor, y no a la capacidad de comprender que inspiraba el criterio del discernimiento.[757]

Sin embargo, la respuesta tiende hacía un plano educacional. Autores como Eisenber[758] expresan que en la nueva legislación se pretendió sustituir la respuesta puramente punitiva por otra inspirada en el "principio educativo" que otorga la noción de un derecho preventivo-especial, pero sin renunciar a las penas, ni a la prevención general o retribución. Ahora bien, esta finalidad educacional no es nueva, ya en 1923 la JGG distinguió dos formas de intervención alternativas frente a los delitos cometidos por adolescentes: las medidas educativas y la pena juvenil.[759] Si bien, la reforma de 1943 introdujo una tercera forma de reacción: los medios disciplinarios, que con modificaciones también conserva la JGG en la actualidad.

[757]Vid. GIMÉNEZ I COLOMER, E (Dir)., Legislación de menores en el siglo XXI: análisis de derecho comparado, estudios de derecho judicial 18, CGPJ, Madrid. 1999,p. 310, siguiendo a RÖSSNER, D.
[758]Vid. EISENBERG, Ulrich, *Jugendgerichtsgesetz*, Munich: Beck, 11ª edición, 2006, § 3 número marginal 3.
[759]Vid. DUCE MAURICIO/COUSO JAIME., El derecho a juzgamiento especializado de los jóvenes infractores en el derecho comparado. Política Criminal. Vol.7, nº 13. 2012,p.6. Disponible en www.políticacriminal.cl/Vol_07/n_13.pdf.

Además de las pretensiones educativas de la función penal seguidas por el sistema Alemán, cabe destacar, que reformas posteriores como la propiciada en el año 1990 amplió las posibilidades de diversión. Se implementaron: la mediación, cursos de formación social, servicio comunitario y especial cuidado y supervisión por parte de los trabajadores sociales. La alternativa a la prisión preventiva fueron ampliadas incluyendo la defensa legal obligatoria de los detenidos.[760] A pesar de ello, se han alzaron algunas críticas contra este sistema asentadas en el hecho de que desde que se fundó la República Federal de Alemania el índice de delincuencia ha permanecido ampliamente constante entre los adultos, pero la delincuencia de los menores entre 14 y 21 años se había triplicado. Desde la reunificación de 1990 se produjo un llamativo aumento de la criminalidad que afecta sobre todo a los jóvenes alemanes del Este. Sus actividades delictivas con uso de fuerza casi duplican a las de los antiguos Estados federados de Alemania. Pese a ello, no se ha aminoró el mínimo, fijado en 14 años. De tal manera que los menores de 14 años no son plenamente responsables, aunque les puede resulta de aplicación medidas de carácter tutelar.

Posteriormente en el año 2006 se llevó a cabo una reforma con una clara orientación hacía la intesificación de las condenas, introduciéndose en la ley de tribunales juveniles la posibilidad de que la víctima pudiera interponer una querella, pero sólo en determinados delitos[761]. Sin embargo no fue hasta el año 2008 cuando se introdujo una drástica reforma punitiva a través de la llamada custodia de seguridad o internamiento preventivo, de aplicación a los adolescentes que habían cumplido una pena de prisión juvenil de al menos 7 años. El Tribunal Constitucional Alemán, en su decisión del 4 de Mayo de 2011(2 BvR 2365/09) consideró que todas las formas indeterminadas de custodia de seguridad o internamiento preventivo que se imponían después de haber cumplido una condena de prisión violaban la constitución Alemana. El legislador Alemán se vio obligado a realizar una nueva regulación de esta institución restringiendo su aplicación para los adolescentes

[760]Cfr. DÜNKEL, F/CASTRO MORALES, A., ob.cit,p. 22
[761]Cfr. DÜNKEL F/CASTRO MORALES., ob.cit,p. 22

entre 14 y 18 años, condenados por delitos violentos o sexuales a penas no menores de 7 años de encarcelamiento y de 5 años en caso de jóvenes adultos (18-21), debiendo estar prevista al momento de la condena. Además, se estableció que únicamente podía imponerse en consideración a la peligrosidad que debía ser valorada al final de haber cumplido la condena de prisión, en una nueva audiencia del Tribunal. En toda Alemania, sólo un delincuente adulto joven se encontraba en custodia de seguridad en el año 2014.[762]

Por último, en relación con la tipología delictiva, el modelo Alemán toma como punto de partida los tipos marcados de manera general por el código penal, sin que existan tipos específicos, concretándose en un sistema de consecuencias jurídicas de naturaleza tripartita dirigida a obtener la integración social de los menores. Este conjunto de medidas, abarcan desde las propias de orientación y supervisión, hasta la utilización de medios correctivos, pasando por la pena de prisión de menores como medio último.[763] En síntesis, el texto recoge tres tipos de sanción: 1.-) Medidas educativas, que según la doctrina Alemana no tienen la consideración de penas o sanciones, pues sería la respuesta del derecho ante las carencias educativas del menor[764] 2.-)Medidas correctivas, como la amonestación, la imposición de condiciones y el arresto juvenil, que llegan a poseer el estatus de pena y se inspiran en la culpabilidad del autor.[765] 3.-) Pena privativa de libertad, que debe ser cumplida en en un establecimiento penal juvenil[766] y son consideradas como la última opción

[762]Cfr. DÜNKEL F/CASTRO MORALES, A., ob.cit. pp. 22 y 23.
[763]Cfr. RÖSSNER, DIETER., El derecho penal de menores en Alemania, especial consideración a los adolescentes, en legislación de menores en el S.XXI: Análisis de derecho comparado. CGPJ. Madrid.1999,p. 313.
[764]Cfr. PÉREZ MACHIO, A.I.,El tratamiento jurídico penal de los menores infractores- LO 8/2006- (Aspectos de derecho comparado y especial consideración al menor infractos inmigrante). Tirant Lo Blanch, monografias 412, Valencia, 2007,p. 107.
[765]Cfr. SAMANIEGO MANZANARES, J.L., La legislación penal juvenil en Alemania, en Martínez-Pereda Rodríguez, J.M:Menores privados de libertad, CGPJ, Madrid, 1996,p. 91.
[766]Vid. VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., Derecho penal juvenil europeo. Dykinson, Madrid. 2006,p. 127. Tal y como recoge este autor, el cumplimiento de la medida de internamiento se lleva a cabo en establecimientos de menores hasta la edad de 24 años, a partir de la cual, deberán extinguir su pena en un centro de adultos.

cuando las medidas corrección y educación no han funcionado previamente.[767] El JGG ofrece la aplicación de la pena privativa de libertad que puede alcanzar diez años para los delitos más graves, aunque suele durar de seis meses a cinco años, con el añadido de que no existe una ley penitenciaria que regule su ejecución, por lo que se acude a normas de naturaleza administrativas.[768]

Por ultimo cabe destacar, que en los últimos años, Alemania está experimentando un endurecimiento en el sistema juvenil, debido a la alarma social que se ha creado en torno a la supuesta proliferación de la delincuencia de menores[769] Este endurecimiento ha llevado a una demanda de rebaja de la edad penal a los 12 años, tal y como se está pretendiendo en España.[770]

3.3.3.-Austria

El sistema juvenil Austriaco se rige por la leyes de los tribunales juveniles de 1988 y el Acta del bienestar del joven de 1989[771], que regulan en exclusiva el sistema penal del menor. Según esta normativa, se diferencian distintos tramos de edades. La ley administrativa penal se aplica a los que se encuentre entre los 14 y los 18 años, siendo de aplicación el derecho penal juvenil, de manera excepcional, para los menores de 18 años, a quienes se les impone una pena atenuada, pero no para los jóvenes adultos de 19 a 21 años. En cuanto al régimen de sanciones, estas son las mismas que se

[767]Vid. ZALKIND, P/J.SIMÓN, R.,Global perspectives on social issues: juvenile justice systems. Lexington Books, Maryland, 2004,p.164
[768]Vid. RÖSSNER, D., ult. ob.cit,p. 325.
[769]Cfr. POZUELO PÉREZ, L.,El futuro del derecho penal juvenil:de un derecho penal de menores a un derecho penal de adultos, en Indret, Revista para el análisis del derecho, Barcelona, 2009,p. p.7, disponible en internet: http:/www.indret.com/pdf/596.pdf. (2010).
[770]Cfr. DÜNKEL, F., Juvenile justice in Germany, en Dünkel F, Grzywa, J., Horsfield, P y Pruin, I (Eds): Juvenile justice systems in Europe Current Situation and reform Developments. Volumen II, Forum Veralg Godesberg, mönchengladbach (Alemania).2010,p. 227
[771]Cfr. BRUCKMÜLLER, K., Austria a protection model, en Jünger-Tass, J y Decker, S.H. (Eds): International Handbook of juvenile justice. Springer, New York. 2006. En el mismo sentido CÁMARA ARROYO, S., ob.cit,p. 616.

aplican a los adultos, aunque basadas en la prevención especial y en una gran discrecionalidad de la administración de justicia.[772] En el años 1998, Austria experimentó una de las mayores reformas, en el ámbito del derecho procesal de menores, expandiendo las posibilidades de diversión y de justicia restaurativa, introduciendo la mediación, de prioridad fundamental para la cortes juveniles. Así, durante el año 2001 la aplicación de las medidas procesales juveniles fue extendida a los jóvenes adultos y siendo la edad de responsabilidad criminal de 14 años, las cortes juveniles pueden conocer casos de imputados con 20 años.

Por lo que respecta a la medida de internamiento, su cumplimiento tiene lugar en centros penitenciarios de adultos, ante la inexistencia de reformatorios, ya que no existe otra institución cerrada[773], aunque presenta ciertas especialidades[774] en su aplicación a los menores, tales como: la reducción a la mitad de la duración de las penas en todos los casos. Además, para el supuesto de penas cuyo cómputo se encuentre entre los diez y veinte años, se regula en su lugar la horquilla legal de seis meses a diez años para menores infractores, y para el caso de delincuentes adultos, cuando se hubiera de aplicar la cadena perpetua, para aquellos que tuvieran la edad de 16 años en el momento de comisión del hecho, la pena se computará de 1 a 15 años. Para los menores de 16 años, la pena de cadena perpetua se reduce a un intervalo de 1 a 10 años.

3.3.4.-Bélgica

Bélgica, constituye un ejemplo clásico del modelo tutelar en Europa. Ya la ley de 8 de Abril de 1956 de protección de la juventud (reformas en 1990 y 1994) constituía éste modelo

[772]Vid. VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., ob.cit,p. 136
[773]Vid. GIMÉNEZ I COLOMER, E., ult.ob.cit,p. 61
[774]Vid. VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., ult.ob.cit,p. 153.

encaminado a una intervención tutelar o protectora[775]. Reformas posteriores hicieron caminar esta regulación hacía un régimen de justicia juvenil de responsabilidad[776]. Algunos autores ven estas novedades como un auténtico paso hacia la constitución de derecho penal de menores punitivo que se aleja de los elementos del Estado del Bienestar.[777] No obstante, en el año 2007, Bélgica afrontó una reforma que ha expandido en su nuevo código penal la justicia restaurativa a través de la mediación y de las conferencias familiares. Es más, el principio de proporcionalidad y las garantías procesales han sido fortalecidos y la detención en instituciones cerradas ha sido limitada.[778] La edad de responsabilidad criminal es la de 18 años, y pueden resultar de aplicación el código penal de adultos a los que hayan cumplido al edad de 16 años sólo para el caso de delitos de tráfico y excepcionalmente para delitos muy serios.[779]

El modelo Belga, regula dos instituciones relacionadas con el desvío de los menores infractores, a través del sistema de transferencia[780], y derivación a instituciones especiales[781].

[775]Vid. MARTÍN LÓPEZ, Mª T., Modelos de justicia juvenil: análisis del derecho comparado, en LÓPEZ, Mª T, (Dir): La responsabilidad penal de los menores. Ediciones de la Universidad de Castilla la Mancha, Cuenca. 2001. Pág 74

[776]Estas leyes fueron la Ley de 13 de Junio de 2006, la Ley de 15 de Mayo de 2006 y la Ley de 27 de Diciembre de 2006. Atendiendo al informe del Comité de los Derecho del Niño de la ONU, publicado en el documento CRC/C/BEL/3-4, de fecha 4 de Diciembre de 2009, p. 176, una de las principales novedades de las reformas es la responsabilidad del joven. Vid. CÁMARA ARROYO, S, ob.cit,p. 629.

[777]Vid. DÜNKEL, F/GRZYWA,J/HORSFIELD,P/PRUIN, I (eds)., juvenile justice in Europa. ob.cit,p. 99.

[778]Vid. DÜNKEL, F/CASTRO MORALES, A., ob.cit,p. 20

[779]Vid. DÜNKEL, F/CASTRO MORALES, A., ob.cit. pp. 12 y 13.

[780]Vid. DÜNKEL, F/CASTRO MORALES, A., ob.cit,p. 20. En delitos graves se prevé la transferencia a las cortes de adultos, de los infractores desde los 16 años y la aplicación de sanciones más represivas. Aunque esta facultad, es raramente usada. También DÜNKEL, F/CASTRO MORALES, A., o.cit,p. 16, se trata de jóvenes de 16 años imputados por Robo, asalto agravado, delitos sexuales agravados y homicidio calificados.

[781]Vid. CÁMARA ARROYO, S., ob.cit,p. 618, citando a VAN DIJK,C/DUMOTIERS E. y ELIAERTS C., Survival of the protection Model? Competing Goal in Belgian Juvenile Justice, en Junger-Tass, J y DECKER, S.H (eds), ob.cit,p.195. Cada distrito judicial Belga tiene una división de jóvenes especializada, competente para conocer de los casos en los que un menor se encuentra implicado. Esta institución tiene la potestad para derivar al menor a los servicios especiales para jóvenes o en el caso de que lo considere necesario, al juez de menores.

Cuando un menor es derivado al juez de menores, éste no puede imponer castigos o sanciones a los menores infractores., su tarea, según el acta de protección de jóvenes de 1956, es la de imponer medidas educativas, que pueden establecerse cautelarmente[782] o en sentencia[783].

Respecto a la medida de internamiento regula distintas modalidades[784]: internamiento en una institución privada, confinamiento en el domicilio privado e internamiento en una institución para jóvenes comunitaria. Dentro de la aplicación de la medida privativa de libertad, pueden distinguirse tres grados: Internamiento en régimen abierto o semiabierto, para los menores de 12 años de edad que hayan cometido un delito considerado como moderadamente grave, esto es, tres o más años de prisión si hubieran sido cometido por un adulto. Internamiento en régimen cerrado, para los menores que tengan cumplida la edad de 14 años, y excepcionalmente para menores de 12 años si la gravedad del hecho cometido aconseja la necesidad de custodia, para aquellos delitos considerados graves, cinco años o más de prisión, si su comisión hubiera sido perpetrada por un adulto.[785]

3.3.5.-Dinamarca

En Dinamarca no existe un sistema especial para los jóvenes infractores, los cuales son juzgados por los mismos tribunales ordinarios. Aunque existen disposiciones especiales para

[782]Vid. CÁMARA ARROYO, S., ob.cit,p. 619. Merece mención, el centro de internamiento Federal de Everberg, único de titularidad y de gestión publica, donde se recibe a menores delincuentes que hayan alcanzado la edad de 14 años y hayan sido acusados de un delito de cierta entidad, cinco años para los adultos. Se trata de una institución de cerrada de carácter preventivo, que cumple una función de custodia prejuicio. Durante la estancia en el centro, el menore deberá someterse a un programa educativo.

[783]Vid VAN DIJK,C/DUMOTIERS E. y ELIAERTS C., Survival of the protection Model? Competing Goal in Belgian Juvenile Justice, en Junger-Tass, J y DECKER, S.H (eds), ob.cit,p. 204.

[784]Vid. CÁMARA ARROYO, S., ob,cit,p. 618.

[785]Vid. CÁMARA ARROYO, S., ob.cit,p. 619.

adolescentes, que han sido ampliadas y desarrolladas en las reformas de 1998 y 2001[786]. La edad fronteriza en Dinamarca se encuentre a los 15 años. A partir de ésta el menor infractor es enviado para ser juzgado al Juez Ordinario[787]. Antes de cumplir dicha edad, tanto los menores infractores, como aquellos que se encuentren en desamparo, ancianos o discapacitados, pasan a las llamadas "Autoridades Locales de Asistencia" que se encargan de dar solución mediante la rehabilitación o educación adecuada.

Una caracterización importante del sistema Danes, ante la inexistencia de una legislación especial, es la aplicación de las normas generales del procedimiento penal, descritas en el número IV de la ley de Administración de justicia, y que se aplican, a salvo excepciones, a los menores de edades comprendidas entre 15 y 17 años.[788] Sin embargo, en lo concerniente a las medidas cautelares personales, se prevé las denominadas "salas de custodia", en las que se respetarán los mismos derechos que ofrece la legislación de adultos, de modo que los menores recluidos en ellas, tendrán acceso a visitas, conversaciones telefónicas y otras clases de comunicación. [789] Por otro lado, en aras de una política progresistas, en la legislación Danesa se indica que el joven infractor debe ser ayudado en su ámbito familiar, con el apoyo de los centros locales donde se le ofrecerá tratamiento y ayuda. Para ello, se acude de manera frecuente a la sustitución punitiva, de tal manera que la pena de prisión suele ser sustituida por la de trabajos en servicios de la comunidad, y en algunos casos, por sistemas de vigilancia electrónica en los Departamentos de corrección.[790] De ahí,

[786]Vid. DÜNKEL,F/CASTRO MORALES, A., ob.cit,p.21. También Vid. MARTÍN LÓPEZ, Mª.T., Modelos de justicia juvenil, ob.cit,p. 82

[787]Los que se encuentren en la edad comprendida entre 15 y 18 años, serán remitidos desde los servicios de asistencia social, a los Tribunales, siguiendo un proceso especial, donde los servicios administrativos trabajan conjuntamente con la policía y el Fiscal para encontrar la mejor solución para el joven. Vid. MARTÍN LÓPEZ, Mº.T., ob.cit,p. 82

[788]Ley Danesa, Nº905 de 10 de Noviembre de 1992, texto refundido.

[789]Documento del Comité de los Derechos del niño, CRC/C/70/Add.6, con fecha 31 de Marzo de 2000, párrafo 246,p.46

[790]Vid. STORGAARD, A., Denmarck, DÜNKEL, F/GRZYWA,J/HORSFIELD,P Y PRUIN, I.,(eds), ob.cit,p. 318.

que no sea del todo cierto afirmar la inexistencia de disposiciones especiales para el tratamiento de menores infractores, porque en realidad se tiene en cuenta la singularidad de los jóvenes en la necesidad de un tratamiento reeducador. Esto también se observa en la creación del denominado "contrato juvenil" que puede ser visto como una forma de procedimiento abreviado.[791] Es más, con las últimas reformas de introducidas por la Ley nº1561, de 20 de Septiembre de 2006, la custodia en régimen de aislamiento ha quedado reducida a un máximo de cuatro semanas de tiempo continuado para internos menores de 18 años.[792]

3.3.6.-Finlandia.

Según el sistema actual en Finlandia, la edad de responsabilidad penal es de 15 años y todos los delincuentes por debajo de 15 años depende solamente de las autoridades de protección del menor. Los jóvenes con edades de 15 a 17 años son tratados tanto bajo el sistema de protección del menor como bajo el sistema de justicia penal, mientras que los adultos jóvenes entre 18 a 20 años, son tratados solamente por las autoridades de la justicia penal.[793] En Finlandia no existe un legislación especifica para ser aplicada a los menores infractores, pero en muchos sentido son tratados de manera diferente, como consecuencia de que hay reglas limitadoras de las disposiciones penales comunes.[794] Estas limitaciones permiten que el menor, pueda ser condenado a una pena comunitaria específica, restringiéndose el uso de sentencias de prisión incondicional.

Las penas generales en Finlandia son: multa, prisión condicional, servicios comunitarios[795] y

[791]Vid. DÜNKEL, F/CASTRO MORALES, A., ob.cit,p. 21.
[792]Vid. CÁMARA ARROYO, S., ob.cit,p. 624
[793]Vid. LAPPI-SEPPÄLÄ, TAPIO., Justicia de menores en Finlandia, en I Congreso internacional de responsabilidad penal de Menores, disponible en internet, acra-face.es>info>articuloTapio,p. 51
[794]Vid. LAPPI-SEPPÄLÄ,T., ob.cit,p.51
[795]Vid. LAPPI-SEPPÄLÄ,T., ob.cit,p.55, para este autor los servicios comunitarios no tienen ningún papel práctico en el grupo de edad más joven, ya que el uso de esta opción requiere que el

prisión incondicional. Las penas específicas a los jóvenes delincuentes incluyen la supervisión relacionada con sentencias condicionales y penas juveniles. La sanción más frecuente usada en Finlandia es la Multa[796], que es bastante excepcional en comparación con la situación legal y la práctica en otros países europeos. Las Multas presentan el 74 por ciento de las sentencias judiciales emitidas contra los adolescentes entre 15 a 17 años. En todo caso, cuanto más joven es el delincuente mayor es la cuota de multa. Otras de las sanciones más relevantes en Finlandia es la suspensión condicional de la pena privativa de libertad, la cual llegó a representar más del 17 por ciento de todas las sanciones en el 2005[797] No obstante, este país no se olvida de la mediación[798], que se instauró en 1983 y se hizo permanente a nivel nacional en 2005. En general, se puede concluir que Finlandia sigue una estrategia de intervención mínima, y que no ha habido indicios en la práctica en torno a un endurecimiento. [799]

3.3.7.-Francia.

En Francia desde 1945[800] en casos de fechorías, los delincuentes juveniles eran juzgados por el Tribunal policial que podía aplicar reprimendas o multas. Desde 2002 la competencia del Tribunal policial se ha conferido a un juez, que no es ni un abogado, ni un especialista de justicia

---

delincuente haya sido sentenciado a un periodo de prisión incondicional.

[796]Cfr. DÜNKEL, F/CASTRO MORALES, A., ob.cit,p.31

[797]Cfr. DÜNKEL, F/MORALES CASTRO, A., ob.cit,p. 31

[798]Vid. LAPPI-SEPPÄLÄ,T., ob.cit,p.51. La mediación en Finlandia se lleva a cabo por voluntarios y mediadores no pagados y la participación es voluntaria para todas las partes. La mediación no ha sido integrada en el sistema de justicia como una forma de medida penal especifica, todavía es y sigue siendo " informal". Sin embargo, el código penal menciona la mediación como un posible terreno para no aplicar una sanción o moderar la sentencia.

[799]Cfr. DÜNKEL, F/MORALES CASTRO, A., ob.cit,p. 31

[800]La reforma de 2 de Febrero de 1945, constituye la reforma más importante atinente al sistema de justicia de menores Francés. Vid. DESCHAMPS, J.P., El derecho francés de los menores. El menor y el juez de menores, en GIMÉNEZ I COLOMER, E (dir), legislación de menores en el SXXI, ob.cit,p. 75.

juvenil, pero tiene competencia para sancionar a menores hasta cierto nivel.[801] La edad de responsabilidad criminal en Francia es la de 13 años, existiendo en algunos casos excepcionales o especialmente graves, la custodia de seguridad desde los 10 años de edad.[802] El modelo francés prescinde del criterio del discernimiento para decantarse por el criterio biológico de responsabilidad.[803] La reforma de 2002 permitió integrar en el concepto de sanción las medidas de naturaleza educativa.[804] El modelo francés pretendió establecer un sistema fundado en una justicia basada en la prioridad de la acción educativa aplicada por jueces especializados. Así, a los menores infractores de edades comprendidas desde los 10 a los 18 años, podrán serle impuestas medidas educativas, aunque estableciéndose la posibilidad de imponer penas a partir de los 13 años de edad.[805]

En materia de internamiento, el sistema Francés distingue distintas formas de régimen de vida, pues puede cumplirse en régimen semiabierto, cerrado, en centros penales específicos, aunque existe la posibilidad encarcelamiento en centros penitenciarios que dispongan de una sección o departamento especial para jóvenes. El juez juvenil, para cualquier menor por debajo de 16 años, no podrá imponer una sentencia de duración mayor a la mitad de lo que supondría para un adulto

[801]Cfr. DÜNKEL, F/CASTRO MORALES, ob.cit,p. 17.
[802]Vid. WYVEKENS, A.,The French Juvenile justice system, Junger-tass, J y Decker, S.H(eds), International Handbook of Juvenile justice. ob.cit,p. 179
[803]Vid. PÉREZ MACHÍO, A.I., ob.cit,p. 51
[804]En sentido contrario CERVELLÓ DONDERIS, V., La medida de internamiento en el derecho penal del menor, Tirant lo Blanch, Valencia. 2009,p. para quien la modificación legislativa responde a una política de endurecimiento. Téngase en cuenta que se crean a partir de 2002 nuevos centros de internamiento en régimen cerrado destinados la custodia de menores en la edad de 13 años. En el mismo sentido CÁMARA ARROYO, S., ob.cit. Pág 628, quien refleja que la razón de ser de estos establecimientos para el gobierno Francés, se encuentra en proporcionar atención individualizada a los menores para orientarlos a un proyecto de salida, manteniéndolos separados de los adultos. Sin embargo, permite en casos excepcionales y en beneficio del interesado que un recluso que alcance la mayoría de edad pueda permanecer algún tiempo en ese tipo de establecimiento.
[805]Vid. RUÍZ GALLARDÓN, I/GARCÍA DE PABLOS, A (Eds) , Los menores ante el Derecho, responsabilidad, capacidad y autonomía de los menores de edad. Estudio de derecho comparado. Servicio de publicaciones de la universidad complutense. Madrid. 2005,p. 51

que hubiera cometido el mismo delito.[806] A partir del año 2007, un Decreto de la referida fecha[807], regulan el régimen de disciplina de los menores recluidos. Este régimen quedó de la siguiente manera en su aplicación a los dos tipos de instituciones penitenciarias que acogen a menores: las secciones de menores de las penitenciarias, y los establecimientos penitenciarios de menores.

3.3.8.-Inglaterra y Gales.

La política-criminal sobre el tratamiento punitivo de los menores infractores norteamericanos ha influido notoriamente en el ámbito Anglosajón. En Inglaterra, el caso *Bulger* generó sensación de inseguridad, incrementando el miedo y provocando alarma social sobre la juventud en general. Se legitimaron propuestas de ley más duras y severas. La muerte de James Bulger tuvo una respuesta legislativa que llevó a Inglaterra y a Gales a un incremento del control social formal ante los comportamientos de los jóvenes, imponiendo penas privativas de libertad de mayor duración.[808]

En 1998 tuvo lugar una reforma que afectó a una diferenciación relevante que acogía la legislación Inglesa. Por un lado las consecuencias jurídico-penales del concepto de Child o niño menor de 14 años y por otro las derivadas del de *Young Persom* o joven entre 14 y 18 años. Del

[806]Vid. VYWEKENS, A., ob.cit,p. 182.
[807]Vid. Decreto 814-2007, de 11 de Mayo, que entró en vigor el día 1 de Junio de 2007.
[808].Vid. VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., la responsabilidad penal de los menores en Europa. Disponible en www.victimasyjusticia.org/index,p.9. "Un ejemplo que muestra con meridiana claridad la represión penal ante casi cualquier conducta aparentemente delictiva cometida por jóvenes y, en muchos casos, niños, es el reciente caso, relatado por ALLEN: "*En abril de 2006, un niño de 10 años fue llevado ante el Juez de Distrito de Salford acusado de un delito contra el orden público de racismo. El acusado había llamado a otro niño de 11 años "Paki", "Bin Laden" y "Nigger". El Juez preguntó al Crown Prosecution Service [Ministerio público o Fiscal] si quería reconsiderar la acusación presentada, ya que en su opinión no había en el caso un interés público digno de protección. La respuesta del Ministerio Público fue que ninguna persona puede abusar de otra por motivos racistas, incluso aunque sean unos niños jugando*". En el mismo sentido DÜNKEL F Y CASTRO MORALES, A, ob.cit. Pág 2 " Es probable que las tendencias punitivas en EEUU, con énfasis en la retribución o en la prevención general, hayan asumido un impacto considerable en algunos países europeos, particularmente en Inglaterra y Gales".

mismo modo los comprendidos entre las edades de 18 y 21 años reciben un trato procesal favorable. A su vez la responsabilidad child permite establecer dos escalas: una primera a la que pertenecen los menores de 10 años a los que objetivamente se les atribuye el Doli Incapax, y una segunda, a los que pertenecen los mayores de 10 años y menores de 14 años, a los que se les aplica un sistema de responsabilidad equivalente al conocido discernimiento, bajo la presunción de falta de capacidad criminal. En aquellos casos en que el menor sobrepasaba la edad de 14 años se presume que el joven es responsable, estableciéndose un tratamiento especial para los jóvenes delincuentes de entre 14 y 18 años.[809]La reforma de 1998 acaba con la presunción de falta de capacidad referida en una clara señal de responsabilizar a los jóvenes infractores en temprana edad. Las tendencias de la justicia juvenil inglesa pueden ser observada como un síntoma de la orientación neo-liberal, la cual puede ser caracterizada a través de los términos de responsabilidad, restitución, justicia restaurativa y retribución. Las llamadas 4R ha desplazado a las 4D (Diversión, descriminalizar, desinstitucionalizar y debido proceso) que moldearon el debate en los años 60 y 70.[810]

Se trata de la intromisión en la legislación inglesa de políticas-neoliberales de naturaleza represiva que han ido ganando terreno en países con particulares problemas de juventud inmigrante o con miembros de etnias minoritarias, que han tenido dificultades de integración dentro del mercado laboral y que suelen vivir segregados en las afueras de la ciudad[811]. Estas son personas que tienen escasas probabilidades de escapar de las "clases inferiores"configurando un fenómeno que socava la estabilidad social, cohesión social y crea mecanismos de exclusión social[812].

A través de esta influencia, Inglaterra y Gales practicaron reformas en 1994 y 1998 en el que

[809] Cfr. CLARKSON AND KEATING: "Criminal Law: Test and Materials". London. 1990,p. 398.
[810] Vid. DÜNKEL F., Jugendstrafrecht europäischen vergleich im Licht aktueller Empfehlungen des Europarats. Neue Kriminalpolitik 20. pp. 102-114.
[811]Vid DÜNKEL F Y CASTRO MORALES, A, ob.cit. Pág 4
[812]vid. JUNGER TAS, J / DÜNKEL, F (2009) (eds)., ob.cit. pp.522-524

impusieron drásticas sanciones y trasladaron la responsabilidad criminal de los 14 a los 10 años, llevando a cabo decisiones judiciales que se han centrado en Sentencias privativas de libertad. Así, tratándose de delitos muy graves, se pueden imponer sentencias a menores que alcancen los mismos periodos de privación de libertad que la ley determina para los adultos. La práctica de las sentencias punitiva incluyó también la imposición de penas más largas y una disminución de las tasas de diversión, producto del llamado sistema de "la advertencia final" de 1998 que prohibía la diversión para el tercer delito. La filosofía imperante de la prisión funciona fue trasladada a la estrategia empleada contra los adolescentes infractores durante los años 1990 y principio del año 2000.[813] Con todo, Inglaterra intentó en los últimos años desarrollar políticas tendentes a favorecer las vías alternativas, a través de las llamadas ordenes de reparación o de mediación que no deben ser vistas como una manifestación del punitivismo[814] Aquél enfoque represivo se revirtió en la ley de 2012 que elimina la restricciones del sistema de advertencia final y expande la diversión.

Las Referral Orders pueden dictarse siempre tratándose de menores entre 10 y 17 años, responsables por delitos no graves y no reincidentes.[815] *Las Referral Orders* tienen la virtualidad de remitir el caso a los denominados Youth Offender Panels, los cuales están integrados por un mínimo de dos personas voluntarias y no retribuidas, reclutadas en la comunidad local juntamente con un miembro de la agencia gubernamental *Youth Offending Team*. El Panel concierta una entrevista con el joven responsable y sus representantes legales, con el fin de cambiar impresiones acerca de lo sucedido y las razones del comportamiento observado, discutiéndose asimismo las posibles soluciones al conflicto. En realidad, para Inglaterra y Gales el concepto de "responsabilizar" ha sido siempre una categoría fundamental para la justicia juvenil. Este concepto permite extender la responsabilidad a los padres, los cuales se hacen responsables de las conductas criminales de sus

[813]Vid. DÜNKEL F Y CASTRO MORALES, A, ob.cit. Pág 30
[814]Vid. DÜNKEL F Y CASTRO MORALES, A, ob.cit. Pág 21
[815]Vid. ESTRELLA RUIZ, M., Revista de Jurisprudencia, Nº2. Octubre 2009. Pags.10 y 11.

hijos.[816] Esta posibilidad tiene efectos jurídicos preventivos positivos tal y como lo han demostrado estudios empíricos a través del entrenamiento parental, combinado con un temprano soporte y cuidado del niño.[817]

3.3.9.-Italia

El código penal de Italiano de 1930, diferencia los siguientes grupos de responsabilidad y de edades[818]: 1.-) De irresponsabilidad Absoluta, para los menores de 14 años, a los que pueden imponerse medidas de seguridad. 2.-) De imputabilidad penal, pero basado en el concepto de madurez, que viene a sustituir el clásico discernimiento.

Por lo que respecta a las reglas procesales, la reforma de 1998, se mueven desde una clásica perspectiva rehabilitadora-punitiva hacia una nueva concepción del proceso penal.[819] Esto significa, que las medidas de justicia restaurativa han ganado terreno. En esta reforma se empezó a introducir programas de mediación, a partir del decreto presidencial nº 448 de 1988 que aportó un nuevo procedimiento penal juvenil, por la cual el juez puede suspenderlo sobre la base del proyecto de intervención elaborado por los servicios sociales, y la Oficina Central de Justicia de Menores fue promoviendo su experimentación en todo el territorio italiano.[820] En esta fase procesal, si el trámite

[816]Vid. PRUIN I (2011), The scope of juvenile justice systems in Europa., in Dünkel, F., Grzywa,J.,Horsfield, P. and Pruin, I (eds), Juvenile Systems in Europa-Current situation and reform Developments. 2nd de., Mönchengladbach:Forum-Verlag:1539-1582.

[817] Sin embargo, la criminalización de los padres no parece necesaria, el entrenamiento parental podría ser ofrecido por agencias familiares como ocurren en Alemania y en los Países Escandinavos, y no ser forzado a través de la sanción penal.(vid. Junger-Tas,J and Dünkel, F (2009) (eds), Reforming Juvenile Justice. Doordrecht:Springer).

[818]Vid. DE LEO, G.,La justicia de menores. La delincuencia juvenil y sus instituciones. Teide, Barcelona. 1985. p.21

[819]Vid. DÜNKEL, F/CASTRO MORALES, A., ob.cit,p. 7

[820]Vid. GATTI, UMBERTO., Sistema italiano de justicia de menores, en legislación de menores en el S. XXI:análisis de derecho comparado. Estudios de derecho judicial nº18. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2000; Barmat, Norberto., La mediación ante el Delito. Lerner. Córdoba.

era exitoso no quedaba registro del antecedente; pero en caso contrario, el menor era condenado.[821] En la actualidad, la mediación puede ser aplicada en los diferentes estadios del proceso: durante la investigación preliminar y en las audiencias preliminares, cuando se considera extinción del proceso a causa de la irrelevancia del delito, en combinación con la suspensión del procedimiento con supervisión a través del servicio de "probation."[822] Así, se puede decir, que la disciplina real del sistema penal de menores, coincide con aquella estrictamente penal y que tal disciplina en el modelo responsabilizador, en el cual lo educativo y punitivo no son dimensiones paralelas, sino que se encuentran en una relación de subsidiariedad.[823]

Por lo que respecta a la pena privativa de libertad aplicada a los menores, que normalmente se ve reducida en un tercio[824], el régimen jurídico aplicable diferencia los siguientes tipos[825]: 1.-) Permanencia en casa.[826] 2.-) Internamiento en la Comunidad.[827] 3.-) Custodia Cautelar.[828]

2000,p. 21.

[821]Vid. VERDE, C., ob.cit,p.320.

[822]Cfr. DÜNKEL, F/CASTRO MORALES, E., ob.cit,p. 7

[823]Cfr. BARTOLI, ROBERTO., La justicia penal juvenil en Italia, en Revista de estudios jurídicos nº12/12 (segunda época). Universidad de Jaén (España). Versión electrónica: rej.ujaen.es,p.9

[824]Cfr. GATTI, U.,ob.cit,p. 283.

[825]Cfr. VAELLO ESQUERDO, E., Análisis comparativo sobre la regulación de la responsabilidad penal de los menores en Italia y en España, en Diario de la Ley, núm. 6530, editorial La Ley, 20 de Julio de 2006. pp. 24 y ss.

[826] Para VAELLO ESQUERDO, E., ob.cit., consiste en un confinamiento en la casa del menor infractor, con posibilidad de alejarse del lugar de cumplimiento en caso de actividades relacionadas con la educación.

[827]El Documento del Comité de los derecho del niño, CRC/C/70/Add.13, de 12 de Julio de 2002, párrafo 552,p. 162, como consecuencia de que los llamados reformatorios desparecieron en Italia en 1977, refiere que los delincuentes jóvenes se colocan ahora en un ambiente comunitario, que colabore con la administración de justicia. Se trata de una medida de internamiento de régimen abierto, aplicable solamente cuando se considera al menor socialmente peligroso.

[828]Vid. GATTI, U., ob.cit,p. 295 y ss. Se trata del cumplimiento de una medida privativa de libertad en un centro penitenciario de menores o en los llamados centros de acogida.

3.4.-El tratamiento jurídico del menor en el Continente Americano.

3.4.1.- EEUU.

Llama poderosamente la atención en el sistema penal de menores Estadounidense que siendo los paladines de la regulación de un tratamiento específico para los menores infractores, sin embargo ha sido el único país junto que no ha ratificado la CDN de 1989, dado que Somalia lo ha hecho recientemente. Un razón de esta negativa es que se mantiene en 21 Estados la pena capital para los menores infractores, a pesar de que tanto la ley federal como la legislación militar la excluyen[829], negando la Corte Suprema, que esta penalidad sea contraria a la constitución.

Haciendo un breve recorrido histórico, podemos entender mejor las peculiaridades del sistema penal de menores Estadounidense, que ha pasado para su construcción por distintos periodos. Durante el S.XIX no existió un tratamiento jurídico penal independiente que actuara sobre los menores infractores, hasta el punto, que los menores podían cumplir largas condenas en compañía de criminales adultos o ser condenados a la pena capital. Sin ir más lejos, en 1829, el Estado de New Yersey aplicó la pena de muerte[830] a través de la horca a un niño de 12 años llamado James Guild condenado por un Jurado de adultos como castigo por haber cometido el asesinato de Catharine Beakes[831] Sin embargo, ante tan insostenibles crueldades surgieron reformistas

[829]Cfr. NEUMANN NATHAN, C.: *The Changing face of religion and Human Rigths: a personal reflection.* Martinus NIJholf Publishers, Leiden (Netherlands), 2009. pp. 150 y 151. En el mismo sentido Cámara Arroyo, Sergio.,ob.cit,p.550.

[830] Actualmente la pena capital para los menores se encuentra plenamente proscrita en EEUU, a partir del caso *Romper VS Simmons* del año 2005, por el que se prohíbe su aplicación en los supuestos en los que se cometió el delito siendo menor. La corte Suprema, abolió la pena de muerte para este colectivo y en 2010 declaró invalida la cadena perpetua sin delitos de sangre. En www.teinteresa.es/EEUU.

[831]Vid. G.PÉREZ, L., los tribunales de menores en Estados Unidos, en el aspecto cambiante de los tribunales de Estados Unidos. Temas de Democracia. Oficina de programas de información internacional del departamento de Estado de los Estados Unidos. 2003. Periódico electrónico publicado en Internet en http://www.usinfo.state.gov/journals/jourspa.htm.

convencidos de que la obligación de la sociedad hacia los menores no se podía definir mediante conceptos preestablecidos de justicia, referidos al comportamiento delictivo de las personas adultas.[832].

En 1899 se crea en Chicago en el estado de Illonis, el primer tribunal de menores[833] para niños. Y a los dos años de su fundación el Estado de Colorado organizó un tribunal para niños en Denver; posteriormente le siguen Pensilvania, Kansas, Rhode Island y Wiscosin, que instituyen en sus respectivos territorios la nueva institución de enjuiciamiento de la infancia, que contó con tal difusión que en el año 1909, la casi totalidad de los Estados Norteamericanos la habían implantado.[834] Se trataba de confiar en el niño para rehabilitarlo, de tal manera, que los procesos jurídicos desde su captura hasta su confinamiento en una institución, debían regirse por criterios clínicos y no punitivos.[835]

Tales fueron sus resultados[836], que su influencia tuvo expansión a Europa y a las naciones iberoamericanas, que asimilando este movimiento favorable a la existencia de los llamados Tribunales juveniles, organizaron los suyos propios, que en la actualidad funcionan en casi todo el continente[837]. Sin embargo, ante el incremento de la delincuencia juvenil violenta, entre los años 1950 y 1960, algunos Estados comenzaron a modificar aquellas premisas benefactoras; mutando sus procesos para hacer posible que un menor pudiera ser transferido a una institución penal de adultos,

[832]Cfr. G.PEREZ,L., ob. cit. 2003

[833] Parece ser que los antecedentes de esta institución se remontan al antiguo *Chancery Court* inglés, en el que se aplicaba el principio de equidad en los procedimiento contra los menores. Vid. LENROOT: The evolutión of the juvenile court. Washintong. 1920. Tambien Pérez Vitoria., ob.cit,p. 83

[834]Cfr. PÉREZ VITORIA,O., ob. cit,p. 84.

[835]Cfr. G.PÉREZ, L., ob. cit. 2003

[836] Los resultados se lograban con el establecimiento de un proceso sin contradicción en el que el Estado actuaría *"in loco parentis"* ejerciendo funciones de padre., y sus consideraciones principales serían el cuidado y el bienestar del menor. Vid. G. PÉREZ. L.,ob.cit.

[837]Vid. PÉREZ VITORIA, O., ob.cit,p.85

luego de establecida la respectiva sentencia por un tribunal penal juvenil[838], otros en cambio, optaron por incrementar las sanciones.

Sea como fuere, lo que cierto es, que el conocido caso Gault[839] de 1967, llevó al Tribunal Supremo a modificar las normas que gobernaban el proceso penal de menores en todo Estados Unidos. Los procesos se hicieron más formales y garantistas con el fin de respetar los derechos básicos de aquellos. En la actualidad EEUU no posee un sistema judicial único para menores, de suerte que existen 52 sistemas diferentes que actúan por separado en el país. Esta diversidad nos lleva a la dificultad de generalizar en un único modelo absoluto, a pesar de la existencia de una norma que pretende armonizar los mismos, conocida como el *Model Penal Code*[840] (MPC), que en

[838]Vid. G.PÉREZ, L.,.ob.cit.

[839]Vid. CRUZ BLANCA, M, J., El derecho penal de menores. (Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores). Edersa. Madrid. 2002. p.98. El 8 de Junio de 1964, Geral Francis Gault en compañía de su amigo Lewis, tuvieron la osadía de proferir frases indecentes por teléfono a su vecina. Tal acto, llevó a que lo detuvieran sin dejar notificación alguna a sus padres, que en ese momento no se encontraban en casa y al Tribunal a condenarlo con una medida de internamiento en la Escuela Industrial de Estado, hasta que cumpliera la edad de 21 años. Tres años más tarde, el Tribunal Supremo, dictó una Sentencia que obligó a todos los Estados a cambiar sus leyes juveniles, por considerar que eran inconstitucionales. La Sentencia decía " que se comunique al joven, a sus padres o guardadores, con tiempo suficiente los cargos que se le imputan, para que pueda preparar su defensa; el derecho para el menor, de aconsejarse y ser defendido por letrado, el privilegio de acusarse así mismo y de que si el sujeto lo hace, la confesión no valga, salvo, que el hecho haya sido probado por otros medios". En idéntico sentido, Vid. JAIME COUSO, "El derecho a un juzgamiento especializado de los jóvenes infractores en el derecho comparado". Política Criminal. Vol. 7, Nº 13 (Julio 2012), Art. 1, pp. 1 – 73. http://www.politicacriminal.cl/Vol_07/n_13/Vol7N13A1.pdf],p. 14 " la Corte Suprema reconoció que los jóvenes eran titulares de un conjunto de derechos básicos del debido proceso, reconocidos también en favor de adultos en la Constitución, indicando que la falta de estas protecciones procesales en las cortes juveniles había derivado en "arbitrariedad"(...). Además la decisión produjo un impacto significativo en las legislaciones a nivel estatal que se vieron obligadas a cambiar la orientación de sistemas preponderantemente basados en la ideología tutelar, a sistemas pensados desde la lógica de las garantías individuales"

[840] El contenido del MPC es como sigue: Una persona no será juzgada o declarada culpable de una ofensa si: A) En el momento de la conducta imputada como delito tenía menos de 16 o 17 años, con la excepción de que: 1.-El tribunal juvenil no tenga jurisdicción sobre él. 2.- El tribunal juvenil haya dictado una orden de transferencia de jurisdicción y consienta la iniciación de un procedimiento criminal contra él. B) Ningún tribunal tendrá jurisdicción para juzgar o declarar culpable a una persona de un delito si los procedimiento contra él son obstruidos por la subsección 1 de esta sección. Cuando que una persona acusada de la comisión de una ofensa puede ser de tal edad que los procedimiento criminales pueden ser obstruidos bajo la subcomisión 1 de esta sección,

realidad no ha conseguido imponerse en números estados conformadores de la Unión Norteamericana.

De hecho, en 33 Estados no se encuentra codificada la edad mínima de responsabilidad penal por eso nos dice Vázquez González que se deja una amplia libertad a los tribunales de Menores de cada Estado para desarrollar normas no escritas sobre el límite mínimo de edad de responsabilidad penal del menor.[841] Sin embargo, todos tienen jurisdicción por encima de los 5, 6 o 7 años de edad. En los 17 Estados donde está regulada, existe una variación de los seis años como edad mínima, de los tres a los siete, de 10 a 11 incluso de 1 a 12 años.[842]

Por otro lado, y por lo que respecta a la competencia de los tribunales juveniles puede distinguirse la atribución del conocimiento de asuntos atendiendo a distingos tipológicos conductuales. Por un lado están los casos de *delincuency,* que se corresponden con comportamientos que cometidos por un adulto, darían lugar a hechos delictivos y por otro lado están los supuestos de *"status offenses"* que se identifican con conductas prohibidas por niños y adolescentes referentes al absentismo escolar, abandono del hogar, dada las especiales necesidades de atención y cuidado requeridos por los menores de edad.[843.] Pero lo más llamativo del sistema Estadounidense es la disparidad jurídica relativa a las edades mínimas y máximas. Lo más habitual es encontrar jurisdicciones con una edad máxima de 18 años, aunque existen otros Estados que la bajan a 16 0 17 años.

---

el tribunal considerará además una audiencia, y la carga de establecer la satisfacción del tribunal de que el procedimiento criminal están obstruidos, la custodia de la persona acusada será entregada al Tribunal Juvenil, y en ese caso, incluyendo además los documentos del proceso, será transferido.

[841]Vid. CÁMARA ARROYO. S., ob. cit,p. 552. En el mismo sentido, Carlos Vázquez González, Justicia Penal de menores y jóvenes: Marco internacional. Derecho penal juvenil. 2ª Edición. Dykinson,Madrid .2007.

[842]Cfr. CÁMARA ARROYO, S., ob. cit,p. 552.

[843]Cfr. COUSO J., ob. cit,p. 15.

De igual manera la diversidad se hace eco en el establecimiento de la edad mínima que usualmente se fija por influencia del *Cammon law* en la edad de siete años. Una de las características más sobresalientes que se admite en casi todos los Estados es que en determinadas hipótesis derivadas de *delincuency* deba hacerse una *waivers of jurisdition o trasferencia de jurisdicción,* para que el supuesto concreto sea conocido por una corte de adultos, sustrayendo la competencia a la corte juvenil[844]. Este traslado se realiza por los tribunales juveniles, y puede obedecer a que se ha hecho rebatible la presunta incapacidad del menor, dado que en ocasiones se examina el grado de madurez o inmadurez de autor o bien se ha atendido de manera especial a la gravedad del delito cometido o incluso por consideraciones de prevención especial o general[845], que otorgan un amplio margen de discrecionalidad a los jueces.[846]

Por lo que respecta a los denominados mecanismos de diversión, estos fueron instaurados en la década de los 70, por mediadores voluntarios quienes mantenían contacto directo entre los delincuentes juveniles y víctimas, con la intervención de los padres. Se les conoció como *Victim offender Reconciliation Proyect,* y tenían como fundamento el hecho de que si los infractores primarios se responsabilizaban de su conducta, era posible fortalecer sus valores éticos y de justicia. Ya en el año 1995, 24 Estados, adoptaron en su códigos juveniles o procedimientos administrativos concepto de justicia restaurativa[847].

[844]Vid. COUSO J.,ob. cit,p. 15
[845]Vid. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M.I., Minoría de edad penal y derecho penal juvenil. Editorial Comares .Granada.1998,p. 69
[846]Cfr. COUSO, J., ob. cit,p. 68.
[847]Cfr. VERDE, C, La mediación en el Sistema Penal de Menores Análisis del Derecho Comparado. Estudios jurídicos. Facultad de derecho. Buenos Aires,p. 308. Disponible en www.juridicas.unam.mx/publica/librev/anjuris.pdf.

3.4.2.- Canadá.

A principios del S.XIX toda la materia concerniente a la responsabilidad penal de los menores se regulaba a través de un sistema mixto competencial. La regulación se componía de la Ley federal conocida como *La Juvenile Delinquents Act. de 1929,* y de los llamados *Statutes de cada una las provincias,* que establecían la edad límite de la minoría penal en sus respectivas legislaciones[848]. En determinados casos la ley federal autorizaba a los tribunales de menores para transferir al inculpado cuya edad fuese superior a catorce años al Tribunal Ordinario, que lo juzgaría con arreglo al código Penal[849], que manejaba un criterio mixto de responsabilidad. Por un lado, hasta los 7 años se declaraba la absoluta falta de responsabilidad, y desde los 7 a los 14 años, se entendía responsable, siempre que hubiese obrado con discernimiento.

En los tiempos actuales, el sistema penal de los menores en Canadá se guía por la llamada *Youth Criminal Canadá Act de 2003,* (en adelante YCJA) cuya característica trascendental reside en operar como legislación básica a través de las peculiaridades legislativas de cada región. Así, las YCJA establecen un mínimo de edad penal que oscila entre los 12 y los 18 años de edad. Sin embargo, su artículo 61 otorga a cada región la potestad de establecer una edad, comprendida entre los 14 y 16 años, para que el menor infractor responda ante la justicia penal de adultos.[850] La situación jurídica derivada es la existencia de desigualdades importantes en esta materia a partir de la regulación de cada región.

Por otro lado, en las YCJA puede observarse disposiciones encaminadas a salvaguardar el interés del menor, tratando de adaptarse convenientemente a la CDN de 1989. Así, se observa en

[848]Cfr. PÉREZ VITORIA, O., ob. cit,p. 54.
[849]Cfr. PÉREZ VITORIA, O., ob. cit,p. 54
[850]Vid. CÁMARA ARROYO S., ob. cit,p. 552.

ellas, que la detención de los menores unicamente tendrá lugar, en los casos en que hubiera tenido lugar la del adulto. Del mismo modo, las sentencias de custodia o de internamiento se aplicarán en los casos más graves: Violencia, reincidencia mientras se encuentra el menor cumplimiento una medida distinta a la del internamiento; para aquellos delitos por lo que un adulto ingresaría en prisión por no menos de dos años y en la que existan evidencias de culpabilidad, o en casos excepcionales, para supuestos en los que el menor haya cometido una infracción en las que la medidas aplicable no sean de custodia y sean inconsistentes.[851] A pesar de todo, como dice Cámara Arroyo, siguiendo a Anthony N. Dood y Carla Cesaroni, resulta significativo el numero de menores cumplimiento internamiento en instituciones de custodia como también en centros penitenciarios de adultos[852], llegando a superar las estadísticas de los EEUU.

Sin embargo, la adaptación de la normativa Canadiense a la CDN de 1989, no ha sido plena, formulado el gobierno reserva con respecto al artículo 37 C de la misma por el que se regula la absoluta separación entre adultos y menores en las prisiones. Con base a dicha reserva los menores podrán ser internados junto con los adultos en centros penitenciarios, no existiendo en la practica, una eficaz diferencia de tratamiento penitenciario entre los mismos[853].

3.5.-La justicia juvenil en América-Latina.

3.5.1.- Breve recorrido Histórico general.

La preocupación por la tutela de la infancia surge en la conciencia de los países latinoamericano a principios del siglo pasado, recepcionando ideas surgidas tanto de la escuela

[851]Cfr. CÁMARA ARROYO S., ob. cit,p. 555
[852]Cfr. CÁMARA ARROYO S., ob. cit,p. 555.
[853]Cfr. CÁMARA ARROYO, S., ob. cit,p. 556.

positiva como de la escuela de la defensa social. Este ideario viene a influir de manera decisiva en la legislación de estos países en las postrimerías del S.XX hasta bien entrado los años sesenta.

Se dice que la primera ley reguladora sobre el tratamiento jurídico penal del menor fue la la Ley Argentina de 9 de Octubre de 1919, denominada *Ley Agote,* en homenaje a su autor, quien suprimió la prisión preventiva para los menores. Hasta la promulgación de esta ley no se contaba con dependencias especiales para detener a estos delincuentes, siendo conducidos al departamento de policía o al depósito de contraventores, donde se hallaban mezclados con toda clases de malhechores[854]. A partir de entonces se construyeron las Alcaldías con esta específica finalidad.[855] Del mismo modo, como antesala al procedimiento para enjuiciar a los menores delincuentes cuyas sesiones no eran públicas y se desarrollaban sin formulismos procesales[856], se procedía al estudio del entorno social en el que se desarrollaba la vida de aquellos, existiendo un cuerpo especial de delegados al servicio de la policía que se encargaba de la información social del menor, visitando la propia familia, el barrio y la casa donde vivía el muchacho, averiguando sus compañías, solicitando antecedentes en la escuela, en el taller y demás lugares frecuentados por el mismo[857] De esta legislación preocupada por la infancia se hizo eco Colombia a través de la ley de 26 de Noviembre de 1920 que creó cuatro tribunales de menores que funcionaban en la capital, y en las ciudades de Medellín, Bucamaga, y Manizales.[858] Estos tribunales conocían de los delitos y contravenciones de los menores, interviniendo además en caso de abandono físico o moral, vagancia, prostitución o mendicidad, y protegía a los hijos de los delincuentes que se encontraban cumpliendo condena, faltos de educación y medios de subsistencia.

---

[854]Vid. DE ARENAZA., La infancia abandonada y delincuente y la ley agote. Buenos Aires.1932,p.18, citado por PÉREZ VITORIA, O., ob. cit,p.128.
[855]Cfr. PÉREZ VITORIA, O., ob. cit,p. 128.
[856]Cfr. PÉREZ VITORIA O., ob. cit,p.158
[857]Cfr TELMA RECA., Delincuencia infantil en Estado Unidos y en la Argentina,p.208. citado por PÉREZ VITORIA O., ob. cit,p.151.
[858]Cfr. PÉREZ VITORIA O., ob. cit,p.49

Colombia, seguía un sistema biológico puro estableciendo tramos de responsabilidad criminal; de tal manera que la minoría penal se extendía hasta los 17 años. Desde los siete años de edad hasta los diecisiete años, quienes cometían hechos delictivos estaban excluidos de la jurisdicción ordinaria y comparecían ante el tribunal de menores el cual les imponía medidas de carácter correctivo y tutelar, la más intensa de las cuales consistía en el internamiento en una casa de reforma, por un espacio de tiempo indeterminado[859]. En todo caso, las sentencias eran dictadas en sesión privada, estando prohibida toda publicidad.

Por lo que respecta a Brasil el primer código especial para menores[860], fue publicado por decreto de 12 de Octubre de 1927, creando el tribunal de menores en el distrito federal. Los menores de 14 años comparecían ante este organismo, el cual podía disponer que fueren entregados a sus padres o tutores o internados en una institución correccional[861]. En este país, un Juez único[862] es competente para conocer de los hechos delictivos cometidos por adolescentes entre 14 a 18 años, y también los casos que se presume, que en un menor de 14 años ha realizado un hecho delictuoso, en sesiones a puerta cerrada, pero teniendo el juez la facultad de acordar la presencia del menor o por el contrario su ausencia en cuyo caso lo representará el defensor.[863] A los menores de 14 años se les aplicaba también un tratamiento especial cuando lo precisaban a juicio del Tribunal. Esta ley especial autoriza al juez ha realizar un examen psico-médico-pedagógico que se realizaba mientras

[859]Cfr. PÉREZ VITORIA O., ob. cit,p.49
[860]Cfr. PÉREZ VITORIA, O., ob. cit,p. 47. El código penal de Brasil de 1890, acogía una tesis mixta para tramo de edad, por la que se aplicaba el criterio biológico, declarando la irresponsabilidad de los menores de 9 años, pero aplicando el discernimiento para la declaración de responsabilidad de los mayores de nueve y menores de 14.
[861]Vid. PÉREZ VITORIA, O., ob. cit,p.47
[862]Fue la ley Brasileña de 12 de Octubre de 1927, la que instituyó a un juez único que es nombrado por el presidente de la República. En su función se encuentra auxiliado por un curador, que representa al Ministerio Publico, un médico especializado en psiquiatría y el abogado defensor adscrito al propio Tribunal. Cfr. PÉREZ VITORIA, O., ob. cit,p. 95.
[863]Cfr. PÉREZ VITORIA O., ob. cit,p.159.

el menor espera comparecer ante el mismo; de hecho, en Rio de Janeiro funcionaba un laboratorio de Biología infantil para la detección precoz de las anomalías de los menores y con finalidad profiláctica de la delincuencia[864]. Por otro lado, si el menor era condenado y no era menor de 14 años o se trataba de un menor pervertido o abandonado, era internado en una escuela de reforma por un tiempo variable entre uno y cinco años. Si se trataba de un menor pervertido, este periodo se extienda de tres a siete años[865] Otros de los países pioneros en la pretensión de lograr una legislación específica y diferenciada del derecho penal de adultos, fue Uruguay que el día 6 de Abril de 1934 promulgó el *código del niño* que acepta la institución de juez de Menores.[866] Este juez va a conocer de todos los hechos delictivos cometidos por menores hasta que alcanzasen la edad de 18 años, y de los casos de abandono hasta los veinticinco años, aplicándoles a unos y a otros las medidas de vigilancia y protección que establece el propio código.[867] Este código prohibía la detención de los menores de 18 años, los cuales, por decisión del juez letrado, eran colocados en familia, bajo la vigilancia de un funcionario o particular o internados en una institución pública o privada.[868]

A pesar de la pretensión de los países latino-americanos en general, de lograr una legislación penal independiente, en realidad tales sistemas descansaron en un derecho de naturaleza tutelar, sin reconocimiento de los derechos de los niños y que se desarrolló intensamente hasta los años 60 fundamentado en doctrinas positivistas-antropológicas[869]. Ahora bien, la nueva respuesta latino-americana de los adolescentes ha sido construida en América latina a partir de la Convención sobre los Derechos del Niño y de otros instrumentos internacionales que sin tener fuerza vinculante que tienen para el Estado los tratados, representan la expresión de acuerdos e intenciones de la

[864]Vid. RIBEIRO., laboratorio de Biología Infantil. Archivos de medicina legal e indentificao.1937. núm,14, p.177. Citado por PÉREZ VITORIA, O., ob.cit,p.143.
[865]Cfr. PÉREZ VITORIA, O., ob. cit. pp 47, 48.
[866]Cfr. PÉREZ VITORIA, O., ob. cit,p. 95.
[867]Cfr. PÉREZ VITORIA, O., ob. cit,p. 47
[868]Cfr. PÉREZ VITORIA, O., ob. cit,p. 129.
[869]Cfr. CRUZ Y CRUZ, E., Los menores de edad infractores de la ley penal. Tesis doctoral. Universidad complutense de Madrid. 2010,p. 145

comunidad internacional en esta materia y, por lo tanto son aplicables en la interpretación de los tratados y en el diseño de las políticas de los Estados miembros de la Organización de las Naciones Unidas[870]

La legislación latino-americana ha sufrido un cambio radical como consecuencia de la adaptación de las legislaciones de los distintos países a los parámetros marcados por la CDN. Este cambio legislativo permite observar en ellas la previsión de instancias pre-judiciales de solución de conflictos, siempre con control y previsión judicial si fuese necesario. Así, se reconocen a las personas menores de 18 años todas las garantías que les corresponden a los adultos en los juicios criminales según las constituciones nacionales y los instrumentos internacionales pertinentes, más garantías específicas que corresponde a personas que están creciendo[871]. Así desde el punto de vista procesal se adaptan las características de los sistemas modernos latinoamericanos acusatorios, sistemas flexibles que permiten instancias conciliadoras no solo al inicio sino a lo largo de todo el proceso, esto es, flexibles para intentar una real solución al conflicto de naturaleza jurídico penal que dio origen al proceso[872].

3.5.2.-Argentina

Argentina fue uno de los últimos países del continente americano en adecuar su legislación a la CDN. La regulación de la justicia juvenil en Argentina actualmente se rige por el régimen Penal de la Minoridad inscrito en las leyes 22.278/80[873] y 22.803/83 (y actualizado por leyes

[870]Cfr. BELOFF,M./CILLERO, M/GARCÍA MÉNDEZ, E/LORETO QUIJADA, M/PINTO, GIMOL/GÓMEZ, ALEJANDRO/FALCA, SUSANA (eds)., BELOF, M., Los nuevos sistemas de justicia juvenil en América Latina, en Justicia y derechos del niño. Nº8. Unicef. 2005,p. 12.
[871]Cfr. BELOFF,M., ob.cit,p. 14
[872]Cfr. BELOFF, M., ob.cit,p. 14
[873]Este régimen de minoridad penal firmado en la dictadura de Jorge Rafael Videla, fue ratificado por la Corte en 2008, a pesar de sus contradicciones con la ley integral de los derechos de las Niña,

23264,23742), y por el Código Procesal de la Nación, ley 23984/92[874] , esta última creadora de los juzgados de menores en la ciudad de Buenos Aires.

El régimen de minoridad penal funciona distinguiendo dos categorías de menores. Una de 16 a 18 años cumplidos, a los que denomina relativamente imputables y a quienes somete al proceso penal, pero con la salvedad de que la Sentencia y la pena no se fijan hasta que no cumplan los 18 años[875]. El problema es que durante este periodo, el menor se encuentra sometido a un tratamiento tutelar por un año como mínimo, al cabo del cual, el juez decide si continúa o no. A los menores de 16 años se les declara inimputables y en consecuencia, no punibles; cerrándose el proceso penal pero abriéndose un expediente tutelar[876].

El sistema Argentino ha sido criticado por ser el único país de latino América que no goza de un régimen de responsabilidad penal juvenil adaptado plenamente a los postulados de la CDN. La principales críticas se ciñen al hecho de en realidad sobre el menor de 16 años el juez puede disponer sobre su persona, ordenando su ingreso en un centro tutelar, si entiende que se encuentra en peligro moral o material; lo que se traduce en que si un menor de 16 años de clase media comete un delito, bastará con el regreso a casa junto con su familia, pero en el caso de que pertenezca a clases desfavorecida por la que se encuentre en peligro moral o de abandono, se le privará de

Niños y Adolescentes, aprobada en 2005.

[874]Cfr. GARELLO, SILVANA., La justicia juvenil en Argentina y el surgimiento de una nueva institucionalidad., en revista debate público, reflexión de trabajo social. Buenos aires. 2012.

[875]Dispone el Art.4 del Decreto, que la imposición de pena respecto del menor a que se refiere el artículo 2º estará supeditado a los siguientes requisitos: 1º) que previamente haya sido declarada su responsabilidad penal y civil si correspondiere, conforme a las normas procesales. 2º) que haya cumplido 18 años de edad. 3º) Que haya sido sometido a un periodo de tratamiento tutelar no inferior a un año, prorrogable en caso necesario hasta la mayoría de edad. Una vez cumplidos estos requisitos, si las modalidades del hecho, los antecedentes del menor, el resultado del tratamiento tutelar y la impresión directa recogida por el juez hicieren necesario aplicarle una sanción, así lo resolverá, pudiendo reducirla en la forma prevista para la tentativa. Contrariamente, si fuese innecesario aplicarle sanción, lo absolverá, en cuyo caso podrá prescindir del requisito del inciso 2º.

[876] El Decreto sigue vigente a pesar de que en 2005 fue derogado la Ley Agote y se sustituyó por la Ley 26.061 de Protección integral de la infancia.

libertad con la finalidad de protegerlo hasta que cumpla 21 años, sin que pueda ser procesado porque es inimputable. En relación con las sanciones que pueden imponerse, estas se denominan penas, sin que exista distinción entre las penas que pueden imponerse a los adolescentes y las aplicables a los adultos[877] El tiempo máximo de prisión que puede aplicarse a un joven es el de reclusión perpetua. Se afirma así, que la legislación argentina permite la aplicación de similares penas para adolescentes que para adultos. Cuestión que se agrava cuando hay determinadas circunstancias delictivas que para un niño o adolescente significa privación de libertad por el periodo de tratamiento tutelar, sin que aún adulto le sea aplicable esa pena[878].

3.5.3.-Brasil.

En Brasil rige el Estatuto del Niño y del Adolescente (en adelante ECA), que fue aprobado el día 13 de Julio de 1990, posteriormente reformado el día 12 de Noviembre de 2013. El ECA deja fuera del derecho penal de adultos a las personas menores de 18 años, al establecer que "son penalmente inimputables" y que están sujetas a las medidas previstas por el Estatuto. Es significativo que no haga referencia al concepto de "responsabilidad penal juvenil" o "imputabilidad", utilizando otros términos como el que le da nombre a uno de los títulos, llamado " práctica de acto infractor" identificándose con la conducta descrita como delito en la ley penal.

El ECA lleva a cabo la exclusión de los niños (menores de 12 años) del sistema de justicia

[877]De hecho, se ha aplicado en Argentina la reclusión perpetua a menores de 16 y 17 años. Asimismo, aunque las disposiciones de la prisión preventiva no son aplicables a las personas menores de 18 años, durante el proceso se priva de libertad a estos adolescentes, denominándose estas medidas "internación" o "medidas de protección"Vid. Derechos del niño, en seguimiento de la aplicación de la CDN. Estándares mínimos de derechos humanos para una nueva ley de Justicia Penal Juvenil. UNICEF,p. 4, disponible en www.unicef.org.

[878]Vid. GARELLO, ob.cit,p. 167, Según este autor la medida tutelar y la pena privativa de libertad, en la práctica no difieren, ambas se basan en restricciones de derechos.

juvenil, adoptando un modelo de derivación automática a instituciones de protección. Ahora bien, como esta posibilidad permite confundir aspectos penales con aspectos relativos a la protección, no cabe que a través de la comisión de hechos delictivos se produzca la desviación con cierto automatismo, sino que como bien especifica el estatuto, para los supuestos de comisión de delitos, la exclusión de la reacción estatal debe ser absoluta y sólo debe usarse la desviación para los casos en los que el juez advierta que los derechos del niño se encuentran amenazados o violados[879]

Las consecuencias jurídicas de la declaración de responsabilidad penal del adolescente son denominadas "medidas socio-educativas", tales como: advertencia, la obligación de reparar el daño, la prestación de servicios de la comunidad, la libertad asistida, la semi-libertad, internación o privación de la libertad y todas las medidas de protección con excepción del abrigo y la colocación en familia sustituida. En relación con la medida privativa de libertad conocida como internación, esta puede ordenarse por tiempo indeterminado sin que nunca pueda exceder de tres años. La medida de internación en Brasil ha sido objeto de críticas por la excesiva generalidad y vaguedad de sus supuestos[880] que permite interpretaciones extensivas que llevan a admitir la privación de libertad en prácticamente en todos los casos de adolescentes infractores. No obstante, la imprecisión señalada, en relación con la privación de libertad durante el proceso se establece como garantía que esta no puede exceder de 45 días, plazo máximo que el juez deberá dictar la resolución definitiva.[881]

Por otro lado, el ECA prevé como solución alternativa de justicia restaurativa la denominada remisión[882], que no contempla la reparación de la víctima, aunque prescribe que podrá aplicarse

[879]Vid. BELOFF,M., ob.cit,p. 16
[880]Cfr. Art 122 DEL ECA, relativo a la internación se aplica a los supuestos: a) actor infractor cometido mediante grave amenaza o violencia en las personas. b) reiteración en la comisión de otras infracciones graves, y falta de cumplimiento reiterada e injustificada de una medida impuesta anteriormente, no pudiendo en este caso la internación ser superior a tres meses.
[881]Cfr. BELOFF, M., ob.cit,p. 17
[882]Cfr. Art.126-128 DEL ECA.

cualquiera de las medidas previstas en la ley, por lo que nada obsta a que el juez ordene la reparación del daño.[883] La remisión no requiere consentimiento del adolescente, con lo que aparece como un criterio de oportunidad del Ministerio Público antes que como la reglamentación de la remisión contenida en las Reglas de Beijing que se asemeja a la diversión. Sin embargo, como notas caracterizadoras más sobresalientes es que no implica necesariamente el reconocimiento o comprobación de responsabilidad ni tiene consecuencias a los efectos de los antecedentes del joven y que se puede ordenar la misma, con sometimiento a " medidas socioeducativas" arriba enumerada, excepto la semi-libertad y la internación.[884]

3.5.4.-Nicaragua.

La CDN fue suscrita y ratificada en 1990 por Nicaragua, incorporando a su propio ordenamiento constitucional "que la niñez goza de protección especial y de todos los derechos que su condición requiere, por lo cual tiene plena vigencia la convención sobre los derecho del niño y la niña."[885] En consonancia con este mandato constitucional se creó una legislación de carácter tutelador conocida como "código de la niñez y de las adolescencia" de 24 de Marzo de 1998 de aplicación extensiva a las comunidades indígenas."[886]

---

[883]Cfr. RITA MAXERA, ILANUD., Mecanismos restaurativos en las nuevas legislaciones penales Juveniles: Latinoamérica y España, en el undécimo Congreso de la Naciones Unidas sobre prevención del crimen y justicia criminal. Bangkok, Thailand. 2005.
[884]Cfr. BELOFF, M., ob.cit,p. 18
[885]Cfr. Art. 71 de la Constitución política de la República en 1995.
[886]Cfr. CRUZ Y CRUZ, E., Los menores de edad infractores de la ley penal. Tesis doctoral. Universidad complutense de Madrid. 2010. pp. 149 y ss. Respecto a los niños y adolescentes que pertenezcan a comunidades indígenas, grupos sociales étnicos, religiosos o lingüísticos, o de origen indígena, el Título Preliminar les reconoce, en armonía con los principios de la Constitución nicaragüense (en especial lo dispuesto en el artículo 5º) el derecho de vivir y desarrollarse bajo las formas de organización social que corresponde a sus tradiciones históricas y culturales. En este sentido, el Estado asumió el compromiso de garantizar a las niñas, niños y adolescentes que pertenezcan a tales comunidades indígenas o grupos sociales los derechos que les corresponden en común con los demás miembros de su grupo (a tener su propia vida cultural y educativa, a profesar y practicar su propia religión y costumbres, y a emplear su propio idioma, entre otros derechos y

La Justicia Especial del Adolescente se aplica a todos aquellos que tuvieren 13 años cumplidos y que sean menores de 18 años en el momento de la comisión del hecho. Se establece una distinción entre aquellos que tienen quince a dieciocho años no cumplidos y quienes tienen trece y catorce años, sin que sea posible que estos últimos sean sometidos a medidas que impliquen privación de libertad.[887] A los adolescentes de edades comprendidas entre los 13 y 15 años que cometieran un hecho delictivo, el juez podrá imponerles cualquiera de las medidas de protección especial establecidas en el Libro II del Código o cualquiera de las medidas contempladas en en el libro III, exceptuando cualquier medida que implique privación de libertad.

Los menores de trece años están exentos de responsabilidad criminal quedando únicamente sometidos a responsabilidad civil que se ejercerá ante la jurisdicción competente, aunque se prevé que el juez remita el caso al órgano administrativo correspondiente a los fines de su protección integral.[888]La única institución con fines restaurativos que acoge la legislación es "la conciliación"[889] que se define como el acto jurisdiccional voluntario entre el ofendido o su representante y el adolescente, con el objeto de lograr un acuerdo para la reparación, sustitución o pago del daño causado por este último, siempre que existan indicios o evidencias de la autoría o la participación del mismo y sin que ello implique aceptación de la comisión del hecho por parte del acusado.[890] El momento procesal para lograr el acuerdo conciliatorio puede ser cualquiera, siempre antes de que hubiere recaído resolución definitiva.

---

garantías

[887]Cfr. BELOFF, M., ob.cit,p. 24

[888]Cfr. BELOFF, M., ob.cit,p. 24

[889] Se encuentra desarrollado en el artículo 145 de la Ley citada, cuyo uso limita el artículo 148 de la misma, al disponer que la conciliación no procederá en los delitos cuya pena merezca medidas de privación de libertad.

[890]Cfr. CARRANZA, E., Las nuevas legislaciones penales juveniles posteriores a la convención en América Latina, en legislación de menores en el S.XXI: Análisis de derecho comparado. Estudios de derecho judicial., ob. cit,p. 28.

En materia de sanciones se establecen tres tipos: Medidas socio-educativas, medidas de orientación y supervisión, medidas privativas de libertad.[891] Por lo que respecta a ésta última, se establece la posibilidad de su dictado a partir, por un lado, de una enumeración de los delitos que permiten su aplicación y por otro, el supuesto de incumplimiento de otras medidas, que habilita una privación de libertad por un periodo máximo de tres meses. La privación de libertad puede dictarse a partir del mínimo establecido para el delito por la ley penal pero que en ningún caso podrá exceder de seis años[892]. Se permite además, la participación de la víctima en el proceso con la condición de parte, compareciendo por sí misma o por medio de abogado y pudiendo recurrir en defensa de sus intereses cuando lo crea necesario[893].

3.5.5.-Costa Rica.

Costa Rica aprobó la ley de Justicia Juvenil el 6 de Febrero de 1996 que presenta como características más llamativas la ausencia de la denominación "responsabilidad", la omisión de referencias acerca de la culpabilidad y la sustitución del término medidas por el de sanción[894]. La ley distingue dos grupos etarios: entre doce y quince años, y entre dieciséis y dieciocho años no cumplidos. Respecto de las personas menores de 12 años prevé que los casos serán remitidos por los juzgado penales juveniles al órgano administrativo de protección, a fin de brindar la atención y el seguimiento necesarios. Se establece la garantía de que en el caso de que las medidas

[891]Cfr. CARRANZA, E., ob. cit,p. 28
[892]Cfr. BELOFF, M., ob.cit,p.24
[893]Cfr. CARRANZA, E.,ob. cit. pp. 30,31.
[894]Cfr. MAXERA, R/ TIFFER SOTOMAYOR, C., Comentarios al proceso de reforma legislativa en Costa Rica, en García Méndez, E y Beloff, M (editores), infancia, ley y democracia en América Latina, Santa Fé de Bogotá. Buenos aires. Editorial Temis/Depalma.1998. Pág 403, "Se han considerado sanciones y no medidas porque la sanción tiene una connotación negativa, mientras que las medidas tutelares tienen una orientación teórica y ayudará".

administrativas que se apliquen conlleven restricción de la libertad ambulatoria del niño, se deberá consultar al juez de ejecución penal juvenil, que las controlará.[895]

Por lo que respecta a las medidas privativa de libertad, llamadas internamientos, se dividen en tres clases. La más grave, internamiento en centro especializado para delitos dolosos castigados por el Código Penal o por leyes especiales con pena de prisión superior a seis años y en el caso de incumplimiento injustificado de otras sanciones. La ley prevé un severo máximo para esta sanción de quince años para aquellos jóvenes entre quince y dieciocho años no cumplidos.[896] En relación con la aplicación de mecanismo desjudicializadores de carácter restaurativo, la legislación juvenil de Costa Rica prevé la conciliación[897] cuya procedencia se reduce a las contravenciones, a los delitos de acción privada a instancia privada y a los que admiten la suspensión condicional de la pena, o lo que es lo mismo, para aquellos delitos cuya pena mínima exceda de tres años.[898]

3.5.6.-El Salvador.

El Decreto 863 aprobado el 27 de Abril de 1994 superó el sistema tutelar clásico que en materia juvenil, seguía El Salvador. Distingue dos grupos de edad: de 16 a 18 años no cumplidos y

[895]Cfr. Art. 6 de la ley citada, en el mismo sentido BELOFF, M., ob.cit,p. 41

[896]Esta sanción es claramente incompatible con al exigencia de brevedad de las normas internacionales. El máximo para los jóvenes comprendidos entre los 12 y los 15 años también es elevadísimo y sin precedentes: diez años (artículo 131). Se prevé no obstante la ejecución condicional de esta sanción por un periodo igual al doble de la sanción impuesta. Vid. BELOFF, M., ob.cit,p. 41

[897]Según el Art. 61 de la Justicia juvenil de Costa Rica, la conciliación es un acto jurisdiccional voluntario entre el ofendido o su representante y el menor de edad, quienes serán las partes necesarias en ella. El Art.64 dispone que la conciliación procederá en todos los casos en que es admisible para la justicia penal de adultos. (remisión al Código Penal de Adultos), ahora bien la Sala Constitucional de Costa Rica respondiendo a una Consulta Judicial Facultativa relativa a la aplicación de este instituto y a la congruencia con el artículo 155 del Código de la Niñez y la Adolescencia, indicó que la conciliación no procede cuando la víctima es menor de edad. Vid. Rita Maxera, Ilanud., ob.cit. pp 4 y 5.

[898]Cfr. Art.59 del Código Penal de Costa Rica.

entre 12 a 15 años. En relación con estos últimos y para quienes representen una conducta antisocial, la norma establece que no están sujetos ni al régimen jurídico especial de la ley ni al común, que están exentos de responsabilidad y que, en su caso, debe darse aviso al organismo para su "protección integral".[899]

Las medidas que pueden adoptarse son: Orientación y apoyo sociofamiliar, Amonestación, Imposición de Reglas de conducta, Servicios de la comunidad, Libertad asistida e internación.[900] Con carácter general, se establece una duración máxima para todas las medidas de cinco años con excepción de aquellos que tuviesen 16 años en el momento de comisión de los hechos. En este caso el juez podrá ordenar el internamiento hasta por un término cuyos mínimos y máximos sean la mitad de los establecidos como pena de prisión respecto del delito de que se trate, pero en ningún caso la medida sea igual o superior de siete años.[901]

Por otro lado, se regulan instituciones inéditas como la conciliación aunque se limita su aplicación respecto a delitos afectantes a intereses difusos de la sociedad, y a los delitos de Homicidio simple y agravado, extorsión, privación de libertad, secuestro y atentados contra la libertad individual agravados; delitos relativos a la libertad sexual; y delitos cometidos por menores que hayan conciliado la misma clase de delitos[902], que vienen a referir delitos graves en el ámbito de la aplicación de la Ley antimaras.[903] Además regula la remisión, por la que el juez podrá

[899]Cfr. BELOFF,M., ob.cit,p. 40
[900]Cfr. Art 54 del Decreto referido regula los supuestos que autorizan la privación de libertad por orden judicial durante el proceso, y que son: a) que se hubiere establecido la existencia de una infracción penal, cuando el delito estuviere sancionado en la Legislación Penal con pena de prisión cuyo mínimo sea igual o superior a dos años. b) que existieren suficientes indicios o evidencias sobre la autoría o participación del menor en la infracción, teniendo en cuenta las circunstancias en las que ocurrió el hecho y el grado de responsabilidad c) que existieren indicios de que el menor pudiere evadir la justicia o entorpecer la investigación.
[901]Cfr. Art. 15 de la norma citada.
[902]Cfr. Art. 59 de la norma citada.
[903]Vid. ILANUD, R., ob.cit,p.5

examinar la posibilidad de no continuar el proceso, cuando el delito estuviese sancionado en la legislación penal con pena de prisión cuyo mínimo sea inferior a tres años, con base en el grado de responsabilidad, en el daño causado y en la reparación del mismo. Si el juez considera que no procede la continuación del proceso, citará a las partes a un audiencia común y previo acuerdo con ellas, resolverá remitir al menor a programas comunitarios con el apoyo de su familia y bajo el control de la institución que los realice, si no existiere acuerdo entre las partes.[904]

3.5.7.-Panamá.

Panamá aprobó un Régimen Especial de Responsabilidad Penal para la Adolescencia el 26 de Agosto de 1999, que contiene tres finalidades primordiales: la educación del individuo en los principios de justicia, la defensa de la sociedad,la seguridad ciudadana y la resocialización de los infractores[905] Esta ley se aplica a todas las personas que hayan cumplido los 14 y no hayan cumplido los 18 años de edad al momento de cometer la infracción.

Las sanciones que prevé la norma procederán con fines de resocialización. Se agrupan en tres clases: las conductas socioeducativas, las ordenes de orientación y supervisión y las sanciones privativas de libertad.[906] En relación con esta última, sólo procederá cuando no sea posible aplicar ninguna otra medida. Posee diversas modalidades: la detención domiciliaria, el régimen de

[904]Cfr. Art.37 de la norma citada.
[905]Cfr. Art.2 del Régimen Especial de Responsabilidad Penal para la Adolescencia de 26 de Agosto de 1999.
[906]Cfr. Art.128 de la norma citada, en el artículo 125 se dispone que en el momento de aplicarlas, el juez penal de adolescentes deberá tener en cuenta que se haya comprobado judicialmente la comisión de acto infractor y la participación del adolescente o adolescentes investigado, así como su capacidad de comprender la ilicitud de los hechos cometidos y de determinarse conforme a esa compresión; y que la sanción que se imponga al adolescente o a la adolescente sea proporcional al daño o amenaza causado por conducta delictiva, que sea conducente a su reinserción familiar y comunitaria, y que sea viable en las condiciones reales en que deberá cumplirse.

semilibertad, -ambas con una dirección máxima de un año-y la reclusión en un centro de cumplimiento.[907]

La legislación de Panamá permite formulas de terminación anticipada del proceso como la remisión, el criterio de oportunidad fiscal y la conciliación. Ahora bien, ninguno de ellos implica para la legislación Panameña reparación del daño. Tienen contenido restaurativo la conciliación[908] y la suspensión condicional del proceso.[909]Esta última permite que el juez de adolescentes decrete de oficio, la suspensión del proceso, sujetándola a condiciones determinadas en los casos que reúnan las siguientes características: a) El hecho punible permite la vía de la conciliación b) el adolescente ha realizado esfuerzos por reparar el daño causado o el acto cometido no puso en grave peligro ni la integridad física de las personas ni sus bienes.[910]

3.6.- El tratamiento Jurídico penal de los menores infractores en el continente Africano.

3.6.1.-Egipto

[907] La reclusión en centro de cumplimiento procederá en dos casos: a) cuando se trate de los delitos de homicidio doloso, lesiones personales dolosas y lesiones personales dolosas con resultado de muerte, violación sexual, secuestro, robo y tráfico ilícito de drogas b) Cuando el adolescente o la adolescente haya incumplido injustificadamente las sanciones socioeducativas o las órdenes de orientación y supervisión que fueron impuesta. En el primer caso, podrá tener una duración máxima de 7 años-si se trata de los delitos de homicidio doloso, violación sexual y tráfico ilícito de drogas-y de 5 años en el resto de los supuestos. En el segundo, en tanto, la duración máxima será de 4 meses. Vid. BELOFF,M., ob.cit,p. 43

[908]Cfr. Art.69 de la citada norma, dispone que la conciliación es un acto voluntario entre las persona ofendida o su representante y el adolescente o la adolescente. Los adolescentes y las adolescentes tendrán derecho a que sus padres, tutores o representantes los acompañen durante la audiencia de conciliación. Los adolescentes que hayan cumplido los 16 años tendrán derecho a que sus padres, tutores o representantes no se encuentren presentes durante la audiencia de conciliación. Para el cumplimiento de las obligaciones de contenido patrimonial, el adolescente o la adolescente podrá ser acompañado por cualquier persona.

[909]Cfr. ILANUD, R., ob.cit,p. 9

[910] Art.96 de la citada norma.

En Egipto, a los inicios del Siglo XX, la minoría de edad penal se situaba en los 15 años. Los infractores de edad inferior a ésta, serían juzgados por los dos únicos tribunales de menores existentes en Egipto cuya sedes se encontraban en "El Cairo" y "Alejandría", y lo hacían acudiendo a las penas ofrecidas por Código Penal, que en caso de crimen se imponía a los comprendidos entre las edades de 7 a 15 años. Este código penal, acogía el sistema de sustitución de la penas a criterio del juez, por la pena de azotes, si se trataba de un muchacho, por la entrega a sus padres, o por un internamiento en una escuela de reforma.[911] Posteriormente un Real Decreto Ley de 12 de Febrero 1931, modificó ciertas disposiciones del Código Penal determinando que todos los menores internados en una Escuela de Reforma, deberían permanecer en ella hasta que no sea ordenada su liberación por el Ministerio de Justicia, de acuerdo con el Director de la institución y el Procurador General.[912]

En tiempo más actuales, cabe destacar la ratificación de la CDN en Julio de 1990 y del Convenio Africado de los derechos y del bienestar del niño en Mayo de 2001. Aunque también es cierto que su eficacia e influencia en el tratamiento jurídico penal del menor infractor no está del todo claro. Como tampoco lo está, el establecimiento de una determinada edad, a partir de la cual pueda hablarse de la intervención penal en la conducta de los adultos. Desde nuestro punto de vista, la edad concreta no sería la determinante, y sí la realización de una conducta concreta, como se verá. De hecho, rige en el Capítulo VIII de la ley juvenil de Egipto de 1996 conocida como C*riminal Tearment for children,* un elenco de actividades que pueden calificarse de "status offences" y que permiten a la policía arrestar a individuos de edad inferior a 18 años causantes de absentismo habitual al colegio o que padezcan enfermedades mentales o posean algún tipo de discapacidad, y que no constituyen delitos en los casos que fueren cometidos por adultos, contradiciendo firmemente los principios de la convención de los derechos del niño.

[911]Cfr. PÉREZ VITORIA, O., ob.cit,p. 57.
[912]Cfr. PÉREZ VITORIA, O., ob. cit,p.57

Por otro lado, desde el punto de vista procedimental, merece subrayar la obligatoriedad de la asistencia letrada al menor infractor en los casos de comisión de un hecho de delictivo, entre los que destaca el llamado *delito de perversión*, que se encuentra construido por un conjunto de conductas tipificadas en el artículo 96 de la norma referida, y de las que puede hacerse responsable a un menor de edad inferior a la de 7 años[913], y entre las que destaca la practica de la mendicidad, la colección de cigarrillos, la recogida de basura, la corrupción moral, la prostitución, drogas, no tener residencia, dormir en la calle o en otros lugares que no son óptimos para dormir, o mezclarse con otros individuos que sean culpables de perversión o se sospeche que podrían realizar malas conductas.[914]

3.6.2.-Ruanda.

En el País Ruandés la edad penal se adquiere a los 14 años, aunque la actual legislación permite que la policía arreste y prive de libertad a cualquier niño vagabundo. Esta situación es causa de detención con independencia de haber o no adquirido la edad necesaria para afirmar la responsabilidad penal. De ahí, que se hable de los llamados "niños de la calle" dada su especial vulnerabilidad en cuanto que detención puede obedecer a estos motivos alejados de la comisión de hechos delictivos, que genera el riesgo de convertirse en causa de detención por razones individuales o como parte de una estrategia deliberada que puede o no estar regulada por la legislación nacional. Ni que decir tiene, que esta regulación viene a contradecir las disposiciones, obviamente no vinculantes de las Directrices de Riad, que en concreto nos dice: "Deberá promulgarse una legislación por la cual garantice que todo acto que no se considera delito, ni es

[913]Cfr. Art. 97 of Egypt's Child Law 12 of 1996, entitled "The Criminal Treatment of Children"
[914]Cfr. Art. 96 of Egypt's Child Law 12 of 1996, entitled "The Criminal Treatment of Children"

sancionado cuando lo comete un adulto, tampoco deberá considerarse un delito, ni ser objeto de sanción cuando es cometido por un joven".

Por otro lado, en este país al igual que en otros, cabe destacar la extensa y amplia utilización de los niños o menores con el propósito de la comisión de hechos delictivos. Es destacable en este aspecto, que en conocido genocidio de Ruanda, más de 1000 personas detenidas fueron menores de 18 años, y varios centenares de niños menores de 14 años, aunque es probable que los cargos contra la amplia mayoría de ellas, no se refieran a la participación directa en los Asesinatos, sino a otras formas de participación delictiva, como colaboración y complicidad. Amén de las posibilidades atenuatorias, dada la presión sobre los jóvenes *hutu* para hacerlos tomar parte de las atrocidades. De hecho, cabe especificar, que no se ha presentado cargos contra menores de 14 años, y en el caso de los jóvenes de edad comprendida entre 14 y los 17 años, se han reducido las penas máximas en comparación con los adultos[915].

3.6.3.-Tanzania.

Tanzania ha ratificado la CDN y la convención Africana sobre los derechos y el bienestar de los niños de 1990. Sin embargo no ha modificado sus normas para lleva a efecto sus obligaciones bajo ese escenario internacional[916]. En este País Africano situado al Este del continente, la responsabilidad criminal para ser sometido al procedimiento penal de adultos se alcanza a los 16 años, estableciéndose un procedimiento especial, así como tribunales juveniles para enjuiciar a los menores infractores que se encuentren por debajo de aquella edad en conflicto con la ley.

[915]Cfr. INNOCENTI DIGEST., ob.cit,p. 7

[916]Vid. OBSERVATORIO INTERNACIONAL DE JUSTICIA JUVENIL.,Asistencia Legal para menores en conflicto con la Ley. África. Tanzania. Disponible en internet: http://www.oijj.org/legal/es_situation

Estos jóvenes infractores pueden estar arrestados semanas o meses con anterioridad al juicio. Después, son remitidos a un tribunal juvenil donde son juzgados defendiéndose así mismo, a través de un asesoramiento previo, pero sin asistencia letrada. Los casos en los que los menores infractores pueden ser detenidos, vienen a constituir conductas relacionadas con el modo de vida llevadas por ellos, dada su necesidad intrínseca y que no constituyen delitos cuando son cometidos por adultos, tales como la vagancia, el merodeo o salir de la escuela, y que constituye un 1/5 de las infracciones cometidas por estos menores, contradiciendo las disposiciones internacionales reguladoras de materia como las Directrices de Riad, que establece que no será objeto de sanción o castigo aquel comportamiento no considerado como delito si se hubiera cometido por un adulto.[917]

Por otro lado, el comité de los derechos del niño, denuncia que la ley aplicable a los niños y jóvenes en Tanzania no prohíbe la pena corporal en el sistema de justicia Juvenil, de igual aplicación en el escuela o en la familia.

3.6.4.-Kenia.

El tratamiento jurídico-penal de los menores en Kenia aparece regulado en el *código del Niño y del Joven,* que viene a establecer un distingo por tramo de edades en los se establecen tres categorías de menores: Los menores de 14 años o *child*, los que están comprendidos en el tramo de edad entre 14 y 16 años, *juvenile,* y los comprendidos entre los16 y los 18 años (*Young Person*). La distinción se utiliza para determinar el proceso adecuado y donde ubicar a los niños que necesiten

[917]Vid. RESOLUCIÓN45/112, 14 DE DICIEMBRE DE 1990, que en su artículo 56 dispone: " A fin de impedir que prosiga la estigmatización, victimización y criminalización de jóvenes, deberán promulgarse leyes que garanticen que ningún acto que no sea considerado delito ni sea sancionado cuando lo comete un adulto se considere delito ni sea objeto de sanción cuando es cometido por un joven"

protección o medidas disciplinarias. Sin embargo, la definición de "niño" en Kenya origina problemas para la protección de los derechos, dado que la Ley de Adopciones Kenyata define al niño como toda persona menor de 18 años, pero sin embargo, no incluye a los menores de edad edad que están o han estado casados, implicando que el matrimonio confiere el status de adulto independientemente de la edad.[918]

El capítulo 14 del Código Penal de Kenia establece una edad mínima penal demasiado baja, por cuanto esta comienza a los ocho años de edad. De hecho la OMTC (organización mundial contra la tortura) ha recomendado al gobierno Keniata que eleve dicha edad para fomentar la reintegración de los niños en la comunidad. Así, un niño de edad comprendida entre 8 y 12 años puede ser declarado responsable por la comisión de un delito, si se demuestra que era consciente del delito cometido; siempre con la excepción de que un menor de 12 años es considerado incapaz de cometer un delito de naturaleza sexual. Sin embargo, lo más espeluznante del régimen jurídico keniata, es la posibilidad de que los niños puedan ser privados de libertad sin haber cometido hecho delictivo alguno, cuando necesiten asistencia social o si son víctimas de abandono y abusos, sin que existan leyes que garanticen a los niños el acceso inmediato a un representante legal.[919] Por lo que respecta a la existencia de jurisdicción especial, los menores de 18 años son juzgados en tribunales especiales, excepto cuando sean acusados junto con adultos. Ahora bien, sólo existe un Tribunal de Menores en todo el país que se encuentra en Nairobit. En las demás ciudades los tribunales de adultos se transforman en tribunales de menores ad hoc. [920]

[918]Cfr. COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, 28º Sesión, Ginebra, 24 de Septiembre -12 de Octubre de 2001, en informe sobre la aplicación de la Convención sobre los derechos del niño por la República Kenyata,p. 16

[919]A la OMCT le preocupa enormemente esta falta de representación legal para los niños privados de libertad ya que la tortura y los malos tratos tienen más probabilidades de suceder precisamente cuando un detenido está incomunicado. No obstante, los niños tienen derecho a recusar la decisión de privarlos de libertad.

[920]Cfr. COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, 28º Sesión, Ginebra, 24 de Septiembre -12 de Octubre de 2001, ob. cit,p. 24

Del mismo modo, el código del Niño y de Joven en Kenia permite a la policía mantener detenidos a jóvenes de 16 y 17 años junto con adultos, en unas condiciones poco idóneas para ello. En el centro de detención de menores de Nairobi, los niños no tienen acceso a ningún tipo de actividad educativa o recreativa. Dado que en la práctica los niños llegan a estar en prisión preventiva durante tres años, cuyos efectos pueden llegar a ser desastrosos.[921]

3.7.- El tratamiento del menor infractor en Asia.

3.7.1.-La India.

A principio del S.XX la India Inglesa contaba con una nutrida legislación de especial aplicación a los menores infractores, que no establecía un criterio uniforme en todo el territorio Indobritánico. En *Madrás*, regía el *children Act. 1920 y el Madrás Borstal Shool Act 1925*. En Bombay, *el children Act 1924 y el Borstal Act.1929.* En Birmania, el *prevention of crime (young offenders) act de 1930.* En las provincias centrales, *el children act 1927 y el Borstal act 1920*, y en el Pendjab, *el Borstal act.1927.* También cabe destacar, que tanto en Bengalia, Burma y el Pendjab existía un ley que regulaba la detención y tratamiento de los delincuentes menores de 21 años[922]

Esta disparidad legislativa llevaba irremediablemente a que el límite de edad necesario para afirmar la responsabilidad penal de los menores, no fuera el mismo para todo el territorio. En concreto, en Birmania, las personas eran consideradas menores hasta los 19 años, y en otras hasta los 21; sin embargo con independencia de estas particularidades, el código penal acudía con carácter

[921]Cfr. INNOCENTI DIGEST., ob.cit, p. 9
[922]Cfr. POWELL., Notices sur la legislation des indes britanniques concernant la proteccion de l ´enfance et la lutte contre criminalité desmineurs. Berna 1932,Vol.11, fasc.111,pp. 377 y ss. En el mismo sentido PÉREZ VITORIA,O.,ob.cit. Pag. 56

general a la doctrina del discernimiento hasta una edad determinada. En base a ella, se declaraba irresponsable de manera absoluta a los menores de 7 años de edad, en tanto que en el tramo comprendido entre esta y los 12 años, la declaración de responsabilidad dependía de que el menor no hubiera adquirido un desarrollo intelectual suficiente para darse cuenta de la naturaleza del acto cometido y las consecuencias del mismo.[923] A partir de los 12 años, se admitía la responsabilidad criminal del menor con una especialidad basada únicamente en materia punitiva, en el sentido de que hasta los 15 años no podían imponerse medidas de prisión cuando podrían imponerse otras de carácter educativo. En cambio, desde los 15 hasta los 18, podían ser recluidos en casas de corrección del tipo Borstal o en cárceles ordinarias aunque siempre en secciones organizadas por este mismo procedimiento.

En la actualidad, la ley de justicia juvenil del año 2000, reformó la anterior de 1986 y en sus disposiciones podemos encontrar fines bien diferenciados, en tanto que una parte de aquellas van dedicadas a "los menores en conflicto con la ley" y otras a "los necesitados de cuidado y protección". Ahora bien, tal disparidad formal no impide indeseables confusiones prácticas, en tanto que para unos casos como para otros, los llamados centros de vigilancia[924] funcionan como

[923]Cfr. PÉREZ VITORIA,O.,o.cit,p. 56

[924]Vid.CARE&SHARE, *observatión Home*. Disponible en internet: http://www.careshareindia.org/ESohome.htm. Ésta ONG Comenzó a intervenir en estos centros a partir de 1999, y con anterioridad a esta fecha, de forma gráfica los describía: " (…) En estos centros, las estándares de higiene, son notablemente bajos. Antes de comenzar nuestra intervención los niños se bañaban todos los días pero tenían que compartir una sola pastilla de jabón. A cada uno le correspondía una determinada cantidad de agua, que no superaba el litro. Además, a los niños no se les permitía cambiarse de ropa demasiado a menudo, una vez a la semana por lo menos. Los vigilantes no se preocupan por limpiar las salas ni los cuartos de baño, que están infectados de cucarachas y piojos. A consecuencia de todo esto, el hedor es insoportable. Todos los niños están repletos de costra, tienen mucha tos y fiebre (…) también se han detectado ,abusos físicos de manera sistemática en el centro. Los vigilantes tratan a los niños fatal y a menudo les golpean con el cinturón, con cables de teléfonos doblados o varas de Bambú que se encuentran en todas partes. A alguno de ellos, les obligan a estar de pie durante más de dos horas como castigo por haber cometido, pequeñas infracciones, como reírse muy alto o hablar con niños cuando no se les está permitido (…). Los centros funcionan como un "gulag" para niños, nada que ver con los objetivos nobles y ambiciosos que se pusieron por escrito al redactar la ley de Justicia Juvenil, aprobada por el gobierno de la India."

centros de internamiento temporal, donde conviven tanto los niños arrestados por la policía, como los necesitados de protección y cuidado. En la práctica, lamentablemente no hay distinción sobre el origen de la detención. Los menores en conflicto con la ley permanecen en aquella estancia hasta que son juzgados, pudiendo alargarse la espera meses, en cambio los menores en situación de abandono permanecen en el centro hasta que se complete la investigación gubernamental destinada a encontrar a su padres y a recabar información sobre sus antecedentes familiares.

3.7.2.-Japón.

Durante el S.XX, Japón ha regulado los aspectos fundamentales de la responsabilidad penal del menor y otras cuestiones relacionadas con su protección a partir de la ley de menores de 1922, reformada en 1948, hasta llegar a la vigente ley del año 2000. La regulación ofrecida por estas normas han supuesto variaciones importantes en torno al límite de edad penal; de hecho, la primera ley de 1922 establecía como límite la edad de 18 años, para posteriormente incrementarse con la ley de 1848, hasta los 20 años de edad, y volver a rebajarse con la reforma de Noviembre del año 2000 en los 14 años, entendida como edad mínima para aplicar la medida a través de un procedimiento penal.[925] Los menores de 16 años condenados en un juicio penal pueden cumplirla hasta que cumplan los 16 años en un centro de Menores, considerando la importancia de la educación especial para menores.[926]

Los parámetros acerca de los objetivos de la ley japonesa del menor vienen marcado en su artículo 1 en el que se dispone que la ley tiene como finalidad, el desarrollo integral de los menores y aplicar a los menores desviados medidas de protección para corregir su carácter y

[925]Cfr. Art. 20 DE LEY JAPONESA DEL MENOR.
[926]Cfr. Art. 22 DE LEY JAPONESA DEL MENOR.

modificar sus circunstancias, así como adoptar medidas especiales en los asuntos referidos a adultos que perjudiquen a los menores o a su bienestar social. En realidad la reglamentación derivada de la norma no se encuentra puramente relacionada con la responsabilidad penal de los menores, sino que también, pretende dar soluciones, a supuestos relacionados con situaciones sociales, en las que puede encontrarse el menor; llamando la atención de manera especial, la posibilidad de declarar responsable al tutor del niño, sobre la educación y protección del mismo, pudiendo imponer el juzgado de familia la pena de amonestación, orientación y otras medidas que se estimen necesarias.[927]

Desde el punto de vista estrictamente penal, el artículo 2[928] de la Ley, dispone a modo de clausula genérica los hechos por los que los menores pueden ser objeto de enjuiciamiento penal, empleando una técnica depurada desde el punto de vista de la responsabilidad penal, en tanto que cuando se refiere a los menores de 14 años, utiliza la terminología " acto tipificado en la ley como delito" en contraste con "cometan un delito" en referencia a los mayores de dicha edad.

Por otro lado, y en lo que respecta la procedimiento, la competencia para conocer de este proceso corresponde a los juzgado de Familia, que no remitirán la causa al Ministerio Fiscal, cuando atendiendo a cuestiones relativas a la circunstancias del hecho, la situación del menor después de la comisión, su carácter, la edad, conducta o circunstancias personales o bien por

[927]Cfr. Art. 25.2 DE LEY JAPONESA DEL MENOR.

[928]Cfr. Art. 2 DE LA LEY JAPONESA DEL MENOR " Se someterán a juicio los menores: 1.-) que cometan un delito. 2.-) que no hayan cumplido los 14 años y cometan un acto tipificado en la ley como delito. 3.-) Que se encuentren en alguna de las situaciones prevista en este apartado y que, por su carácter o circunstancia personal, revelen una peligrosidad de cometer delitos o actos tipificados en las leyes penales: a) que tenga tendencia a no obedecer a su tutor b) que no regresen al domicilio familiar sin algún motivo justificable c) que tengan relación con personas delincuente o inmorales, o frecuenten lugares inmorales, d) que tenga tendencia actuar de manera que perjudique su propia moral o la de los otros. El juzgado de familia podrá someter a juicio a de entre los menores mencionados en los número 2 y 3 de este artículo a los que no hayan cumplido 14 años, siempre que hayan sido remitidos al mismo por los directores de la Junta Consultora de Menores o por los Alcaldes".

cualquiera otra, considera que al menor debe serle impuesta una medida distinta a la pena.[929] En relación con las medidas, la ley regula posibilidades de sustitución de la pena que pudiera aplicarse por la comisión de hechos delictivos. Así, cuando un hecho esté castigado con la pena de muerte, y el menor no haya cumplido la edad de 18 años, se sustituirá aquella por la de prisión perpetua, estableciéndose como una facultad del juzgado de familia, que está a su vez pueda ser sustituida por prisión por tiempo determinado con un límite de duración de 10 a 15 años[930]

3.8.-El tratamiento jurídico penal de los menores infractores en Oceanía.

3.8.1.-Australia y Nueva Zelanda

Si un hecho caracteriza la Legislación Australiana relativa a la justicia de menores es su amplia diversidad. A principio del S.XX existió una regulación diferenciada en los distintos Estados que conformaban el continente. Sin ir más lejos, en Nueva Gales del Sur, la capacidad de Derecho Penal se alcanzaba a los 18 años, a diferencia de la exigida en el Estado de Victoria en la que la minoría de edad estaba fijada a los 17 años, edad hasta la cual, los tribunales de Menores, eran los únicos competentes para entender de todos los delitos y las Faltas. En cambio, en la legislación Penal de la Australia Occidental se consideraba la infancia hasta los 12 años, y la adolescencia desde esa edad hasta los 18.[931] En la actualidad, se mantiene esta diversidad aunque más reducida. En el Estado de Queensland, la edad penal se sitúa entre los 10 y los 16 años, en tanto que en el resto del país Australiano la minoridad penal se encuentra entre los 10 y los 17 años.[932]

[929]Cfr. Art. 20 DE LA LEY JAPONESA DEL MENOR.
[930]Cfr. Art. 51 DE LA LEY JAPONESA DEL MENOR.
[931]Vid. PÉREZ VITORIA, O., ob.cit,p. 59
[932]Vid. POLÍTICAS PÚBLICAS ASIA PACÍFICO., El sistema de justicia juvenil en Australia: una opción para analizar, 2013. pp. 1 y ss. Disponible en Internet en: Http://observatorio.bcn.cl/asipacifico/ En el mismo sentido INNOCENTI DIGEST, Justicia juvenil. ob.cit,p. 11.

Lo más interesante de la regulación juvenil Australiana se encuentra en la configuración del régimen de medidas en cuanto avanza hacía la configuración de la llamada Justicia Restaurativa. En la mayoría de las jurisdicciones del país los jóvenes que participan en una conferencia de justicia restaurativa y completan las acciones resultantes de la conferencia , pidiendo disculpas o a través del pago de la restitución, no tienen una convicción registrada, a pesar de haber admitido la culpa. Del mismo modo, en algunas de las jurisdicciones, un menor puede ser declarado culpable de un delito, pero sin haber sido condenado. Así, cabe señalar que las promoción de reuniones entre el delincuente y la víctima, la convocatoria de tribunales especiales alguno de ellos sobre el abuso de drogas y alcohol, son medidas que tienden a equilibrar la tensión propiciada por el Delito. Ya en 1991 existieron ejemplos positivos de esta idea. En aquél año se puso en marcha la ciudad de Wagga Wagga un programa de amonestación de menores. A través de este sistema, la policía remitía a la mayoría de los jóvenes infractores a una reunión de mediación con presencia de la víctima, el infractor, su familia, asistentes sociales y agentes de policía. Más tarde, un coordinador se encarga de intentar alcanzar un acuerdo sobre las consecuencia de la infracción y su reparación; estableciéndose unos mecanismos de control adecuados para su cumplimiento.[933]

Uno de los aspectos cuidado por la Justicia Juvenil Australiana, es la protección de la privacidad con la finalidad de limitar la estigmatización de los menores. En algunos caso, las condenas menores no quedan registradas. Según el instituto Australiano de Criminología, esta estrategia tiene como objetivo evitar el estigma de la delincuencia y ayudar a los jóvenes a salir del crimen en vez de acercarlos más.[934]

Por lo que respecta a Justicia penal de Nueva Zelanda, la edad de responsabilidad penal mínima comienza a los 10 años. En este país no se requiere que los menores admitan su

[933]Vid. POLÍTICAS PÚBLICAS ASIA PACÍFICO., ob.cit, p. 1
[934]Vid. POLÍTICAS PÚBLICAS ASIA PACÍFICO., ob.cit. p. 2

culpabilidad sino que basta con que no nieguen el hecho y tienen derecho a solicitar asistencia letrada[935]. Este modelo de justicia aparece caracterizada por un empecinamiento demostrado hacía la instauración de un sistema definitivo de justicia restaurativa, cuyos principios se aplicaban en las culturas indígenas neozelandesas desde hace más de un siglo[936]. A partir de 1994, se pretende llevar al ámbito de adultos las mismas coordenadas de justicia que se ha venido aplicando a los menores infractores. De hecho, la experiencia de Nueva Zelanda, ha sido de la más enriquecedoras en este modelo de Justicia. Aunque cuando se trata de delitos graves cometidos por menores, lo acuerdos que puedan adoptarse en torno a la aplicación de la justicia restaurativa, debe ser aprobado por los Tribunales, pudiendo modificarlos si que considera que se ha tenido en cuenta el principio de proporcionalidad[937].

Los principios que inspiran la base de este modelo restaurativo son[938]: rechazo hacía la conducta agresora, pero no al agresor; el objetivo es el reintegro; el proceso alienta a los ofensores a hacer frente a las consecuencias de su propio comportamiento y ofrece a las víctimas la oportunidad de manejar su resentimiento o ira.

En Nueva Zelanda, no sólo se busca el encuentro entre la víctima y joven infractor, sino también que la familia del infractor participe. La víctima a su vez puede llevar personas que le sirvan de soporte, labor coordinada por un trabajador de la Oficina del Departamento de Bienestar Social y con la participación de un representante de la policía que ayude en el proceso.[939] Los

[935]Cfr. VERDE, CLAUDIA., ob.cit. Pág 322.
[936]Cfr. BRENES QUESADA, C., Justicia restaurativa: una herramienta para la solución al fenómeno de a criminalidad costarricense. Tesis doctoral. Costa Rica. 2009. Pág 139
[937]Cfr. VERDE, C., ob.cit,p. 21
[938]Vid. MOORE, D., Facing Consequence: conferences and Juvenile justice citado por Tkachuk, B, en Alternativas a la prisión, una perspectiva Canadiense e internacional. Revista Mexicana de prevención y readaptación social social. Nueva época, Septiembre-Diciembre 2000, Nº 9. México, 2000,p. 78.
[939]Cfr. BRENES QUESADA, C, Justicia restaurativa: una herramienta para la solución al fenómeno de a criminalidad costarricense. Tesis doctoral. Costa Rica. 2009. p. 138

programas restaurativos más utilizados por Nueva Zelanda, son los denominados grupos de difusión familiar o conferencias familiares (FGC). El mérito fue debido a la *Ley de protección y reforma de menores de 1989*, que estableció que salvo los delitos muy graves, los tribunales deben derivar los casos a los FGC, permitiendo de este modo una disminución muy importante en el número de causas. El método tiene las ventajas que inclusive lo ponen por encima del clásico víctima-victimario, pues involucra a distintas personas de la sociedad en la reunión convocada para discutir la ofensa, sus efectos y como remediar el perjuicio, de modo que tal que contribuye a dar mayor poder y posibilidad de reconciliación a la comunidad en su conjunto. Reconoce y legitima el importante papel que juega la familia en la vida del infractor juvenil.[940]

3.8.2.-Filipinas.

En Filipinas el Código penal revisado de 1930, (entró en vigor el 1 de Enero de 1932), acogía el criterio del discernimiento en la determinación de la responsabilidad criminal de los menores. Hasta la edad de 9 años el menor era absolutamente irresponsable, y también desde los 9 hasta los 15 años, siempre que no hubiera obrado con discernimiento. El artículo 12 de la Ley[941], permitía que en este último caso, el menor fuera entregado a su familia con encargo de atender a su vigilancia y educación, y en defecto de aquella, a alguna institución o persona indicada por la misma. Ser menor de 18 años era siempre una circunstancia atenuante. Sin embargo, el menor podía ser detenido, arrestado, y juzgado por un tribunal de adultos, y cumplir su pena en cárceles de mayores caracterizadas por su saturación y malas condiciones.

En la actualidad, el régimen penal de menores en Filipinas es ciertamente esperanzador. La

[940]Vid. VERDE, C., ob.cit,p. 320
[941]Vid. PÉREZ VITORIA, O., ob. cit,p. 60

nueva ley de justicia Juvenil, conocida como *Ley Juvenile Justice Welfare act 2006*[942] eleva la edad de responsabilidad criminal de los menores de 9 a 15 años, de tal modo, que el menor de 15 años, queda exento de responsabilidad. Esta ley prohíbe la detención de menores en prisión e introduce el criterio de justicia restaurativa en vez del de justicia punitiva. De hecho, el establecimiento de la presunción de la minoría de edad penal establece un blindaje importante para los menores infractores, a los que difícilmente puede aplicarse la pena de muerte, como consecuencia de que es al Ministerio Fiscal, a quien corresponde la carga probatoria de acreditar que el infractor posee 18 años o más de edad. Esta inversión de acreditación probatoria, ante la ausencia de la mencionada presunción, no existía en la ley anterior; por lo que en determinados casos, la defensa no pudo definir la edad del acusado y estos fueron condenados a muerte. Afortunadamente, la nueva ley además del establecimiento de dicha presunción, permite el establecimiento de programas de reinserción en la comunidad, como alternativa al ingreso en prisión, servicios de integración y de acompañamiento al menor.

Las medidas previstas en esta legislación son: Disculpa oral y escrita, restitución de bienes, reparación de los daños causados, indemnización de los daños causados, medidas de protección, consejo y supervisión, confiscación de los bienes del delito, Multa: pago del coste del juicio, reprimenda escrita u oral o citación, *counselling* o terapia, asistencia a seminarios sobre resolución de conflictos, valores de formación, servicios a la comunidad y escolarización, participación en programas de formación profesional o habilidades sociales. Del mismo modo, se ha diseñado un sistema de mediación para alcanzar un acuerdo amigable mediante la potenciación del sistema de justicia local. Este acuerdo consiste en hacer que un asistente social interceda en nombre del joven infractor, a quien se pone en libertad bajo custodia de sus padres o de un miembro responsable de la comunidad, y bajo al supervisión del Departamento del bienestar y desarrollo social.

[942]Vid. MUYOT, A., Observatorio Internacional de Justicia Juvenil, Unicef. FILIPINAS. Mayo 2006. Disponible en Internet www.oijj.org/es/interviews/sr-alberto-muyot-unicef.

CAPÍTULO

TERCERO

LA DESMITIFICACIÓN DE LA FLEXIBILIDAD PUNITIVA EN LA EL SISTEMA IDEADO POR LA LO 5/2000, DE 12 ENERO DE LA RESPONSABILIDADPENAL DEL MENOR.

PRIMERA PARTE

"En los pequeños mundos en que los niños tienen su existencia, nada hay que perciban con mas perspicacia y que sientan con más agudeza que la justicia" (DICKENS).

1.-EL MITO POPULAR DE LA FLEXIBILIDAD PUNITIVA EN LA LEY ORGÁNICA DE RESPONSABILIDAD PENAL DEL MENOR.

1.1.-Planteamiento de la cuestión.

La supuesta flexibilidad punitiva[943] de la LORPM parece erigida en una característica de naturaleza categórica para los ciudadanos, hasta el punto que constituye el núcleo central de las críticas que se han construido sobre ésta, quizás sobre la base del desconocimiento racional de los principios que deben inspirar el sistema penal del menor ante la escasa e inexistencia explicación a la ciudadanía, de los postulados y fines justificativos de la Norma. El problema que subyace en la "ley del menor" se encuentra en la necesidad de explicarla, ante el hecho de que la sociedad estupefacta, le atribuye benignidad, generación de impunidad y una función que más que disuasoria, permite ser una invitación al delito.[944]

En realidad, si tenemos en cuenta que el tratamiento jurídico-penal de los menores infractores a lo largo de la historia se encuentra en estrecha dependencia con la concepción social del niño o del menor en cada periodo histórico, la atribución de esta benevolencia, se haya de igual modo, indisolublemente unida a la visión del menor dentro de unos parámetros conceptuales de naturaleza histórica. Piénsese, que a partir de los años ochenta aproximadamente, los menores dejan

[943]La utilización del término "flexibilidad punitiva" trata de caracterizar el sistema penal de menores a través de los parámetros medidores del derecho penal de adulto. La flexibilidad de la que conoce la justicia de menores es la relativa a la adopción y ejecución de las medidas que se imponen al infractor, y para cuya adopción, el juez goza de una amplia discrecionalidad, tanto en la elección de la medida, como en la duración de la misma, con la limitación de que no podrá imponer una medida que suponga una mayor restricción de derechos ni por un tiempo superior a la medida solicitada por el Ministerio Fiscal. Vid. Título II de la LORPM, en concreto los artículos 7 y ss.

[944]Vid. NÚÑEZ MORGADES, Defensor del Menor de Madrid, para el diario el País el día 26 de Enero de 2005.

de ser percibidos como sujetos inconscientes cuyas conductas obedecían a déficit educativos, para ser observados como seres racionales y plenamente responsables de sus actos[945], quedando sus circunstancias psicológicas relegadas a un segundo plano, primando la naturaleza del delito cometido.[946]

Esta concepción del niño como ser responsable permite que simultáneamente la población tienda a imaginar los supuestos más atroces, aunque menos representativos de la criminalidad juvenil, intensificando así sus demandas rigoristas. De ahí, que este rigor exigido por la ciudadanía, pretenda ser proporcional a una percepción magnificada de la delincuencia juvenil, que se ha materializado en la tendencia a sobrestimar la magnitud y la repercusión de los delitos cometido por jóvenes Esta sobrevaloración del delito cometido por menores junto con la infravaloración de la firmeza de las instituciones que los gestionan, menoscaban la confianza depositada en éste sistema de justicia, representándolo como un organismo inefectivo.[947]

Como se ha de entender, en esta desconfianza, se incluyen las leyes, las estructuras e instituciones dedicadas a su administración y aplicación[948]. Éste recelo hacia la eficacia de la Justicia Juvenil propone para un amplio sector social, que la normativa penal de menores deba ser

[945]Cfr. BERNUZ, M.J.,De la protección de la infancia a la prevención de la delincuencia. Zaragoza: Justicia de Aragón.

[946]Cfr. AIZPURÚA GONZÁLEZ, E/FERNÁNDEZ-MOLINA., ob.cit,p. 16:2

[947]Vid. AIZPURÚA, E Y FERNÁNDEZ-MOLINA, E., Información, ¿Antídoto frente al " populismo punitivo"? Estudio sobre las actitudes hacia el castigo de los menores infractores y el sistema de justicia juvenil. 2011. Revista Española de Investigación Criminológica, 9.

[948]Vid. MARTÍNEZ FUENTES, F., Análisis reflexivo y crítico sobre la justicia de menores: Las nuevas tendencias surgidas sobre la justicia penal juvenil española tras la continuas reformas de la LO5/2000 de 12 de Enero, reguladora de la responsabilidad penal del menor, en derecho penal de menores a debate: I Congreso Nacional Juvenil. ob.cit,p. 302

calificada de "blanda"[949] a la par que "injusta", allanando el camino para una crítica compulsiva[950] enraizada en unos sentimientos de justicia que no encuentra encaje en la "Ley del menor".

Los inconvenientes de esta tendencia no es que sólo consiga aumentar el miedo y la inseguridad en la población,[951] sino que además pretende conseguir una justicia más represiva y en consecuencia, un endurecimiento punitivo. La sobredimensión de este tipo de delincuencia, genera cierto menosprecio hacia todo el sistema penal de menores, que asedia a sus distintas dimensiones, tanto sustantivas, procesales y ejecutivas[952]. Es decir, una simple aproximación al sentir social, puede llevar a la conclusión de la existencia de la impunidad del menor de edad, que comete infracciones penales, al margen de la gravedad objetiva de la conducta realizada por aquél.[953]

Es obvio, que si nos centramos en las causas originadora de esta sobredimensión de la

[949]Cfr. DOLZ LAGO, M. J., ¿ Endurecimiento simbólico de la ley del menor?, Anuario de Justicia Penal de Menores. Edit. astigi. Madrid. 2006,p. 15. "Esta benevolencia en las medidas, junto con escandalosos casos que tuvieron gran eco social, así como la falta de recurso e infraestructura para la aplicación de la LORPM, dejó el terreno abonado para las reformas previas a su vigencia, como las realizadas por las leyes orgánicas 7/2000, sobre delitos de terrorismo y graves, y la LO 7/2000, que aplazaba la vigencia del artículo 4 de aplicación a los jóvenes de 18 a 21 años".

[950]La crítica compulsa de la que es acreedora la ley del menor, trae causa en casos concretos que indignan a la ciudadanía tanto por los sujetos responsables de su comisión, niños o menores, como por los medios empleados en cometerlos. Las reformas de las LORPM se han realizado al compás de supuestos acontecidos tristemente ocurridos en la realidad Española, no puede olvidarse "el caso de las menores de San Fernando" "el caso de la catana" "el caso Sandra Palo" y actualmente las pretensiones reformistas se mueven al paso del crimen de la joven Sevillana " Marta del Castillo" en la que intervino un menor de edad, y que ha sido solicitada por la Fiscalía de Sevilla según se recoge en la memoria FGE 2010, alegando cuestiones relacionadas con la dualidad de sentencias contradictorias que pueden llegar ha producirse, a cuya evitación contribuiría el enjuiciamiento en un mismo proceso.

[951]Cfr. MARTÍNEZ FUENTES, F., ob.cit,p. 302

[952] Para tales creencias sociales el menor infractor adquiere una situación procesal llena de privilegios y de garantías procesales, que le permite la facilidad de entrar por una puerta y salir por la otra, a pesar de la comisión de delitos graves, y cuando son internados, son ingresados en centros de internamientos, que más bien parecieren colegios o internados juveniles, que establecimientos destinados a cumplir la responsabilidad penal por el hecho cometido.

[953]Vid. BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F., El derecho penal de menores en el Estado de Derecho, Breve referencia a los principios que disciplinan el ius puniendi estatal respecto del joven infractor, en derecho penal de menores a debate: I Congreso Nacional Juvenil. ob.cit,p. 1

justicia juvenil generada por la creencia popular, y logramos su rebaja, puede fortalecerse en la población el concepto del menor como un sujeto en pleno desarrollo evolutivo. Los factores que permiten la sobredimensión, son particularmente de naturaleza cognitiva, como la información sobre las preferencias colectivas[954] a la que debe anudarse el desconocimiento de la población sobre este tipo de justicia, siendo propensa a criticar su benevolencia.

La dimensión de estos factores cognitivos poblacionales se encuentran influenciados sobremanera por la alarma causada en la comisión de ciertos delitos con resultados graves, propagados inconscientemente por los distintos medio de comunicación de masas[955], así como por la precocidad en la comisión de hechos delictivos – 14 años- que parece buscar cobijo en la impunidad penal. En esta tarea de comprensión o sensibilidad hacia los riesgos y de simultanea generación de alarma social, lo medios de comunicación juegan un papel importante.[956] No puede negarse entonces, que el efecto de los medios de comunicación de masas tal vez sea sobredimensionar la delincuencia.[957]

Por estos motivos, la LORPM ha sido continuamente denunciada por determinados segmentos sociales, que con la connivencia sensacionalista de los medios de comunicación[958] han

[954]Cfr. AIZPURÚA GONZÁLEZ, E/FERNÁNDEZ-MOLINA., ¿Procedimiento de adultos para delitos mayores?. ob.cit,p. 16:11.

[955]El crimen de la catana, el crimen de San Fernando, el asesinato de Sandra Palo, o el caso Jokin entre otros. En el mismo sentido Vid. MARTÍNEZ FUENTES, F., ob,cit,p. 302

[956]Cfr. BERNÚZ BENEITEZ, M. J., Justicia de Menores Española y nuevas tendencias penales. La regulación del núcleo duro de la delincuencia juvenil,ob.cit,p. 12:8.

[957]Cfr. RICO GARRI, M., Percepción y realidad de la criminalidad en España, en Criminología, CDJ, XXIX, Madrid, 1994,p. 24

[958]Vid. ALBRECHT, P.A., El derecho penal en la intervención de la política populista, en la insostenible situación del derecho penal. Carlos María Romeo Casabona. (dir). Edit. Comares. Granada. 1999. 471-487,p. 480. Sobre la influencia de los medios de comunicación en la realidad social nos dice ALBRECHT "que se comercia con la criminalidad" y que "la imagen pública de esa mercancía es trazada de forma espectacular y omnipresente, superando incluso la frontera de lo empíricamente contrastable". Como también advierte CARMONA SALGADO, C., Negativa influencia de algunos medios en las víctimas de delitos graves y en las políticas criminales

reclamado una respuesta más enérgica hacia los menores infractores. Esta demanda social endurecedora, llega a consagrarse a las causas individuales vividas[959] de un modo cuasireligioso, concibiendo el ideal retributivo o de endurecimiento como un "factor dinámico" que en el mundo de la víctima, su propia experiencia lo presenta como lo suficientemente útil no sólo para tomarlo en respetuosa consideración[960], sino para someter a él, todo el sistema de justicia penal del menor.

La inquietud y preocupación social, convergen en la formación esporádica y instantánea de grupos de presión con fuerte capacidad reivindicativa, frente a los gobernantes y legisladores, hasta el punto de sugerir la implantación de medidas más severas, exigir políticas de ley y castigo ante la delincuencia cometida por los adolescentes y jóvenes, incluso, incitar al recurso de la fuerza estatal mediante la aplicación del derecho penal, la actividad policial y la actitud más represiva de jueces y tribunales, como instrumento necesario y único para contrarrestar la delincuencia juvenil.[961] En este

---

inspiradoras de las reformas penales de los últimos tiempos, en Homenaje a Landrove Díaz. VVAA., ob.cit,p.208, los medios de comunicación lejos de informar objetivamente a los ciudadanos sobre asuntos de reconocimiento de interés social, acostumbran a pervertir el mandato constitucional convirtiendo dicha labor informativa en la emisión pública de las ya citados " juicios paralelos" o en falsa apariencia de ofrecimiento de apoyo y solidaridad a las víctimas o a sus familias, quienes, a la postre, ven incrementado su papel victimizador, acompañado de mayores dificultades para superar tragedias personales. Así, la intervención penal de los medios de comunicación produce el efecto desfavorable de trasmutar su actividad de ofrecer información, debido al exceso continuado y repetitivo de informar sobre la investigación criminal de un mismo suceso,- que de por sí ya genera alarma social-, por la de suministrar " un tratamiento de la delincuencia" con la consecuencia negativa de incrementar desmesuradamente el sentimiento de inseguridad social, con discursos que caminan hacia un endurecimiento de las penas, ante la insatisfacción provocada por el dolor de las víctimas.

[959]Cfr. BERNÚZ BENEITEZ, M.J.,ob.cit,p.12:5., Según esta autora, para la acreditación de las vinculaciones existentes entre la alarma social y las modificaciones legislativas, solo hay que mirar la prensa. Por ejemplo, el Heraldo de Aragón, (12 de Octubre de 2003, p. 38) publicaba "que instado por el clamor popular, el Gobierno prepara un endurecimiento de una ley que da prioridad a la reinserción". El País el día 12 de Mayo de 2005, publicaba que el Gobierno justifica la reforma en la necesidad de responder a la alarma social. Y responde, entre otras reformas, con un incremento en la duración de las medidas para los delitos más graves y para aquellos cometidos en banda o con organización o asociación, con la derivación de los menores que hayan cumplido 18 años a las cárceles para adultos o con medidas especificas para alguno de ellos.

[960]Vid. GUSTAV JUNG, C., Psicología y Religión. Ediciones Paidós Ibérica, S.A. 1992,p.23.

[961]Cfr. MARTÍNEZ FUENTES, F., ob.cit, p. 302

mismo contexto nos dice Herzog,[962] que la aplicación del derecho penal sirve entonces en el debate político para ante todo, como coartada, de forma rápida, y sin grandes planes y con pocos gastos en los presupuestos, demostrar que se es consciente de un determinado problema.[963] Es de notar que éste planteamiento enlaza directamente con la llamada expansión del derecho penal al que alude Silva Sánchez[964], cuando expone que ésta rama jurídica aparece como la solución fácil a todos los problemas, convirtiéndose en el primera opción, frente a otras posibilidades de remedio.

La creencia popular, viene a identificar el ideal preventivo-general con el endurecimiento y con el derecho penal. De ahí, que se conciba la intensidad en la respuesta punitiva como un componente sagrado equiparable a un *numen*, de especial predicamento en quienes han sufrido la terrible experiencia de sufrir el azote de la delincuencia. La víctima de hechos delictivos, -y por solidaridad la llamada masa acrítica[965] -en busca de su justicia satisfactiva, necesita interactuar reiteradamente con el medio jurídico (operadores jurídicos de todo tipo, con los medios de comunicación a quienes identifican "falsamente" con estas características pretendiendo de algún modo colaborar con la tarea legislativa) partiendo de su experiencia y compartiendo otras semejantes, para conseguir estimular a través de esta ritualidad, la consagración social de sus ideales defensivos y retributivos, de tal manera, que la justicia pasa a ser un eufemismo de la necesidad psicológica-social de pena o venganza.[966] Esta necesidad, convierte al derecho penal en

[962]Cfr. HERZOG, F., Límites del derecho penal, para controlar riesgos sociales (Una perspectiva crítica ante el derecho penal de peligro). Poder Judicial nº 32. Madrid.1993, p.81

[963]Vid. CANCIO MELIÁ, M,.Derecho penal del Enemigo y delito de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el código penal español después de la LO 7/2000. Jueces para la Democracia 44. 2002, p.20. "En el panorama de sensibilidad extrema hacia situaciones de inseguridad, tanto la izquierda como la derecha han ampliado sus pretensiones. De manera que los primeros han descubierto nuevos ámbitos de criminalización propiamente de izquierdas, en tanto que los segundos han descubierto la forma de ser progresistas mediante la promulgación de nuevas normas penales".

[964]Vid. SILVA SÁNCHEZ, J.M., La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Ed. Civitas. Madrid. 2001, p. 41

[965]Vid. NÚÑEZ PAZ, M.A.,ob.cit, p. 886.

[966]Vid. SILVA SÁNCHEZ, J.M., Aproximación del derecho penal contemporáneo. Barcelona. Bosch. 1992, p. 205.

una cuestión de justicia fenomenológica, a la que difícilmente pueda imponerse el criterio racional, así como tampoco unos principios marginales relacionados con la especialidad del derecho penal del menor.

Los motivos fundamentales de esta dificultad en la imposición de la racionalidad estriban en distintas cuestiones que pasamos ha analizar. El primero de ellos se encuentra en el hecho de que en la creación de la realidad social percibida por la colectividad intervienen factores como el lenguaje, la comunicación y las imágenes[967] que permiten un alejamiento legítimo y decisivo de los auténticos efectos reales que produce la norma jurídico-penal y sus instituciones derivadas. Esta particularidad, trae como una de las distintas consecuencias digna de subrayar, que a pesar de ser demostrable científica y materialmente la existencia de una realidad jurídica y penitenciaria sobre los menores infractores que denota signos de una dureza significativa e incluso de mayor grado, que la afectante a la vida procesal y penitenciaria de los mayores; las experiencias traumáticas vividas, generadoras de dolor, impotencia y frustración, otorgan fuerza y afianzamiento a un visión que desenfoca la realidad jurídica, al igual que la situación mental por la que atraviesa un "neurótico" en cuya mente existe únicamente el carcinoma inventado[968]; poniendo la bases necesarias para errar y contribuir a desarticular la eficacia de la norma jurídico-penal, cuya hermenéutica pertenece en mayor medida, a

[967]Vid. MACROBBIE, A/THORNTON, S., Rethinking "moral panic" for Multi-Mediated Social Words "*en Jonh Muncie, Gordon Hudhes y Eugene McLaughlim.* Youth Justice. Critical Readings, London. 2003, p.76. Citado por BERNUZ BENEITEZ. ob.cit,p. 12:8. En el mismo sentido, NÚÑEZ PAZ, M.A.,ob.cit, p. 887 " Incluso datos infundados y rumores sin confirmar son utilizados en esta batalla campal de la que prima una sobredosis de periodismo alarmista y cada vez menos atento a principios deontológicos que construye en la mente del receptor una imagen aparentemente verdadera-por sobrecarga de la realidad. Esta imagen distorsionada crea en la opinión pública una sensación de intranquilidad o angustia colectiva que genera en la sociedad, incluyendo lo que WEBER llama el monopolio legal de la coerción, demande a los poderes públicos cotas de "Sensación de Seguridad", a través incluso de medios exacerbados como el ejercicio de "un terrorismo de oposición" que sea ejercido por el Estado".

[968]Cfr. NÚÑEZ PAZ, M.A.,ob.cit, p. 887 " Sin embargo, la forzada conciencia urgente no hace sino aflorar y acrecentar una especie de trastorno *obsesivo-compulsivo*, que trasforma esa demanda de sensación de seguridad en una exigencia de actuación contundente e inmediata"

los mismos agentes socializadores y en particular a la familia.[969] Del mismo modo, la necesidad de identificar la justicia penal con la subjetividad del dolor, tampoco escapa el sistema penal de menores. Este modelo de Justicia contra la que racionalmente poco cabe hacer, se encuentra asentada en la jurisprudencia norteamericana a través de la conocida "declaración de impacto de la víctima" por la que se pretende que el juez tenga en cuenta el daño moral o el dolor que el delito ha causado tanto a la víctima, como a sus allegados. Hassemer y Muñoz Conde[970] lo ejemplifican claramente en el caso *Payne vs Tennesse,* en el que el Fiscal para justificar su petición de pena de muerte, alegó: "*En el futuro, el pequeño Nicholas crecerá y querrá saber lo ocurrido, y sabrá lo que le ocurrió a su hermana y a su madre. Querrá saber qué tipo de justicia se impartió, que se sentencia se aplicó. Con vuestro veredicto, le daréis respuesta".*

[969]El grupo familiar puede concebir "la ley del menor" como una ley blanda. Sobre la importancia de la familia nos dice WALLNER, E.M., Sociología, concepto y problemas fundamentales, Barcelona, Herder, 1980, p.196, "la familia es el marco de referencia de la conducta social, el criterio de acción y el medium para la transmisión de los valores socioculturales. Esto significa que el estilo del grupo familiar se hace parte del propio yo del menor. A través de esta influencia, la falta de comunicación, de control, de organización y de cuidados en la propia persona del menor, puede generar un desconocimiento de las motivaciones que han llevado a actuar de una forma determinada al niño". Vid. SPILLANE-GRIECO, feeling and perception of parents o runaways child welfare, 63, 1984, pp. 159-166, en GARRIDO GENOVES, V., Delincuencia juvenil, Madrid, Alhambra, 1986, p 29. Del mismo modo, los malos ejemplos conductuales del grupo familiar, permiten imitar en el menor, el desprecio a la norma y hacia su eficacia motivadora. En el mismo sentido, PÉREZ JIMÉMEZ, FÁTIMA/ RIVAS MOYA, TERESA., Justicia juvenil en Andalucía (II): elección de medidas a imponer, y contenido educativo, Boletín Criminológico 73: 1-4. 2004, p.2, nos dice que la normativa de justicia de menores es consciente de que la familia puede estar induciendo o alentando al menor al delito, transmitiendo una idea equivocada sobre los contenidos del derecho penal y los valores sociales, o manifestarse incapaz de ofrecer al menor un entorno de socialización adecuado. En estos casos, se tenderá a solicitar una medida que sustituya el control paternal inexistente o que le separe temporalmente de su familia.

[970]Vid. HASSEMER, W/ MUÑOZ CONDE, F, Introducción a la criminología y a la política criminal. Editorial Tirant Lo Blanch Valencia. 2012, p.153. "El acusado fue condenado a la pena de muerte por el asesinato brutal de una madre y su hija en presencia de otro hijo, Nicholas, de tres años".

En nuestro Derecho, nuestro legislador, en absoluto ha sido ajeno al dolor sufrido por las víctimas. De hecho, la propia LORPM ha ido sufriendo un endurecimiento paulatino debido a la presión de los denominados grupos de victimas, que a través de los medios de comunicación, han descrito una realidad de la norma que no se ajustaba a los parámetros demandados, pretendiendo exigir del Estado una respuesta contundente a su sufrimiento. Esto ha supuesto, que el legislador teniendo en cuenta esta creencia, ha generado un sistema que otorga en numerosos aspectos, una peor condición jurídica a los menores infractores que la que se promueve en el régimen penal de adultos.

En general, para evitar la eficacia prolongada de la creencia popular sobre los sistemas penales de menores y con conocimiento de la importancia del tratamiento de todo tipo de delincuencia que se gestiona a través de los medios de comunicación, sería conveniente la explicación racional de dicho sistema, para que actuando como dique de contención, evite conculcar principios claves del mismo. Esta necesidad, es puesta de manifiesto internacionalmente por la Recomendación del Consejo de Europa (2003)[971], que reclama una información global, completa e integra sobre la delincuencia juvenil y la justicia de menores, que no se centre únicamente en sus datos más espectaculares y alarmantes. Además, demanda que se ponga en evidencia otros aspectos igualmente concernientes a la misma e igual o mayormente importantes. Entre otros, que se trata -por lo general- de una delincuencia poco grave, que la mayoría de los menores abandona la delincuencia y el comportamiento antisocial con la mayoría de edad, o que existen soluciones extrajudiciales para solventar los conflictos que resultan más eficaces y menos costosas. Tal y como

[971] Vid. RECOMENDACIÓN DEL CONSEJO DE EUROPA., en las nuevas formas de tratamiento de la delincuencia juvenil y el papel de la justicia de menores,p.20. En el mismo sentido BERMÚZ, Mª.J.,ob.cit,p.12:8.

advierte Millet[972] la dura verdad es que la instituciones penales juveniles tienen un mínimo impacto sobre el crimen. Si la mayor parte de las cárceles fueran cerradas mañana, el aumento del crimen sería insignificante. La incapacitación como el mayor dogma del control del crimen es una cuestionable política social.

El segundo motivo, determinado de la dificultad para salir de la creencia popular referida, reside en que "la flexibilidad punitiva[973]"tiene como punto de partida los esfuerzos del legislador por transferir al sistema penal de menores contenidos del derecho penal y procesal de adultos,- y en esto consiste la falacia- pero dotándoles al mismo tiempo de un denominación diferente.[974] Es decir, el legislador busca forzudamente conceptos formales y lingüísticos con la pretensión de anestesiar las apetencias de conseguir dos sistemas de responsabilidad penal diferenciadores. Esta trasferencia camuflada de conceptos del sistema penal de mayores al sistema penal de menores, modificados en cuanto a su *nomenclatura,* constituye una diferenciación meramente lingüística que huye de la profundidad de los principios individualizadores de cada sistema.

En este aspecto, para Tamarit Sumalla[975] no deja de ser altamente revelador, que en la "ley del menor" exista un distanciamiento semántico de los conceptos acuñados en la legislación ordinaria. De hecho, es enteramente cierta la existencia de estos distingos formales en la LORPM. A titulo de ejemplo cabe subrayar que el uso del término expediente o de procedimiento se utiliza en

[972]Cfr. BARRY GOLDSON., New Punitiveness. *The politics of child incarceration*. Youth Justice. London. Sage: 386-400. En el mismo sentido BERNUZ. M.J.,ob.cit,p.12:9

[973]Cfr. BUENO ARUS, F., La ley de responsabilidad penal del menor: compromisos internacionales. Análisis de la imputabilidad penal y la respuesta penal.,ob.cit, p. 323. "La fama de ley blanda, se debe a la coincidencia de la publicación de la LORPM, con espeluznantes sucesos, que ayudó a extender la leyenda de que la ley era más benigna que la anterior- lo cual no es cierto- y causaba un aumento de la delincuencia juvenil- lo que tampoco es cierto."

[974]Vid. GONZÁLEZ CUSSAC, J.L/ TAMARIT SUMALLA, J.M., ob.cit, p.27. La doctrina se ha referido continuamente a éste hecho, como "fraudes de etiquetas".

[975]Cfr. GONZÁLEZ CUSSAC/ TAMARIT SUMALLA., ob.cit, p. 27

lugar de "causa" o "sumario", que también se suprime el uso de "pena" sustituyéndola por el de "medida", que se utiliza el término "audiencia" frente al de "juicio oral" y que el término "pena de prisión"es sustituido por la denominada "medida de internamiento en régimen cerrado"[976]. Las creencias conceptuales erróneas que se generan a través de las modificaciones formales terminológicas repercutidas a partir de la misma base jurídica, ocasionan en la creencia popular, confusión y enmascaramiento de una misma realidad.

En conclusión, nuestro actual modelo de justicia, en el fondo no tan evolucionado, absolutiza el castigo y el derecho penal de menores no escapa a esta circunstancia. Como se verá, la del menor es una ley que posee fuertes rasgos de dureza.[977] Aún así, debido a la improvisación con la que se hizo, a su falta de recursos y a dispositivos para hacerla efectiva, se ha trasladado a la ciudadanía la imagen de una "ley blanda" que deja poco menos que impune los delitos más cruentos.[978] No obstante, en contraste con esta visión, resulta que después de los delitos de terrorismo que tienen su regulación específica por la condición de desalmados o de delincuentes por convicción de sus autores[979], lo campos en los que el legislador español está mostrando una mayor

[976]Cfr. GONZÁLEZ CUSSAC/ TAMARIT SUMALLA.,ob.cit, p.27 "Permanencia en vez de arresto, tareas socioeducativas en vez de trabajos en beneficio de la comunidad, medios de contención, en vez de medios coercitivos o separación de grupo, en vez de aislamiento".

[977]Cfr. BUENO ARUS, F.,ob.cit, p. 328 "al menos un sector de la doctrina está empeñado en presentarnos a los delincuentes juveniles como si fueran los peores enemigos de la Sociedad. Según el profesor JAKOBS, que ha estudiado el fenómeno, se puede llamar Derecho Penal del Enemigo, a aquella parte del ordenamiento que a modo de CARL SCHMITT, utiliza el Derecho penal para marcar a los enemigos de la Sociedad, utilizándolo siempre en el peor de los sentidos posibles y rechazando sus posibilidades de derecho premial, en materia de rebaja de penas, beneficios penitenciarios, libertad condicional y permiso de salida, etc., condenados al cumplimiento íntegro y en establecimientos de primer grado, carecen de aliciente desde el primer día, puesto que nadie asume el papel reeducarlos"

[978]Cfr. SEGOVIA BERNABÉ, J.L., Responsabilidad penal de los menores, una respuesta desde los derechos humanos. Editorial Ararteko. San Sebastián, 2001, p. 66

[979]Cfr. JAKOBS, GÜNTHER/CANCIO MELIÁ, M., Derecho penal del enemigo. Civitas. 2003. Madrid, p. 23. Sobre la delincuencia común, JAKOBS asegura que el hecho, como hecho de una persona racional, significa una desautorización de la norma, un ataque a su vigencia, y la pena significa que la afirmación del autor es irrelevante y que la norma sigue vigente sin modificaciones, manteniéndose, por tanto, la configuración de la sociedad. Por lo que respecta a la "convicción",

inquina hacia el delincuente, antaño compadecido, ayudado y protegido, se encuentra en los terrenos de la violencia doméstica y en la delincuencia juvenil, campos en los que la mediación y la conciliación- *todavía en mantillas*-tiene seguramente mejores oportunidades.[980]

En definitiva, se hace necesario descender al ámbito de aplicación de la norma, al objeto de rescatar la debida información que permita vislumbrar si tratamos con un ámbito jurídico propio diferenciado del régimen penal de adultos o por el contrario, tratamos con una respuesta sancionadora fundada en principios idénticos al sistema penal de mayores, confirmadores de la responsabilidad penal de la persona a quien se impone y bajo una dimensión sustantiva y procesal alejada de las creencias referidas, a pesar de su nomenclatura característica. Para ello, debe analizarse la LORPM desde el punto de vista empírico, en los distintos planos en los que se desarrolla y en sus diferentes dimensiones, procesal y ejecutiva.

Así, en el plano procesal, el sistema previsto en la LORPM presenta disfunciones

---

este autor nos dice en p. 38., fundamentando la aparición de un derecho penal del enemigo, "que en aquellos casos en los que la expectativa de un comportamiento personal es defraudada de manera duradera disminuye la disposición a tratar al delincuente como persona". En el mismo sentido, JAKOBS, G., ¿ Derecho penal del enemigo? un Estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad, CANCIO MELIA, M/FEIJÓO SÁNCHEZ, B (Edit), en Teoría funcional de la pena y la culpabilidad. Civitas. 2008, p. 29, para quien ser persona en derecho es algo sinalagmático, el otro ha de "participar", a menos de que se dé la poco frecuente situación de que se lo tenga controlado como prisionero. Por tanto, la situación debe estar configurada como más o menos carentes de riesgos. En contra GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., El renacimiento del pensamiento totalitario en el seno del Estado de Derecho: La doctrina del Derecho Penal del enemigo, en revista penal. núm,19, este autor cuestiona el concepto de persona utilizado por JAKOBS, para quien no resulta claro en la doctrina expuesta por el penalista Alemán, considerando válidas las críticas de HABERMAS al funcionalismo sistémico. También Vid. NÚÑEZ PAZ, M.A, The long and winding road: de un Derecho penal de los delincuentes a un derecho penal del enemigo, en un derecho penal comprometido., ob.cit, p. 902, quien utiliza la expresión "enemiguitos" para referirse a la situación actual que desde ciertos sectores de la sociedad y la prensa se alienta, magnificando y dando especial relevancia a trágicos sucesos recientes en los que aparecen menores como autores de los mismos.

[980]Cfr. BUENO ARUS, F.,ob.cit, p.328.

constitucionales en sus formas y garantías fundamentales.[981] Por lo que respecta a la dimensión ejecutiva, núcleo fundamental del derecho penal de menores, puede observarse con cierta nitidez, la dejadez de la Administración Pública en su misión de dar cumplimiento a los principios educacionales pretendidos por la norma, que complementada con su Reglamento de desarrollo, no hace sino imponer al menor interno una peor condición jurídica que la derivada del Reglamento penitenciario de adultos, y donde se atribuye a los centros de internamiento gestionados en su mayoría por entidades privadas[982], la potestad sancionadora y disciplinaria, que incluye medidas como el aislamiento provisional, que tienen su versión como medio de contención. Todo ello aderezado con una simbología del encierro, que difícilmente casa con los postulados preventivo-especiales ingenuamente pretendidos por la ley y ensalzados, a la contra, por la creencia popular.

1.2.-La necesidad de racionalizar el sistema penal de menores a través de una política-criminal independiente.

Inicialmente, el nacimiento de la LORPM parecía alejarse de la afección de las creencias

[981]Esta dimensión será abordada en el capítulo IV del presente trabajo.

[982]Los centros de internamiento de menores están gestionados por asociaciones privadas en un 73 %. Así, los centros en los que los menores de 18 años cumplen medidas privativas de libertad cuando cometen un hecho delictivo están gestionados por asociaciones privadas en la mayor parte de las comunidades autónomas. Véase *http:"conlosniñosnosejuega.wordpress.com/2007/09/08/privatización-de-cárceles-de-menores.*2011. Es interesante en este aspecto consultar el INFORME DEL DEFENDOR DEL PUEBLO: SOBRE EL PRIMER AÑO DE VIGENCIA DE LA LEY (2002) en lo atinente al número de entidades privadas que gestionan los centros de internamiento de menores en cada CCAA. A título de ejemplo, a fecha de la creación del informe, la Comunidad Autónoma del País Vasco, estando en pañales la LORPM, suscribió varios convenios con asociaciones particulares para la colaboración con tres centros de internamiento: el centro de internamiento *Miguel Ángel Ramírez*, *Centro Educativo Medixola, y por la Asociación educativa Gaztaroan Ekin.* También resulta revelador que de los 12 centros habilitados para el cumplimiento de las medidas de internamiento en la Comunidad Autónoma de Andalucía, tan sólo uno de ellos se encontraba administrado por un ente público *(Centro de San Francisco de Asís de Málaga*, a cargo de la Junta de Andalucía), siendo todos los demás gestionados por centros privados, de igual modo en la Comunidad del principado de Asturias, sólo existe un centro de internamiento perteneciente a la misma *"Casa Juvenil Sograndio"*. En Murcia, en el momento de la confección del informe, todos los centros de ejecución de medidas privativas de libertad sobre menores de edad eran de titularidad privada *("Alea" "Arrui" y "La Zarza*"), aunque el centro *"las moreras"* es de titularidad pública, pero sin embargo, su gestión es privada.

populares referidas, al surgir con la pretensión de servirse de unos principios informadores que debían constituir los baluartes prioritarios y fundamentales de la justicia penal de menores, y que se entienden básicos para la construcción de una política-criminal independiente de la propia del régimen penal de adultos. En este aspecto, resulta significativo que el texto originario de la LORPM sufriera reformas importantes antes de su entrada en vigor, por la atención del legislador a una política-criminal de naturaleza conjunta.[983]

El endurecimiento paulatino sufrido por la LORPM se debe a una manifestación jurídica del denominado "Populismo Punitivo" pues sus reformas se hicieron en clave de retribución, eliminando objetivos y medios educativos[984]. De hecho, Amnistía Internacional en un comunicado de fecha 21 de Junio de 2006, expresó que la reforma de la Ley de responsabilidad Penal del Menor, vulneraba la CDN.[985] Estas reformas posteriores de la inicial LORPM (LO 9/2000, 9/2002,

[983] El texto originario de la LORPM que entró en vigor el día 13 de Enero de 2001, sufrió las reformas protagonizadas por la LO 7/2000 de 22 de Diciembre, en relación con los delitos de terrorismo y por la Ley Orgánica 9/2000, de 22 de Diciembre, sobre medidas urgentes para la agilización de la justicia, utilizando para la reforma de la *nascitura LORPM,* parámetros propios derivados de la política-criminal de adultos.

[984]Cfr NIETO GARCIA, L.C., La ley de responsabilidad penal de menores. Valoración de sus reformas y del actual anteproyecto, en la Ley de responsabilidad penal del menor: situación actual.VVAA, 2006. ob.cit,p. 30.

[985]Cfr. NÚÑEZ PAZ, M.A., ob. cit,p. 902. Por otro lado, Amnistía Internacional ha realizado una investigación sobre la situación de los menores en centros de protección terapéuticos en tres comunidades autónomas: Andalucía, Cataluña y Madrid. Entre las tres comunidades concentran el 55% de los centros que existen en España, según datos del Informe del Defensor del Pueblo, 2009. Amnistía Internacional ha documentado como en España en algunos centros de protección terapéuticos se vulneran normas fundamentales como el interés superior del menor, su derecho a ser escuchado y no discriminado, tal y como exige la CDN, que fue ratificada en España, el día 30 de noviembre de 1990, así como otras normas internacionales, entre ellas las *Reglas de Naciones Unidas para la Protección de Menores Privados de Libertad*, e incluso, la *Convención Contra la Tortura y otras formas de Castigo y Penas Crueles, inhumanas o degradantes*. Igualmente puede consultarse el sitio web https//m.es.amnesty.org/noticias, en la que se recogen distintas denuncias sobre el castigo, aislamiento y medicación forzada: recetas recurrentes en el tratamiento de menores protegidos por la administración. Así, en concreto, una interna sobre su estancia en un centro de protección terapéutico señalaba "(...) en el centro pasé días atada a una silla, con mordaza; sin ella se me caía la baba. Tenía el cuello doblado y la cabeza caída. También estuve en la celda de aislamiento atada a la cama donde además me pinchaban y pasaba al menos 3 días con los ojos vueltos(...)". Otro menor, en referencia a un centro terapéutico de Madrid, denunciaba " Me han

15/2003 y 8/2006) se enmarcaron en una línea político-criminal retributiva y defensiva con claro predominio de las exigencias preventivo-generales sobre las preventivo-especiales y reeducadoras de los menores infractores; endureciendo, en particular, las sanciones correspondientes a los delitos más graves mediante el incremento del periodo de duración de los internamientos en régimen cerrado[986]

Una política de endurecimiento en el ámbito de la justicia juvenil no es correcta. Básicamente porque el derecho penal de menores, debe concebirse como un sistema específico con sus propios y diferentes principios informadores, que deben imperar en sus distintas dimensiones. Y por otra parte, porque en el futuro, según los conocimientos de la criminología, el efecto preventivo del derecho penal no dependerá tanto de la dureza de la sanción como de que el Estado reaccione enérgicamente, manifestando su desaprobación.[987]

La construcción de una política-criminal de naturaleza autónoma es deseable en el ámbito de la delincuencia juvenil. Para este fin debe partirse de una prevención progresiva que permita hacer posible la efectividad de aquella, y los instrumentos internacionales así parecen entenderlo. En concreto, las Directrices de Riad[988] exhorta a los países firmantes a desarrollar una política de

metido cuatro veces en una celda de aislamiento que ellos llaman " cuarto de reflexión", esta celda tiene las paredes desnudas y consta de una cama de espuma, un somier de hierro, un retrete y una ventana pequeña. No hay ningún elemento de estudio u ocio o decoración alguna. En la celda hay unos fosforescentes de luz que el personal enciende o apaga a su antojo. Te meten en pijama sin zapatillas ni calcetines".

[986]Cfr. CAMONA SALGADO, C.,Negativa influencia de algunos medios de comunicación en las victimas de delitos graves y en las políticas criminales inspiradoras de las reformas penales de lo últimos tiempos, en Homenaje a Landrove Díaz, VVAA.,ob.cit,p.210. Para esta autora, el incremento de la duración de los internamientos en régimen cerrado cumple una misión de búsqueda de satisfacción de una política-criminal reactiva alejada del respeto a los referenciados principios, y que ha permitido en ocasiones ser fundamento para la práctica de ciertas crueldades.

[987]Cfr. ROXÍN, C., Fundamentos político-criminales del derecho penal. Buenos Aires. Hammurabi. 2008,p. 351.

[988]Resolución 45/112, 14 de Diciembre de 1990, Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia Juvenil.

prevención progresista en relación con la delincuencia juvenil[989]. Significándola y prior izándola sobre aquellas otras fundadas en sanciones penales y de retribución. Esta prevención progresista se centra en cuatro elementos fundamentales: La familia, la educación, la comunidad y los medios de comunicación[990]

A la preeminencia de estos elementos marcados por las Directrices de Riad, se llega a través del análisis de las causas motivadoras de la delincuencia juvenil que encajan con posiciones sociológicas sobre las Teorías de la criminalidad. Dentro de éstas, podemos destacar "la teoría de la socialización deficiente" por la que la delincuencia se explica a través de procesos deficientes de socialización de los individuos, ya sea por un defectuoso aprendizaje en la infancia, o por imitar, asociarse o integrarse en diversos grupos o subculturas delincuentes[991]. Como afirma Hassemer y Muñoz Conde[992], la familia, la escuela, la comunidad, las amistades, etc., son las instancias que llevan a cabo el proceso de socialización del individuo, y las que favorecen o interfieren en este proceso. De ahí, que la intervención del Estado sobre la delincuencia juvenil, deba mirar hacia los agentes socializadores, promoviendo una política activa de prevención.

La influencia del medio social en la criminalidad siempre fue una apuesta de la criminología. En este sentido, Lacassgane resalta precisamente la importancia del medio social, observando dos clases de factores criminógenos: *individuales* (de carácter somático o físico) que sólo serían predisponentes y *sociales,* que serían los verdaderamente determinantes y los decisivos en la adopción de comportamientos criminales.[993] Para esta posición, la criminalidad puede

[989]Vid. Resolución 45/112, 14 de Diciembre de 1990, punto 5; en el mismo sentido Landrove Díaz, G., Derecho penal de menores, ob.cit,p. 126.

[990]Vid. Resolución 45/112, 14 de Diciembre de 1990, IV, procesos de socialización A, B y C.

[991]Cfr. VÁZQUEZ GÓNZALEZ, C., Delincuencia Juvenil, consideraciones penales y criminológicas.Colex. 2003,p. 75.

[992]Cfr. HASSEMER Y MUÑOZ CONDE., ob.cit,p. 79.

[993]Vid. NÚÑEZ PAZ , M.A/ ALONSO PÉREZ, F.,Nociones de criminología. Colex. Madrid. 2002.

disminuir si las causas sociales que la producen cambian o se trasforman[994] En este punto, nada impide afirmar que la prevención de la delincuencia juvenil constituye una inversión en la erradicación de la delincuencia de adultos por factores sociológicos. Así, tal y como manifestó la Escuela de Chicago, a través de los estudios de Shaw y McKay, el fundamento o la base de una carrera criminal adulta, comienza en una edad temprana, por eso el mejor camino para prevenir el crimen es prevenir la delincuencia juvenil.[995]

En todo caso, la delincuencia juvenil del S.XXI posee una clave fundamental digna de investigación profunda, con multitud de factores y ribetes que deben ser extraídos de la realidad para incidir en una regulación satisfactoria. Nos estamos refiriendo a "las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación", entre los que se encuentran los dispositivos móviles, tan usados por los menores, a través de las cuales encuentran un medio comunicación perpetuo, exento incluso del control informal ejercido por la familia. El uso de las nuevas tecnologías por los menores, no es más que la manifestación del tránsito de una sociedad industrializada a una sociedad tecnológica, que inspira nuevos conflictos, generando a su vez nuevos tipos de delincuencia, y que vienen a configurarse como un auténtico reto. Se hace evidente, que la continuación de una política-criminal endurecedora no va a solucionar éstas nuevas posibilidades intelectuales, que presenta sus propias

p. 58. También GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, ANTONIO., Tratado de Criminología, 2º Edit. Tirant lo Blanch, Valencia. 1999. pp. 428 y 429.

[994]Cfr. VÁZQUEZ GÓNZALEZ, C., ob.cit,p. 76

[995]Cfr. VÁZQUEZ GÓNZALEZ, C., ob.cit,p. 78. Desde esta perspectiva, para los autores referidos, la solución al problema de la criminalidad no reside en tratamientos individualizados a los delincuentes, sino en apuntalar el control social en los barrios desorganizados para lograr su estabilización. Este fue precisamente el objetivo de SHAW cuando inició en 1932 *el Chicago área project (CAP)* en tres barrios de Chicago con una alta tasa de delincuencia, como consecuencia de que trata de explicar la emergencia de tradiciones criminales y delincuentes en barrios desorganizados socialmente, revistiendo una particular importancia a la íntima asociación de niños con bandas y otras formas de organizaciones criminale, ya que los contactos con estos grupos, en virtud de su participación en sus actividades les hace aprender las técnicas de actuación, y además les relaciona con sus compañeros en la delincuencia, adquiriendo las actitudes propias de su posición como miembros de esos grupos.

connotaciones estructurales. Tratamos con un problema fundamentalmente social, que obliga a inquirir sobre las nuevas aspiraciones de los jóvenes, sobre sus ídolos, sus símbolos y sus creencias. De Ahí, que estudios empíricos recientes[996], reflejen que a la televisión se le atribuye una responsabilidad directa en la promoción del consumo de tabaco y el alcohol, la actividad sexual precoz y los roles de genero muy esterotipados. Películas y videojuegos, son también conocidos instigadores de comportamientos violentos[997], y la imagen ideal del cuerpo femenino que difunden revistas de adolescentes y los blogs a los que se acceden a través de internet, tendrían mucha responsabilidad en los trastornos de alimentación y problemas de autoestima. Como es sabido, el adolescente posee un deseo a veces irrefrenable hacía la búsqueda de su autoafirmación, que responde a una necesidad biológica de la condición humana, para formar la personalidad, en una atmósfera de seguridad emocional.[998] En síntesis, los jóvenes encuentran a golpe de *click,* nuevas sensaciones, sin necesidad de habito ni de control. Si todos llevan Smartphone, si todos tienen su propio perfil en una red social, si la visita a las páginas de sexo es lo más usual para ellos, antes de experimentar la amargura de quedar excluido del grupo de iguales, tratara de hacer depender a toda costa su identidad, de las reglas de juego que impongan sus iguales.[999]

[996]Cfr. LIVINGSTONE, S/HADDON, L.,EU kids online I, Comisión Europea, London School of Economics and Political Science, London, 2006-2009, También Vid, EU Kids online III, Comisión Europea, London School of Economics and Political Science, London, 2011-2014. Disponible en internet: www.eukidsonline.net. En esta investigación España ha protagonizado un papel de suma importancia, liderada por la Universidad del País Vasco, pretendiendo identificar los factores de riesgos en conductas inapropiadas como el Bulling o el grooming.

[997]Como es sabido, el primer caso de violencia juvenil asociado a medios digitales fue el conocido "crimen de la catana" que tuvo lugar en el año 2000. El autor fue joven amante del videojuego , *Final Fantasy III,* a cuyo protagonista logró parecerse físicamente, llevando al límite su diseño mental, hasta el punto que logró asesinar a su padres y a su hermana. También es digno de mención el conocido caso sevillano " Marta del Castillo", cuya víctima también pertenecía a la llamada "generación interactiva" que manifestaba colgando en la red fotos de ella junto con su presunto asesino. Marta usaba la red, y con ella, la expansión de vínculos sociales.

[998]Vid. CERVERA NAVAS, L.,Lo que hacen tus hijos en Internet, Ed. Integral RBA Libros, Barcelona, 2009.

[999]Cfr. VIDAL HERRERO, M, S., Crítica al modelo de responsabilidad penal del menor en la LO 5/2000, de 12 Enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, hacia un " modelo social de responsabilidad" del menor infractor. Tesis doctoral. Universidad Complutense, Madrid, 2015, p. 300

A pesar de lo expuesto, las reformas legislativas sufridas por la LORPM tuvieron lugar bajo una clamorosa falta de estudios previos sobre la realidad social a incidir, sobre los objetivos a perseguir, sobre los medios de los que se disponía, y sobre las posibles consecuencias de la decisión legislativa que se iba a tomar.[1000]Nuestro Estado de derecho aboga por el mantenimiento de esta política-criminal generadora de un escenario de producción de normas, en el que se excluye del debate a los colectivos de expertos[1001], endureciendo el sistema en función de las demandas sociales. Sería deseable invertir la tendencia e intentar evitar que la elaboración de las leyes quede en manos de la improvisación y del oportunismo político.[1002]

Esta política-criminal lejos de establecer mecanismos de control activos acude al establecimiento de acciones reactivas que atentan directamente contra la racionalidad del sistema juvenil. Nada que ver con la prevención progresista propuesta por las Directrices de Riad, que apuesta por el uso de una red de servicios e instalaciones de índole educativa cuya finalidad sea reducir los motivos, las necesidades y las oportunidades de la comisión de las infracciones o las condiciones que la propicien[1003]dejando como último recurso las instituciones de control social destinadas al internamiento de los menores delincuentes.[1004]

En realidad, la prevención de la delincuencia juvenil, descansa en la salvaguarda del

[1000]Vid. SILVA SÁNCHEZ, J.M., La racionalidad de las leyes penales.,en Revista de Derecho penal y Criminología, Edit.(Trotta). Madrid. 2003, 2. Época, nº16 (2005), pp. 379-390.
[1001]Vid. DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., La racionalidad de las leyes penales, práctica y teoría, Editorial Trotta, Madrid, 2003. Donde el autor rechaza que se legisle *simbólicamente* o como respuestas a campañas mediáticas que excluyan del debate a grupos de expertos, pues así se da por buena una visión simplificada y superficial de la realidad social y de las consecuencias de su intervención en ella. En dirección contraria con la progresiva complejidad de nuestras sociedades.
[1002]Vid. SILVA SANCHEZ, J.M., ob.cit, p. 379.

[1003]Vid. Art. 5.b) de la Directrices de Riad.
[1004]Cfr. CÁMARA ARROYO, S., ob.cit, p. 389

principio del interés superior del menor y en la necesidad educativa. Por este motivo, la responsabilidad del niño o del joven infractor y la correlativa reacción coactiva estatal frente a sus conductas delictivas, deben ser comprendidas dentro de la discusión actual acerca del sentido y los limites de la pena estatal.[1005] Esta discusión se extiende hoy a la víabilidad de la política-criminal en su conjunto, a la industria del control del delito, al derecho penal del enemigo, a la sociedad del riesgo y a los sistemas de derecho penal de máxima intervención.

La política criminal independiente por la que abogamos, parte de concebir el sistema penal de menores como un entramado jurídico de naturaleza autónoma en el que se cierran diferentes aspectos: el legislativo, el didáctico y el jurídico. Es a partir de la idea de autonomía, de la que debe categorizarse sus principios fundamentales, garantizando todos los derechos reconocidos a los niños y adolescentes por la normativa nacional e internacional aplicable. Así, la autonomía legislativa es predicable porque tratamos con un conjunto de disposiciones susceptible de integrar un cuerpo orgánico, con independencia formal. La didáctica porque dicho cuerpo puede ser motivo de enseñanza particular, y la jurídica, porque todo su conjunto normativo se encuentra regido por principios generales que le son propios y que constituyen un cuerpo autónomo de principios, con espíritu y directivas propias; un derecho que tiene en sí mismo sus reglas y las excepciones que como sistema orgánico, admite la analogía.[1006]En aras de esta autonomía, el sistema de justicia juvenil debe construirse trasmutando la realidad sobre la que la norma debe incidir, de suerte que debe considerar al menor como un fin en si mismo, priorizándolo con respecto al hecho cometido, y trasmitiendo una idea resocializadora alejada del mero concepto del control social.[1007] Esta posición, informa otros ámbitos a tener en cuenta. Así, el tradicional principio de proporcionalidad, a partir

[1005]Vid. ROXIN, C., Sentido y límites de la pena estatal en problemas básicos del derecho penal, Edit. Reus. Madrid 1976.

[1006]Cfr. SAJÓN, R., Derecho de menores. Buenos Aires. Albeledo-Perrot. 1995, pp. 264-265.
[1007]Vid Art 3 de la Directrices de Riad.

de aquí se estructura ponderando entre la acción cometida y las circunstancias específicas del menor, rompiendo con la proporcionalidad clásica de la sanción con respecto a la gravedad delito cometido, que fue introducida en la exposición de motivos de la LORPM.[1008]

En conclusión, el sistema penal de menores debe construir sus distintas esferas de actuación partiendo de la salvaguarda del interés superior del menor, que viene a imponer racionalidad, a un sistema que se encuentra imbuido dentro de la política-criminal de adultos. Esta racionalidad permite indicar que el sistema penal de menores debe caminar a salvaguardar el interés de estos, con una finalidad definitiva y excluyente[1009]. Esta última afirmación es perfectamente asumible como criterio certero para poner fin a las posibilidades relativistas que son imposibles de eludir, si no se adopta un criterio fuerte (y universal) de justicia, en cuanto a la legislación penal.[1010] Y si se afirma que la legislación penal de menores infractores se encuentra vacía de un contenido finalista o trascendente a la generalidad inherente al derecho penal de adultos, sería fácil marcar un principio inspirador y rector que ha de presidir en la función normativista, y que se contrae, como puede deducirse, a la salvaguarda del interés superior del menor. Principio, al que se ha referido reiteradamente nuestro Tribunal Constitucional[1011]configurándolo como principio rector e inspirador

[1008]La Exposición de Motivos de la LORPM determina que continuará vigente y primando el interés del menor, pero afirma que esto es perfectamente compatible con una mayor proporcionalidad entre la respuesta sancionadora y la gravedad del delito. En realidad estos argumentos han servido para ampliar el tiempo y los supuestos de internamiento, fundado en un política-criminal de adultos.
[1009]En contra MARTÍN OSTOS, J., En torno al interés superior del menor, en Anuario de justicia de Menores. Edit. Astigi. 2011, p. 45, quien afirma " De otro modo, nos llevaría a entender de un modo trivial que el interés superior del menor es no sólo superior, sino único y excluyente, frente otros bienes constitucionales a cuyo aseguramiento obedece toda norma punitiva o correccional". Ahora bien, en nuestra opinión, la superioridad del interés del menor debe actuar en la fase de creación normativa y no otorgarle exclusivo protagonismo en el plano de la aplicación del derecho. En esto consiste la superioridad del principio citado, en ser el criterio racional que debe servir de timón en la elaboración normativa afectante a los menores, obviando otros criterios que en ningún caso pueden permanecer en pie de igualdad, a salvo despreciemos la existencia de un derecho penal de menores independiente.
[1010]Vid. SILVA SÁNCHEZ, JM.,ob.cit, p. 389
[1011]Entre otras, STC núm. 124/2002, de 20 de Mayo, STC núm. 71/2004, de 19 de Abril, STC núm. 217/2009, de 14 de Diciembre, STC 198/2012, de 6 de Noviembre, y STC núm. 185/2012.

de todas las actuaciones de los poderes públicos. Este interés superior del menor, es el que debe prevalecer, pero no sólo en el ámbito de la aplicación de la norma, sino también en la fase de elaboración normativa como criterio-guía racional que pueda servir de contención a intentos reformistas derivados de la política-criminal del régimen penal de adultos.

La salida del sistema penal de menores de la política-criminal de adultos, pasa por construir un modelo de "responsabilidad social" que trate de involucrar a la sociedad civil en la resolución de los problemas y los conflictos originados, para que el menor, tome conciencia de que sus hechos no sólo ocasionan daño a la víctima sino también a la sociedad en general, por lo que debe apostarse por un modelo de responsabilidad social al que debe coadyuvar el derecho penal mínimo para su dimensión preventiva, propiciando "la responsabilidad ética" del infractor a través de la introducción de procesos de responsabilización por la acción cometida.[1012]Se entiende, que en todo programa resocializador se trata de integrar al individuo en el mundo de los conciudadanos, y ante todo, en las colectividades sociales básicas, como la familia, la escuela, el ámbito laboral; proporcionando una auténtica ayuda que le haga salir del aislamiento para asumir su propia responsabilidad.[1013] Por su parte, la prevención delictual como eje de política-criminal del derecho penal de adolescentes, debe situarse en la esfera del derecho penal mínimo con un carácter preferente, tratando de ahondar en una estrategia despenalizadora que evite las posibilidades desocializadoras de la sanción penal.[1014]

[1012]Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., Presupuestos criminológicos y político criminales de un modelo de responsabilidad de jóvenes y menores, MARTÍNEZ PEREDA RODRÍGUEZ, J.M (dir), ejemplar dedicado a menores privados de libertad, en cuadernos de derecho judicial, núm. VX, Madrid, 1996.

[1013]Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., Problemas actuales de criminología, Publicaciones del instituto de Criminología, Universidad Complutense, Madrid, 1984,p. 148.

[1014]Vid. Resolución 45/110, 14 de Diciembre de 1990, Regla 1 y 2, conocidas como Reglas Mínimas sobre la medidas privativas de libertad o reglas de Tokio, por la que se dispone que debe fomentarse una mayor participación de la comunidad en la gestión de la justicia penal, especialmente en lo que respecta al tratamiento del delincuente, así como fomentar entre estos el sentido de su responsabilidad hacia la sociedad y adoptar medidas para asegurar la integración social de los menores.

Por último, éste modelo de responsabilidad social, también debe enfatizar aspectos de promoción y defensa de los derechos de los niños y jóvenes, construyendo para ellos condiciones de vida que los pongan completamente fuera de la posibilidad de ingresar a sistemas de responsabilidad por conductas infractoras de la ley penal, para ello nada obsta a que la norma formal (código o LORPM) comience con el establecimiento del catálogo de derechos que les pertenece a los niños y adolescentes, para que en el caso de alguno de aquellos se encuentre amenazado o haya sido violado, sea deber de la familia, de la comunidad y del Estado restablecer el ejercicio concreto del derecho afectado a través de mecanismos y procedimientos efectivos tanto judiciales como administrativos. De este modo, el sistema se ve obligado a fabricar instrumentos para hacer desaparecer el abandono, el riesgo o peligro moral o material, la situación irregular, la vulnerabilidad o disyunción familiar[1015] que constituyen ejemplos de causas originadoras de la criminalidad en los menores. De esta manera, el criterio racional materializado en la norma, permitirá identificar el delito con la causa originadora del mismo, que con gran frecuencia y de manera simultanea, constituirá una vulneración de sus derechos.

En síntesis, el sistema penal de menores debe aspirar hacía configuración de un modelo de "responsabilidad social" cuya estructura y principios aún no sean elaborado plenamente, quizás porque como afirma Díez Ripollés, constituye un modelo antagonista con respecto al Derecho Penal actual,[1016] coadyuvando con un derecho penal mínimo, entendido, como la única alternativa posible para justificar en nuestras sociedades, la administración de los conflictos violentos mediante reacciones estatales coactivas.[1017]

[1015]Vid. BELOFF, M Los nuevos sistemas de Justicia Juvenil en América Latina (1989-2006). ob.cit, p.13

[1016]Cfr. DÍEZ RIPOLLES, J,L., La nueva política-criminal española, en Eguzkilore, Cuaderno del instituto Vasco de Criminología, núm, 17, pp. 67-69

[1017]Cfr. BELOFF, M., Los nuevos sistemas de Justicia Juvenil en América Latina (1989-2006), en justicia y derecho del niño. UNICEF, fondo de las naciones unidas para la infancia. Disponible en

2.-LA DESMITIFICACIÓN DE LA FLEXIBILIDAD PUNITIVA DEL SISTEMA PENAL DE MENORES.

2.1.- La falta de mecanismos apropiados para la eficacia de la funciones preventivo-especiales.

La creencia popular de que el sistema de la LORPM pretende conseguir a todo costa la materialización de finalidades preventivo-especiales sobre los menores infractores, que se traduce en recuperarlos socialmente[1018], es exclusivamente tendencial, desde el momento en que el menor entra en contacto con el circuito judicial y puede ser objeto de una medida de internamiento. A pesar de lo traumático que puede suponer para el menor, su primer contacto con el medio judicial, el espíritu resocializador es pretendido por el sistema en relación con "la medida de internamiento" tratando de impedir que aquél, no pierda los vínculos sociales perdidos, bajo la aspiración de que el propio internado no llegue a romper en ningún caso la comunicación con la sociedad exterior.[1019] Esto significa, que este principio deberá inspirar los programas que se elaboren en los centros de reforma, así como el comportamiento del personal que trabaje con los menores internos, pudiendo invocarse en caso contrario el principio de resocialización.[1020]

No obstante, entendemos que existe un abandono generalizado de los distintos instrumentos o mecanismos por los que se pretende el logro de tal fin. Sólo así se explica, que exista un elevado

www.unicef.cl, p.11.

[1018]Vid. MONTERO HERNANZ, T., Legislación penal juvenil comentada y concordada, Edit. La ley, Madrid, 2011, p. 266. Desde un punto de vista estrictamente penitenciario, podemos definir la resocialización, como un principio fundamental de humanización de la ejecución de las penas y medidas privativas de libertad , en virtud del cual éstas deben adaptarse a las condiciones generales de la vida en sociedad (principio de atenuación) y contrarrestar las consecuencias dañinas de la privación de libertad. (principio de nil nocere)

[1019]Vid. GARCÍA DE PABLOS, A., ob.cit, p. 244.

[1020]Vid. Art. 54 de la LORPM.

número de expedientes sancionadores en los centros de reforma debido a la inexistencia de una auténtica política de incentivos, disuasoria de conductas transgresoras en aquellos. En particular, el reforzamiento positivo utilizado en la mayoría de los casos a los menores internos, se reduce a la aplicación del artículo 40.2 del Real Decreto 1774/2004 de 30 de Julio[1021], que permite al director del centro conceder comunicaciones y visitas extraordinarias por motivos justificados o como incentivo por la buena conducta del menor.[1022] Estas posibilidades beneficiosas caracterizadas porque no ocasionan coste económico alguno y porque son coherentes con el espíritu de la norma a la que se sirve de desarrollo, deberían tener un sentido tan global que les permitiese ser el pilar fundamental para cumplir los fines educacionales pretendidos. El Reglamento ha convertido en graciable lo que constituye un derecho del menor y una obligación de las administraciones públicas.[1023]

En este mismo hilo, resulta curioso, que los beneficios y ayudas públicas de las que disfrutan menores no sometidos a medidas judiciales como reducción del precio de entrada en museos y otro tipo de actividades culturales ofrecidos por el Ayuntamientos a centros escolares, son beneficios de los que no disfrutan, por estar vedados a menores sometidos a medidas judiciales de

[1021]Vid. Art.40.2 del Reglamento Referido "Además de las comunicaciones y visitas ordinarias establecidas en el apartado anterior, el director del centro o el órgano que la entidad haya establecida en su normativa, podrá conceder otras de carácter extraordinario o fuera del horario establecido, por motivos justificados o como incentivo a la conducta y buena evolución del menor"
[1022]Vid. GARCÍA DÍEZ, MONTSERRAT Y FERNÁNDEZ ARIAS, CAMINO.,Régimen interno y potestad disciplinaria a aplicable a los centros de internamiento de menores con medidas judiciales. Experiencias prácticas y correcta interpretación y aplicación del reglamento de menores. 2011. Disponible en Dialnet. Vol. 4. "Quizás se ésta la única manifestación de una política de incentivos consagrada en el Reglamento, no arbitrándose en el mismo otra formas de recompensa que sirvan de motivación a los menores internos para observar una conducta ordenada en el Centro y un adecuado cumplimiento de los objetivos fijados en su programa individualizado de intervención, entendiéndolo esencial para el cumplimiento de la finalidad educativa asignada a las medidas previstas en la Ley a imponer a los menores infractores"
[1023]Cfr. RÍOS MARTÍN J.C., La protección de la víctima como coartada legal para el internamiento punitivo, en La ley de responsabilidad penal del menor: situación actual. VVAA. ob.cit, p. 386

internamiento en centros de internamiento en régimen cerrado.[1024] Esta escasa política de incentivos regulada reglamentariamente para el logro de los fines preventivos-especiales, entra en contraste con el desarrollo parcial sobre el derecho a un trabajo remunerado para los menores que tengan edad laboral- 16 años-, y que regula el artículo 56.2 j) del Reglamento, así como sobre los derivados del derecho a la actividad formativa que recoge su apartado f).

Por lo que se refiere al derecho a un trabajo remunerado sus beneficios preventivo-especiales resultan muy favorables. Como advierte Roxin, el condenado podría conocer la ventaja de tener un trabajo regular, pagar sus deudas y ahorrar un capital para iniciar su vida en libertad. Es más, los costos de dicha remuneración podrían verse compensados por el ahorro que significaría la disminución de reincidencias.[1025] Así, esta posibilidad aplicada a delincuentes menores que nunca han aprendido en sus vidas algo socialmente útil, podría concretarse en imponerles primero, como sanción, solamente el cumplimiento de una formación profesional bajo vigilancia estatal. Esto podría eliminar unas de las causas esenciales que motivan la criminalidad de estos y le daría mejores posibilidades de llevar una vida en legalidad.[1026] Este sentido de utilidad es precisamente el que se recoge expresamente en la Resolución de las Naciones Unidas 40/33, de 29 de Noviembre de 1985, (Reglas de Beijing) cuando hace referencia a que el tratamiento de los menores debe ir orientado a "permitir que desempeñen un papel constructivo y productivo para la sociedad"[1027] lo que en definitiva se traduce en conseguir que el menor sea útil para aquella.

Desde el punto de vista de nuestra LORPM y su Reglamento de desarrollo, cabe indicar, en relación con la medida de internamiento en régimen cerrado, que en los centros de cumplimiento se

[1024]Cfr. GARCÍA DÍEZ, M/FERNÁNDEZ ARIAS, C., ob.cit, p. 55
[1025]Cfr. ROXIN, C., ob.cit, p. 78
[1026]Cfr. ROXIN, C., ob.cit, p. 78
[1027] Regla 26.1 de la Resolución de las Naciones Unidas 40/33 de 29 de Noviembre. (Reglas de Beijing)

imparte formación profesional cuyos objetivos positivos de coadyuvar a la resocialización del menor se ven frustrados, atendiendo a que los menores a pesar de dedicar su esfuerzo y estudio a los diferentes talleres que se les ofertan, sin embargo no obtienen un certificado oficial de los mismos, por lo que asumen posteriormente en libertad, que el esfuerzo dedicado a los talleres impartidos, no ha servido para nada.[1028]

Por otro lado, el régimen del artículo 56.2 J) obliga a la Entidad pública a llevar a cabo las actuaciones necesarias para facilitar que dichos menores desarrollen actividades remuneradas de carácter productivo, dentro o fuera de los centros. Las que se desarrolle en el centro será dirigido por la Entidad Pública, directamente o a través de persona física o jurídica con quien establezacan conciertos y les será aplicada la normativa reguladora de la relación laboral especial penitenciaria y la protección de la seguridad social establecida en la legislación vigente para este colectivo, estableciéndose limitación en cuanto a la duración de la jornada, descanso, prohibición de trabajo nocturno u horas extraordinarias. No obstante, aquellas que se desarrolle fuera y esté sometida a un sistema de contratación ordinaria con empresarios de la zona se regulará por la legislación laboral común, sin perjuicio de la supervisión de los mismos por la Entidad Pública.

Ahora bien, la realización de tales tareas productivas va a depender en gran medida de los convenios de cooperación que puedan adoptarse tanto con entidades públicas como privadas, sobre todo con respecto a aquellos menores que cumplen internamiento en régimen cerrado y que deben desempeñar la actividad laboral remunerada dentro del centro; convenios laborales excepcionales,

[1028]Cfr. GARCÍA DÍEZ, MONSERAT/FERNÁNDEZ ARIAS, C., ob. cit,p.41. " El problema se agudiza respecto a los internos de larga duración, los cuales, por la falta de medios e inexistencia de diversidad de recursos, se ven abocados a repetir los escasos talleres existentes en el centro, lo que de igual forma, es causa de frustración y con frecuencia, apatía y falta de interés, con el consiguiente efecto negativo en el buen éxito de la medida".

difíciles de detectar en el panorama general de los centros de reforma.[1029] Si bien, no sería justo omitir que determinados centros han puesto en marcha programas de reinserción laboral, aunque después del transcurso de unos años desde la publicación la Ley y de su Reglamento.[1030] A título de ejemplo, dada la extremada variabilidad en materia de ejecución cuya competencia asume las CCAA, sólo en Andalucía, en el año 2013, la presencia en el mercado laboral de los chicos y chicas internas fue irrisoria.[1031]

Como se observa, son los sometidos a la medida de internamiento en régimen cerrado a los que más va afectar la inexistencia de convenios de cooperación para ejecutar programas taller de carácter remunerado dentro del centro, por lo que deberían fomentarse por las diferentes Delegaciones de Justicia a través de todos los posibles esfuerzos oportunos tanto políticos como económicos, la realización de tales actividades laborales; y si esto no fuera posible, permitir la salida exterior para la ocupación laboral retribuida que se le impusiere acorde a sus circunstancias. En estas dificultades determinadas por razón de dependencia a los convenios que se susciten, siempre subyacen intereses económicos.[1032] De ahí, que muchos de los responsables de los centros

[1029] El 15 de Mayo de 2008, el diario Andaluz, "DIARIOSUR" público "*Proyecto Pionero: Un centro de Torremolinos, ofrece a los internados trabajo remunerado"*. Se trataba del primer centro de reforma que acogía un proyecto de estas características, merced al proyecto educativo suscrito por la Consejería de Justicia con la entidad de inserción laboral "emparalelolojoven SL" para la creación y gestión de talleres productivos en hasta seis centros en Andalucía, que se dedicarían a manufacturas de carpintería y proporcionaría trabajo a entre seis y ocho menores internos. En realidad, tan óptima noticia tal y como es contada por el propio medio, nos lleva a afirmar que tratamos con un proyecto excepcional, nacido después de más de seis años de vigencia de la Ley.

[1030]Vid. GARCÍA PÉREZ, M.F., ult.ob.cit, p. 171, destaca como modelo a imitar por otros centros , el programa de inserción laboral puesto en marcha por " Tierras de Oria".

[1031] Vid. INFORME DEL DEFENSOR DEL PUEBLO ANDALUZ, 2014.,ob.cit,p. 234. La presencia en el mercado laboral de estos chicas y chicas durante el año 2013 ha sido muy escasa. Del total de 1600 menores que pasaron a alguno de los centros de internamiento, sólo han desarrollado una actividad laboral 57, de los cuales 19 se realizaron en el propio centro y 38 fuera del recurso.

[1032]Vid. INFORME DEL DEFENSOR DEL PUEBLO ANDALÚZ, 2014.,ob.cit,p.258.Los responsables del centro " La Marchenilla" , ponen de manifesto que algunos menores internos pudieron tener trabajo remunerado, gracias a la empresa de inserción laboral inserta, dada la imposibilidad de contar con empresas privadas o instituciones públicas del entorno para la contratación de menores. En todo caso, esta carencia de dotación económica fue anunciada por

dejen constancia de cómo la crisis económica ha afectado notablemente y de manera negativa a la inserción de los recursos laborales y formativos-laborales.[1033]

En este punto, no es de extrañar, tal y como ha llegado a denunciarse y a publicarse por algún colectivo, que el trabajo de los menores en muchos centros se reduce a labores de mantenimiento del mismo, que deberían desarrollar los inexistentes equipos destinados a este fin, como también a desarrollar trabajos de manufactura de productos, que luego se venden en el mercado, y cuyos beneficios económicos nunca repercutirán en los menores[1034.] Con todo, la necesidad económica se hace significativa para dar virtualidad a los paramentos de inserción requeridos por el sistema ideado en la LORPM, siendo preocupante el futuro de los menores una vez finalizada la medida de internamiento, pues a pesar de que el proceso pudo realizarse con éxito, sin embargo, no pueda llevarse a cabo su anhelada integración en la sociedad.[1035]

En el orden de la actividad formativa, ésta también posee algunas quiebras que pueden hacer disminuir el logro de los fines preventivos-especiales pretendidos. El artículo 56 de la LORPM en su apartado f) determina que entre los derechos del menor se encuentra el de recibir la enseñanza básica obligatoria que corresponda su edad, cualquiera que sea su situación en el centro, y a recibir una formación educativa o profesional adecuada a sus circunstancias, para lo cual será imprescindible la colaboración de la administración competente en materia de educación, que está

distintas memorias de la FGE, correspondientes a los años 2005 y 2006, dentro de las postrimerías de la última reforma de la LORPM, en las que se denunciaba:"(...) Entre otras carencias de semejante naturaleza, la falta en nuestro país de centros especializados de régimen abierto, semiabiertos y terapéuticos, para el cumplimiento de los menores infractores de las respectivas medidas impuesta; las dificultades existentes para dotar a los delegados de las asignaciones necesarias; o las listas de esperas existentes en los centros de internamiento en régimen cerrado, en la actualidad ya saturados (…)

[1033]Vid. INFORME DEFENSOR DEL PUEBLO ANDALUZ. 2013, p. 235.

[1034] Puede consultarse, ¿Qué pasa con los centros los centros de menores?, Disponible en Internet: ww.colectivonoaobelen.blogspot.com.es.

[1035] Vid. INFORME DEFENSOR DEL PUEBLO ANDALÚZ 2014, ob.cit, p. 260.

consagrado como uno de los principios inspiradores en el artículo 6.j del Reglamento. Sin embargo, en el plano de aplicación material, la divergencia es sustancial. Atendiendo a que esta asistencia es normalmente prestada por un único maestro en el propio centro, quien tiene que atender al mismo tiempo en una clase a menores de diferentes niveles educativos, desde los que no saben leer ni escribir hasta el menor que se encuentra en la ESO; cabe afirmar, que tales circunstancias dificultan la efectividad de dicha asistencia y sobre todo, ante las dificultades para que un menor salga del centro y acuda a un instituto a realizar un programa de garantía social, a salvo se encuentre en fase finalista. Estos obstáculos se concretan en que muchos de los menores que al entrar en el centro se encontraban cursando la ESO, ven interrumpidos el curso escolar sin posibilidad de reanudarlo.[1036]

Esta realidad se debe, a que ocasiones existe una falta de iniciativa de los directores del centro y de colaboración de las Delegaciones de Educación, pues no cabe duda, de que para garantizar esta asistencia, no sólo basta con dar clases privadas en el centro, sino que hay que posibilitar el acceso a los estudios de ESO o PGS (actualmente extinguidos) en los institutos de la provincia o incluso en el propio centro.[1037] Lo que muestra, que para dotar de eficacia al sistema, se requiere de una colaboración multifuncional, acudiendo a un modelo de responsabilidad social, como ya indicábamos.

Otros de los problemas que puede generar esta carencia de iniciativa o de colaboración por parte de la administración para formalizar los respectivos convenios que garanticen la asistencia formativa adecuada, es que puede ser percibida por el menor y por su familiares, como un elemento negativo del sistema, dado que paradójica mente puede darse el supuesto que el menor afectado desee colaborar con el desarrollo resocializador de su personalidad y no se le provea de los

[1036]Cfr. GARCÍA PÉREZ, M. F., Experiencias prácticas en la ejecución material de las medidas, en la ley de responsabilidad penal del menor: situación actual.VVAA. ob.cit. 2006,p. 170.
[1037] Cfr. GARCÍA PÉREZ, M.F.,ob.cit,p. 170.

medios necesarios. De ahí, que si afirmamos la existencia de una relación directa entre los fines preventivos y las posibilidades presupuestarias relativas a la dotación económica que se pretenda destinar, resulta un contrasentido la apuesta por el incremento temporal de la medida de internamiento[1038], cuando no puede darse satisfacción económica a los fines reeducativos recogidos en la norma, a salvo se entiende, quiera satisfacerse demandas populistas. A todo ello, debe unirse el carácter contraproducente a los efectos de la reincidencia, del alargamiento temporal en el internamiento. De hecho, casi la mitad de los jóvenes que pasaron por un centro de estas características como primera medida, fueron reincidentes en varias ocasiones.[1039] En este sentido, compartimos con Roxin[1040] que no sólo falta dinero, sino también la voluntad de gastarlo en esfuerzos costosos de especialización, sin que se desarrollen programas realmente eficaces y fáciles de manejar. Para este autor, es precisamente la configuración de la pena privativa de libertad,- de cuya naturaleza participan los internamientos, y cuya duración ha sido incrementada por la reforma de la LORPM- como una ejecución socializadora, la causa del descrédito social que padece la prevención especial, sin que se vea en ella un éxito destacable.

En conclusión, cabe afirmar que el padecimiento económico, ha sido y es patrimonio de la LORPM que nació coja en infraestructura, y que actualmente continúa con la misma enfermedad,[1041]aunque también debe predicarse, la escasa voluntad legislativa de aprovechar al máximo los recursos económicos hacia el ámbito de programas de intervención educativa,

[1038] Como efectivamente ha ocurrido a través de la última reforma de la LORPM, alcanzado el internamiento un máximo temporal de hasta 10 años.

[1039]Cfr. CAPDEVILLA, M/FERRER, M Y LUQUE, E., La reincidencia en el delito de la justicia de menores. Centro de estudios jurídicos y formación especializada, Generalitat de Cataluña. Documento no publicado, en este sentido BRAVO, AMAIA/SIERRA, Mª JESUS/DEL VALLE JORGE., Evaluación de resultados de la ley de responsabilidad penal del menores. Reincidencia y factores asociados. Universidad de Oviedo. Psicothema. 2009, p.620.

[1040]Cfr. ROXIN, C., La teoría del Delito, en la discusión actual. Editorial jurídica GRIJLEY, Lima, 2007, p. 74.

[1041]Cfr. CAMONA SALGADO, C.,ob.cit,p. 212.

reforzando los ámbitos familiar y comunitario, como una prioridad para lograr una adecuada integración posterior al cumplimiento de las medidas. De ahí, que deba exigirse una cooperación fundamental tanto desde la administraciones públicas, y desde está, incentivar a las entidades privadas a colaborar para la consecución de fines pretendidos.

Estudios recientes[1042] ponen de manifiesto que la mayoría de los jóvenes con menor número de problemáticas asociadas suelen iniciar sus trayectorias delictivas con infracciones de menor gravedad, cumpliendo así medidas de carácter más leve, las cuales resultan efectivas ya que su tasa de reincidencia es baja. Por otro lado, en los jóvenes con mayor número de factores de riesgo asociado, las medidas parecen insuficientes, tanto en medio abierto como en medio cerrado, ya que la tasa de reincidencia es más elevada. Aspectos, que determinan la importancia de tratar la delincuencia juvenil desde un punto de vista relacional, a través de la búsqueda de alternativas al uso de la pena privativa de libertad, que ha de incidir sobre los factores asociados.

2.2-Una vuelta a postulados proteccionistas: El protagonismo de las entidades privadas como gestoras del cumplimiento de las medidas de internamiento.

La escasez de recursos económicos[1043] con los que cuenta la LORPM para materializar sus principios rectores ha supuesto que un gran número de Comunidades Autónomas[1044] (en adelante CCAA) acudan a un viejo y conocido recurso, consistente en delegar en manos privadas el

[1042]Cfr. BRAVO, A/SIERRA, Mª J/DEL VALLE, J., ob.cit, p.620.

[1043]Sin embargo, el estudio realizado por el Defensor del Pueblo durante el año 2002 no arroja demasiada luz sobre la comparativa entre los costes de gestión pública y privada. Los datos son insuficientes y la información aportada por los centros, en algunos supuestos es Nula o Sesgada, faltando la cifra de costes de muchos de ellos.

[1044]Vid. Art.45.1 de la LORPM otorga la competencia para la ejecución de las medidas adoptadas por los Juzgados de menores por Sentencias Firmes a las CCAA y a las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla. Por otro lado, y en concreto el artículo 61.3 a) del Estatuto de Autonomía de Andalucía establece que corresponde a la CCAA la competencia exclusiva en materia de protección de menores, que incluye, en todo caso, la regulación del régimen de protección y de las instituciones públicas y tutela de menores desamparados, en situación de riesgo, y de los menores infractores, sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación penal y civil.

desarrollo de la ejecución de las medidas de internamiento[1045]. Esto lleva a que la diferencia entre los distintos centros de internamiento dependan en muchos casos de los recursos destinados por las CCAA, produciéndose graves desequilibrios y diferencias entre ellos, que redundan en perjuicio del menor interno[1046]. Y si bien, atendiendo al derecho comparado, el modelo de gestión privada de estos centros se encuentra normalizado, tal y como lo reproduce el sistema anglosajón; nuestra LORPM exige una notable diferencia: La ausencia de ánimo de lucro[1047] de aquellas entidades que participen en el proceso de ejecución penal.

La delegación[1048] referida a las entidades privadas que en ocasiones se lleva a cabo en establecimientos de internamiento construidos por ellas mismas[1049], nos conduce irremediablemente

[1045]Véase en el presente trabajo, "los precedentes del sistema tutelar". En esta se hace referencia a la importancia de la iniciativa privada en la puesta a disposición de los establecimientos de cumplimiento a finales del S.XIX y principios del S.XX. Recordemos que Concepción Arenal en *"Artículos sobre beneficencia y prisiones*", en Obras completas, XX.3º, Madrid, 1900. pp.194 y ss, denunciando, el mal estado en que se encuentran los establecimientos penitenciarios, entendiendo que son auténticas escuelas de criminales, en lugar de casas de corrección, especifica que las más notables penitenciarías de jóvenes que hay en el extranjero se deben a la iniciativa particular o privada. Por otro lado cabe destacar, como escuela de reformas privadas, las que dieron origen al sistema educativo de la congregación terciaria.

[1046]Cfr. CÁMARA ARROYO, S., La gestión privada de los centros de menores en España. Anuario de Justicia penal. Edit. Astigi. 2010, p. 141

[1047]Ahora bien, aunque la LORPM exija este requisito, como dice CÁMARA ARROYO, S., ob.cit,p.170. "la realidad es que la composición y operaciones de estas entidades son cada vez más complejas. De este modo, si bien no puede establecerse una actividad rentable directa, por ejemplo, mediante la explotación de los internos, en nuestra realidad ya se han dado casos en que las empresas privadas obtienen onerosos beneficios secundarios. Es lo que podría denominarse un ánimo de lucro indirecto, en el que las empresas privadas dedicadas a la construcción y gestión de centros de Reforma, obtienen, mediante un proceso de retroalimentación financiera, pingües beneficios en los que participan entidades pertenecientes al sector privado, anexas o conectados entre ellas. En definitiva, este modo de operar de las empresas privadas culmina con la creación de verdaderos Holding empresariales penitenciarios." Esta situación ha sido denunciada, como el artículo de Sergio Puente y Pep Rodríguez, con motivo de la apertura de un nuevo centro de internamiento de menores, para menores infractores en Madrid, inaugurado en 2006.

[1048]Tampoco cabe desconocer que en ocasiones se ha delegado en fundaciones Públicas. Este sistema ha sido seguido tanto en las Islas Baleares como en las Islas Canarias. Se trata de un sistema de titularidad pública pero que no excluye la participación particular civil. Para un mayor control el capital social es aportado por el ente público.

[1049]Cfr. CÁMARA ARROYO, S.,ob.cit, p.172 "Teniendo en cuenta estos datos, la construcción y administración de un centro de menores supone un negocio al alza para muchas entidades. Pero los beneficios secundarios no quedan exclusivamente en estas consideraciones, ya que existen otros

a toparnos con elementos que hunden sus raíces en postulados proteccionistas; resultando evidente que salvando el elemento negativo del sistema tutelar que asentado en la falta de garantías existentes en el procedimiento por el que se enjuiciaban a los menores, la gestión privada del desarrollo educacional determina una dejadez en la función reformadora del Estado, al igual que ocurría con las denominadas casas de reforma o instituciones de beneficencia, donde la intervención educacional quedaba en manos de las asociaciones, fundaciones, o congregaciones religiosas[1050], como dueña y señoras del todo el tratamiento.

Lo cierto y verdad, es que estas entidades gestoras gozan de una libertad total para imponer en sus centros un régimen disciplinario aún más duro que el existente en los centros de reformas, y con menos garantías para los menores[1051]. Por éste motivo, es lógico pensar, que la gestión privada de los centros de menores eleva a cuestión fundamental la responsabilidad directa de tales entidades en la realización de su cometido. Y ello, a pesar de que conforme a lo preceptuado en el artículo 58 de la RLORPM[1052] corresponda a la administración Pública, el control y vigilancia del adecuado cumplimiento de las garantías de encierro del menor, a través del juez de menores, Ministerio

---

muchos motivos que pueden llevar a un compendio de empresas de desear gestionar un centro de internamiento: exenciones fiscales y desgravaciones, ayudas estatales, establecimiento de realización de clientela con el propio centro, o con agencias de personal privadas". Es lo que EEUU se ha venido denominando por algunos autores, como "Complejo Industrial de la Prisión". También CORNEL, LISSNER Y GABLE, nos dicen que el encierro del menor es rentable. La prueba de esta afirmación está en la viabilidad de la propia industria. Si no es un buen negocio para las empresas, el diseñar, construir, y operar una gestión de los establecimientos penitenciarios y sus programas, tendrían que dejar de hacerlo.

[1050] Del mismo modo se pronunciaba el responsable de relaciones sociales del País Vasco, (Arartexo, equivalente al Defensor del Pueblo), Fermín Barceló, haciendo referencia a que esta gestión privada deriva de una situación heredada de hace décadas en la que estos servicios eran considerados de beneficencia y, por tanto, quedaban a merced de la buena voluntad de los particulares, (Asociaciones, instituciones, congregaciones religiosas. Vid. "Tutela Pública de gestión Privada". Editado en el País, el día 9 de Febrero de 2009.

[1051] Vid. INFORME DEL DEFENSOR DEL PUEBLO., Centros de protección de menores con trastornos de conducta y en situación de dificultad social. Informes, estudios y documentos.2009, ob.cit, p. 358.

[1052] Vid. Art. 58 del RM

Fiscal, Defensor del Pueblo, o entidad análoga existente en la CCAA[1053], de que se trate; es obvio que al mantener el organismo público la titularidad de la ejecución de las medidas de internamiento en todo momento, también adquiere el rol de máximo responsable de la misma, situación que lleva a Matthews[1054] a observar, la existencia de una grave carencia de responsabilidad de las corporaciones privadas.

Pues bien, en este mandato privado cabe destacar un hecho que desde nuestro punto de vista posee una enorme trascendencia a partir de fines preventivo-especiales; y es que la administración penitenciaria queda fuera del desarrollo de la ejecución material de las medidas de internamiento que afectan a los menores. Es decir no existe un desarrollo profundo sobre la dimensión ejecutiva en el derecho penal juvenil. Esta circunstancia supone, que toda la gestión realizada en centros de internamiento gestionados por empresas privadas cae en manos de empleados que forman parte de la plantilla de la empresa contratada, y que bajo su dirección[1055], controlan y vigilan el pretendido desarrollo educativo del menor. Dentro del personal de las empresas gestionadoras de los centros, merece especial atención los encargados de la seguridad privada[1056], quienes llegan a adquirir un plano trascendente en las labores de vigilancia y de contención, hasta el punto que varios centros

[1053]Recordemos que en el sistema tutelar a través de la ley de 12 Agosto de 1904, de protección de la infancia, se creo el consejo superior de protección de la infancia, también conocida como Ley Tolosa, que a su vez instituyó un órgano inspección ante los abusos que se venía cometiendo en las casas de reforma, de origen primordialmente privado.

[1054]Vid. CÁMARA ARROYO, S., ob.cit, p. 174.

[1055]Vid. Art.54 DEL RLORPM, atendiendo a este precepto, se permite contratar, "el servicio del personal especializado en funciones de vigilancia y de apoyo a las actuaciones de los trabajadores del centro previstas en los apartados anteriores de este artículo. Este personal dependerá directamente del director del centro".

[1056]Según la ley de seguridad privada 23/1992 de 30 Julio, estos deben superar las oportunas pruebas que acrediten los conocimientos y la capacidad necesario para el ejercicio de sus funciones. No obstante en algunos centros de reformas se ha implantado la figura de*l técnico auxiliar de intervención,* que desempeña las funciones de seguridad sin los requisitos de capacidad exigidos por la referida ley. A este respecto como dice el defensor del Pueblo en su informe de 2011, sería conveniente que los vigilantes de seguridad de estos recursos hubieran recibido una formación específica para realizar sus funciones con pleno respeto a los derechos de los menores.

fueron denunciados por malos tratos y abusos.[1057] En esta misma linea cabe subrayar, que en ocasiones, el personal laboral que forma parte de la plantilla como los propios educadores[1058], no poseía la cualificación adecuada[1059] para atender las necesidades de ejecución de la medida de internamiento que debe satisfacer, conforme a las pretensiones reformadora y educacionales requeridas. En este sentido, el informe del defensor del Pueblo hace una directa alusión a esta falta de formación de los educadores para responder a ciertas conductas de los menores, cuando nos dice

[1057]Vid. *Europa Press*, el 11 de octubre de 2013, donde saltó la noticia de la confirmación por parte del Tribunal Supremo de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Tenerife por la que se condenaba por torturas a dos vigilantes de seguridad y a una educadora, del centro de menores "Nivaria", producidas en el mismo en el año 2004. En ese mismo centro, se recoge la muerte de un menor de 16 años como suicidio. Los padres del menor afirman que acatan la sentencia, pero que su hijo no se suicidó, además refieren que la Sentencia del TS debe servir para que las instituciones se tomen a los niños en serio porque necesitan apoyo y son el futuro de la sociedad, y deben poner medios e interés para solucionar el problema. Vid. ASOCIACIÓN PRO DERECHOS HUMANOS DE ANDALUCÍA, ¿ Qué está pasando en los centros de Reforma de menores?. CÓRDOBA.2005. Disponible en www. apdha.org/media/ Esta asociación recibió en el año 2005, más de 72 denuncias, todas ellas referidas a situaciones producidas en centros de internamiento de Andalucía. La quejas referidas derivan de cinco provincias. Todos estos centros a los que los menores se refieren, están gestionados por *entidades privadas, asociaciones,* concretamente, *fundación Diagrama, Ginso y Adis meridianos*, que son las responsables directas de velar porque el plan de intervención con los menores de sus respectivos centros sea un plan garantista. El contenido de las denuncias es diverso, desde la falta de intimidad, hasta el traslado a un centro próximo al domicilio del menor. Pero la que más llama la atención, por la unicidad de la queja, es que los menores de los centros referidos, *hacen continuamente referencia a la severidad y rigidez del reglamento interno que mantienen los centros*. Los ejemplos de sanciones que se imponen son: Si recibes sanción, entonces no puedes recibir llamadas de teléfono-hay que pedir permiso para sentarse, para levantarse, para ir al baño, para acostarse, para comer. *"Si se olvidan la toalla cuando van al baño, olvidan apagar la luz del cuarto o están en vela porque no puedan dormirse,... todo ello ocasiona sanciones, que a su vez es muy probable que se vayan acumulando y entonces no pueden subir de fase, lo que provoca estar siempre más o menos en la misma situación, sin permisos, en las primeras fases donde se producen las situaciones más estrictas (este fenómeno crea tendencia de bucle). Encierros en una habitación desde una hora hasta siete días, saliendo sólo para ir al servicio y duchas. Sanciones del tipo de permanecer sentado en una silla mirando a la pared sin poder moverse lo más mínimo en la habitación, sólo con algún personal del centro vigilando el castigo (técnica de extinción, que supuestamente hace reflexionar a los menores acerca de su mal comportamiento para que rectifiquen)*". Además, en relación con el modulo de observación subrayan: "*Les sacan media hora al patio. Pueden estar comiendo bocadillo varios días. Algún menor ha señalado que ha llegado a estar en aislamiento más de 40 días, y en observación más de dos meses. Utilización del aislamiento con mucha frecuencia, como también engrilletar al menor atándolo a los hierros de una cama sin colchón en una habitación solo, incluso a veces sin que pueda ir al servicio sin hacer sus necesidades durante varias horas"*.

[1058]La prensa realizó varias publicaciones acerca de determinados datos referidos a la escasa cualificación de los educadores. En concreto el diario de tirada nacional *El País,* el día 28 de de Octubre de 2005, se hizo de la suspendidos en Tenerife, 24 trabajadores de dos centros de reforma,

que tal carencia, propicia el abuso de las contenciones y sanciones, ante la incapacidad de ofrecer una respuesta pedagógica.[1060] Los tribunales de Justicia también han ofrecido consideraciones sobre esta cuestión, en concreto el Tribunal Superior de Justicia de Canarias, en su informe relativo al año 2002[1061], afirmaba que es imprescindible contar con personal cualificado, al menos en los puestos directivos, pues el examinado carecía, en muchos supuestos, de la preparación que exigen los fines de educación de la población penal delincuente. Esta referencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias parecía vaticinar los fundamentos de la Sentencia del Tribunal Supremo dictada años después relativa al "caso Nivaria" ocurrido en Tenerife en 2004.[1062]

En todo caso, existe una diferencia sustancial entre un centro totalmente dependiente de un Departamento de Justicia Juvenil y otro de carácter privado concertado. En el primero de ellos se cuidan al máximo los formalismo legales y la contratación del personal laboral que tiene que trabajar directamente con los menores (psicólogos, educadores, maestros). Por su parte en alguno de los centros privados, la selección del personal se hace en ocasiones en función de las solicitudes de que se disponga para cubrir determinado puesto, sin que a veces se requiera, la titulación adecuada

enfatizando que uno de ellos se encontraba en busca y captura, y otros tenían causas pendientes por robos y lesiones. También el diario *Mundo* en fecha 26 de Octubre de 2005, pública: "Apartan a las empleadas de un centro de menores relacionadas con el tráfico de drogas".

[1059]Cfr. ORTÍZ GONZÁLEZ., ob.cit, p. 64. "(...) Se pone de manifiesto la necesidad de que los departamentos administrativos que tiene competencia para la ejecución de las medidas (Art. 45) supervisen de manera directa la cualificación profesional que trabaja en los centros que gestionan entidades privadas, fijando en los convenios o acuerdos cuales deben ser las titulaciones y demás requisitos de las personas que trabajan en los centros. En definitiva se trata de que la administración supervise los requisitos y titulaciones de las personas que trabajan en esos centros."

[1060]Cfr. INFORME DEL DEFENSOR DEL PUEBLO., Centro de protección de menores con trastornos de conducta y en situación de dificultad social. ob.cit,p. 358.

[1061]Asociación pro derechos humanos de Andalucía, ¿Qué está pasando en los centros de Reforma de menores?. ob.cit, p. 14.

[1062]La Sentencia del Tribunal Supremo Nº 718/2013 de 1 Octubre, (ponente Sr.D.Luciano Varela Castro) condenó a dos vigilantes de seguridad del centro refiriendo que el derecho del menor a no sufrir trato degradante implica el deber de impedirlo exigible a los educadores en un centro de ejecución de medidas impuestas en aplicación de la LORPM, recogiendo expresamente " personal inexperto y sin formación ejercía su labor con múltiples irregularidades", con "cotas groseras de degradación en el servicio".

para la contratación-[1063].La diferencia entre la Policía y la Policía Privada, se encuentra en que lo característico de esta última, es la no especialización de sus funciones. Es más, las empresas de seguridad privada pueden llegar a cuestionar instituciones penales como la mediación, porque supondría la reducción drástica de sus clientes, no sólo por el posible incremento de penas alternativas a la prisión, sino también por la concienciación social de formas alternativas y dialogadas de solucionar conflictos, y por una redimensión de la inseguridad y del miedo.[1064]

Ante tal caracterización, los efectos que en sí genera la ejecución de las medidas a través de centros privados son en general negativas; y lo son, no sólo por posibles carencias de cualificación y de falta de aptitud profesional que debe requerir un servicio de esta naturaleza, dada la ausencia de control por parte de la administración pública; sino porque desde el punto de vista de la eficiencia en la resocialización, la gestión privada de las mismas es contemplada por los propios menores infractores o por sus propios familiares, como un mal. Téngase presente, que es fácil dar por sentado la dejadez del Estado de Derecho ante los principios resocializadores o educacionales cuando la propia Administración mantiene una actitud renuente en invertir en recursos para el mantenimiento de centros de su propiedad[1065], y sobre todo cuando se ve obligada a contratar la gestión de estos centros, con entidades privadas, con el fin de abaratar costes de todo tipo, sobre todo en materia de contratación, incluida la seguridad privada. Es evidente, que éstos hechos poseen una constatación material perfectamente perceptible por los menores y sus familiares, que

[1063]Vid. CASTIÑEIRAS, M., Seguridad privada en centros de menores, Disponible en Web: www.belt.es/experto/HOME2_experto.asp?id=3111 en 2008.

[1064] Vid. MARTÍN RÍOS, J. C., Justicia Restaurativa y mediación penal, una apuesta por el diálogo y la disminución de la violencia. Ponencia. Nota al pie, p. 3

[1065]Cfr. INFORME DEFENSOR DEL PUEBLO, 2009, ob.cit, pp. 285 y ss. En donde se recoge que en algunos centros se producen incluso divergencias sobre a quien le corresponde acometer a su cargo las reformas necesarias del centro, dado que en muchos casos, el edificio es propiedad de la administración, a pesar de que la gestión se lleve a cabo por entidades privadas. Este es el caso del centro Dulce Nombre de María, que denunciaba la escasa ayuda económica recibida de la administración para un recurso de tales dimensiones o servicios, y también en e*l Parral (Burgos).*

contradice el primer objetivo de los programas de intervención, caracterizados por intentar que el menor sienta el centro como su propio hogar y que constituye una finalidad difícil de cumplir ante la constatación de estas peculiaridades, además de la existencia de instalaciones descuidadas y abandonadas. Esta dejadez ante la falta de dotación económica suficiente, incide directamente en los deseos de colaboración y en el aliciente de los menores hacia formas de conductas humanas y sociales que necesiten.[1066]

2.3.-Los internamientos.

2.3.1.- Introducción.

A *prima facie* conviene dejar sentado de manera meridiana para continuar descendiendo en la cuestión planteada en este epígrafe, que la medida de internamiento en régimen cerrado, es ante todo y sobre todo, una pena privativa de libertad[1067], que puede obedecer a distintos niveles intensivos. Conforme a la Exposición de Motivos de la LORPM, la intensidad de esta restricción de libertad permite distinguir los diversos tipos de internamientos.[1068] Los internamientos que regula la LORPM[1069] son: el cerrado, el semiabierto y abierto.[1070] Distinción, que favorece la imposición

[1066] Vid. ROXIN, C.,ob.it,p. 84.

[1067]Vid. REGLAS DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA PROTECCIÓN DE LOS MENORES PRIVADOS DE LIBERTAD (adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/113, de 14 de Diciembre), en Regla II, b), nos dice: " Por privación de libertad se entiende toda forma de detención o encarcelamiento, así como el internamiento en un establecimiento público o privado del que no se permita salir al menor por su propia voluntad, por orden de cualquier autoridad judicial, administrativa u otra autoridad pública". Esta regla además, debe ser completada con la prevista en la número I. 2, cuando expresa, "que la privación de libertad de un menor deberá decidirse como último recurso y por el periodo mínimo necesario y limitarse a casos excepciones. La duración de la sanción debe ser determinada por la autoridad judicial sin excluir la posibilidad de que el menor sea puesto en libertad antes de tiempo".

[1068]Cfr. Exposición de Motivos III &16, párrafo primero.

[1069]Vid. CÁMARA ARROYO, S., ob.cit, p. 861. Las reglas para la ejecución de las pena privativas de libertad las regula la LORPM en sus artículos 54-60, aunque no se define propiamente a los centros de internamiento de menores, indicándose tan sólo ciertas características que deben reunir.

[1070]Cfr. ABEL SOUTO, M., Internamientos penales de menores en la LO 5/2000 y su Reglamento de 20 de Junio de 2004, en Anuario de derecho penal y ciencias penales. Ministerio de Justicia. Tomo LVII. 2004, p. 81. Esta distinción de internamientos ha sido criticada por DEL BARRIO Y

sistemática del internamiento en régimen cerrado.[1071]

Teniendo en cuenta que cualquier sistema de responsabilidad de menores debe orientarse principalmente a la socialización e integración de los jóvenes y menores[1072] porque el carácter eminentemente-preventivo especial ha de presidir tal ordenamiento,[1073] en la LORPM encontramos concesiones en favor de ideas de retribución e intimidación[1074] no sólo en la medida de internamiento, sino también en otras, como la in habilitación absoluta. En lo que respecta a la configuración del internamiento en la LORPM y en su Reglamento, éste se encuentra construida en términos de defensa social que lo convierten en una propia pena.[1075] Y ello, a pesar de que la normativa internacional es clara en el aspecto de proclamar el carácter excepcional de esta medida[1076] y de que el menor sea puesto en libertad antes de tiempo. De ahí, que si en la actualidad

GAUSACHS en paralelismo con los grados de internamiento de sistema de individualización científica, de manera que la medida única de internamiento posibilitaría que la limitación de libertad dependiese de la evolución del interno. En el mismo sentido, CEZÓN GONZÁLEZ, C., La nueva Ley Orgánica de la responsabilidad penal de los menores. Bosch. Barcelona, 2011, p. 55, y HAVA GARCÍA, E/RÍOS CORBACHO, J.M., Las medidas aplicables a menores en la Ley 5/2000, en RUÍZ RODRÍGUEZ, L.R., y NAVARRO GUZMÁN, J.L (Coord.), Menores. Responsabilidad penal y atención psicosocial, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 152. Nota 194.

[1071]Cfr. CARMONA SALGADO, C., Las medidas y sus criterios de determinación en la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, en garantías del imputado en el proceso penal. Protección jurídica de menores. Formación de fiscales especialistas en menores. Estudios jurídicos, Ministerio Fiscal I, 2002, p. 923.

[1072]Cfr. GARCIA-PABLOS DE MOLINA, A.,Presupuestos criminológicos y político-criminales de un modelo de responsabilidad de jóvenes y menores, en MARTÍNEZ PEREDA RODRÍGUEZ , J.M (Dir), Madrid. CGPJ, 1996, p. 272.

[1073]Cfr. TERRADILLOS BASOCO, J.M., Responsabilidad pena del los menores, en RUÍZ RODRÍGUEZ, L.R., y NAVARRO GUZMÁN, J.L (Coord.), Menores. Responsabilidad penal y atención psicosocial, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p.58

[1074]Cfr. CÓRDOBA RODA, J., La ley de responsabilidad penal de lo menores:aspectos críticos. Revista jurídica de Cataluña., num. 2, 2002, p. 376

[1075]Cfr. CUELLO CONTRERAS, J., El nuevo derecho penal de menores. Comentarios a la LO5/2000, de 12 de Enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, Bosch, Barcelona. 2001, p.181.

[1076]Vid. Art. 37.B) DE LA CDN " La prisión en la infancia se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el periodo más breve que proceda. También el Art. 19 de la REGLAS DE BEIJING, se refiere al confinamiento de menores como último recurso y por el más breve plazo posible. Del mismo modo en su Art. 17.c) refiere a la subsidiariedad de esta medida, al expresar " siempre que no haya otra respuesta adecuada". Por último la RECOMENDACIÓN NÚM. R (87) 20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa habla tanto de internamiento "indispensable" como

ya es difícil sostener que en nuestro país la privación de libertad se está utilizando como último recurso, con la reforma de la LORPM, se acentúa aún más el incumplimiento de los compromisos internacionales.[1077] Atendiendo a ello, nuestro sistema de la LORPM contempla posibilidades aflictivas, expiacionistas o vindicativas[1078] que convierten al derecho penal juvenil en un auténtico ius puniendi, en el que la reafirmación del ordenamiento jurídico y la prevención general también desempeñan algún papel en la elección de la medida.[1079]

2.3.1.- El internamiento en régimen cerrado.[1080]

de casos en que no puede evitarse una pena privativa de libertad.

[1077] Cfr. GARCÍA PÉREZ, O ., ob.cit, p. 51.

[1078] Cfr. BERISTAIN IPIÑA,A.,Creencias y convicciones en la educación y reeducación del menor a la luz de la constitución , las NNUU y la Unesco, Revista de ciencias penales, Vol.2. núm.1, 1999,p. 24

[1079] Cfr. CEREZO MIR, J.,Derecho penal. Parte general (lecciones 26-20), 2ª Ed. Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2000,p. 83. También ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., Derecho penal. Parte general. Tirant lo Blanch, Valencia. 2002, p. 165.

[1080]Además del internamiento en régimen cerrado, la LORPM regula otras formas de internamiento, como el internamiento en régimen semiabierto y abierto. Por lo que respecta al internamiento en régimen semiabierto, el menor debe residir en el centro y realizar tareas en el exterior. Siguiendo las prescripciones de los artículos 45-48 del RM, una diferenciación fundamental con el internamiento en régimen cerrado se encuentra en que la admisibilidad de las salidas de fin de semana o programadas, permisos ordinarios y extraordinarios, no requieren autorización judicial. Así, autores como CADENA SERRANO, F.A., Las medidas previstas en la LO 5/2000, de 12 de Enero de responsabilidad penal de los menores., en la responsabilidad penal de los menores: aspectos sustantivos y procesales, CGPJ, Madrid, 2001, pp. 440 y 441, califica este internamiento como " intermedio" porque exige salidas al exterior, aunque como dice POLAINO NAVARRETE, M., o.cit,p. 159, la clave interpretativa no radica en el centro, sino en su entorno. Por su parte VENTURA FACI, R y PÉLAEZ PÉREZ, V., Ley Orgánica 5/2000 de 12 de Enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Comentarios y jurisprudencia, Colex, Madrid. 2000, p. 61, califica al internamiento en régimen semiabierto como "prisión atenuada". Por lo que respecta al régimen abierto, el artículo 7.1 c) de la LORPM establece que serán los servicios normalizados del entorno los lugares en los que se realice la totalidad de las actividades referentes al proyecto educativo. Además, el menor tendrá su domicilio habitual en el centro, a cuyo programa y régimen interno está sometido. La diferencia entre el internamiento en régimen abierto y semiabierto, se encuentra bastante difuminada. Se entiende que en el régimen abierto todas las actividades se desarrollaran en los servicios normalizados del entorno, por lo que los centros abiertos, generalmente carecerán de unos servicios educativos propios. Este tipo de internamiento como dice VENTURA FACI, R., Y PELAEZ PÉREZ, V., ob,cit,p. 62, entraña aparte de un programa personalizado, controles de acompañamiento y obligaciones escolares. Uno de los problemas que plantea, es que se utilizan los llamados centros de protección para su ejecución, ante la falta de establecimientos adecuados. Como afirma LÓPEZ LÓPEZ, A.M., La ley Orgánica reguladora de la

2.3.1.1.- La imprecisión de la LORPM en los supuestos justificadores de la medida.

Las concesiones aflictivas a las que hacíamos mención en los apartados anteriores, pueden observarse descendiendo al plano real, y desde el momento en que el menor es sometido a encierro y se hace acreedor de una condición jurídica que entendemos inferior a la que la que le pueden corresponde al adulto en un establecimiento penitenciario.[1081] No basta, para otra afirmación, la suavidad con la que la LORPM pretende justificarla en su Exposición de Motivos, cuando con referencia al objetivo alcanzar con el internamiento dice: "(...) a que el menor adquiera los

responsabilidad penal de los menores. Comentario, concordancias y Jurisprudencia. Comares. Granada, 2004, p. 65, debe distinguirse entre la procura de ambientes afectivos y pedagógicos ante situaciones de desamparo y los programas coactivos de resocialización. En todo caso, Vid. GARCÍA PÉREZ, M.F., Experiencias prácticas en la ejecución judicial de las medidas, ob.cit, p. 159, la practica judicial se caracteriza por la no imposición de esta medida y ello por no considerarla útil, dado que con carácter general los menores rechazan la idea de residir en un centro, prefiriendo hacerlo en su domicilio por muy negativo que sea su entorno familiar y social, de manera que una medida de este tipo, que supone la realización de todas las actividades formativas, educativas, laborales y de ocio en los servicios normalizados del entorno, al ser impuesta y no contar con la voluntad del menor originaría indudablemente quebrantamientos por fugas., y además, innecesaria a la vista de la existencia centro de día y de convivencia en centro educativo. Por último también regula el sistema de la LORPM los denominados internamientos ambulatorios, cuya esencia radica en una programación terapéutica, pedagógica y asegurativa. Tal y como explica la exposición de motivos de la LORPM , III & 16, párrafo quinto, este tipo de internamiento procede cuando la adicción o las disfunciones en la psiquis del menor requieren un contexto estructurado para la terapia y , a su vez, no se dan las condiciones personales o ambientales de tratamiento ambulatorio, ni la situación de riesgo que implica el internamiento en régimen cerrado. En cuanto a los establecimientos de cumplimiento, la ley no exige que sean distintos de los establecimientos para los adultos, lo cual ha supuesto la producción de nefastos resultados, así lo entiende ORNOSA FERNANDEZ, M.R., ob.cit, p. 184, para quien los internamientos conjuntos hablan a favor un cumplimiento en centros diferenciados. De hecho Vid. GARCÍA PÉREZ, M.F., Experiencias prácticas en la ejecución judicial de las medidas, ob.cit, p.159, la reivindicación de centros donde ejecutar esta medida ha sido una constante, básicamente porque la estadística viene reflejando que son muchos los menores que tienen una anomalía o alteración psíquica o alteración en la percepción o dependencia al alcohol, drogas u otras sustancias psicotrópicas, los que exigen un tratamiento específico que no están preparados para suministrar los otros tipos de centros, al no estar dotados de profesionales en este caso necesarios como sería el psiquiatra.

[1081]Cfr. RÍOS MARTÍN, J.M., La protección de la víctima como coartada legal para el incremento punitivo en la legislación de los menores infractores. ob.cit, p. 353, para quien el RM incorpora una normativa que excede de las previsiones legales establecidas en la LO 5/2000, basada en el ordenamiento penitenciario respecto a las restricción de derechos fundamentales de los menores de edad y haciendo a éstos de peor condición jurídica que las personas penadas mayores de edad.

suficientes recursos de competencia social para permitir un comportamiento responsable en la comunidad (...)"[1082]

Las críticas que se han vertido sobre el internamiento en medio cerrado han sido numerosas, sobre todo a partir de la publicación del RD 1774/ 2004, de 20 de Julio.[1083] Algunas de ellas ponen de manifiesto los efectos criminógenos y estigmatizadores que provoca[1084], pasando por el desarraigo de la familia y el ambiente que genera, y otras ponen en duda la eficacia que plantea[1085]. No obstante, la mayor parte de la doctrina la estima necesaria, en última instancia y con carácter excepcional[1086].

Los supuestos en los que procede esta medida aparecen recogidos en la fórmula del artículo 9 regla 2º de la LORPM, según el cual la medida de internamiento en régimen cerrado sólo podrá ser aplicable cuando en la descripción y calificación jurídica de los hechos, se establezca que en su comisión se ha empleado violencia o intimidación en las personas o actuando con grave riesgo para la vida e integridad de las mismas, así como cuando los hechos se cometan en grupo o el menor

[1082] Cfr. Exposición de motivos III, &16, párrafo segundo.
[1083]El RD 1774/2004 fue publicado el 30 de Agosto de 2004 en el BOE, habiendo entrado en vigor el día 1 de Marzo de 2005. Este reglamento fue objeto de recurso contenciosos administrativo por dos asociaciones, " coordinarora de Barrios de Madrid" y la Asociación pro derechos Humanos de Andalucía, con un resultado desestimatorio. Como dice RIOS MARTIN, J.M., La protección de la víctima como coartada legal para el incremento punitivo, ob.cit, p. 354, el Reglamento carece de fundamentación educativa en su introducción, limitándose a realizar un resumen de la nueva regulación. Además sigue la misma dinámica de tratamiento que el Reglamento Penitenciario de adultos, existiendo remisiones expresas al citado régimen penitenciario, tales como la derivación a la normativa reguladora de la relación laboral especial penitenciaria, que señala en el art. 53.4 del RD. También CARMONA SALGADO, C., ob,cit, p. 924, nos dice que se echa en falta una alusión en la LORPM al carácter de última ratio que ha de poseer el internamiento.
[1084]Cfr. HAVA GARCÍA, E/RÍOS CORBACHO, J.M.,ob.cit, p. 154
[1085]Cfr. LANDROVE DÍAZ, G., Derecho penal de menores. ob.cit, p. 223.
[1086]Vid. MANIFIESTO A FAVOR DE UNA JUSTICIA JUVENIL, en Grupo de Estudios de Política criminal, un proyecto alternativo a la regulación de la responsabilidad penal de los menores. Tirant lo Blanch. Valencia, 2000,p. 16

perteneciere o actuare al servicio de una banda, organización o asociación[1087], incluso de carácter transitorio que se dedique a la realización de tales actividades. Por su parte, a través de la reforma propiciada por la LO 8/2006, el artículo 10 de la LORPM identifica determinados casos en los de manera preceptiva deberá acordarse el internamiento.

Este carácter preceptivo referido por el mencionado art. 10 de la LORPM, se contrae a los

[1087] En relación con la introducción de estos elementos en la reforma de la LORPM, GARCÍA PÉREZ, O., Introducción del modelo de seguridad ciudadana en la Justicia de menores, en la Ley de la responabilidad penal del menor: situación actual, ob.cit, p.432, constituye una nueva circunstancia que no determina ningún índice de mayor peligrosidad como justificar esta reacción, sino que es plasmación de una forma de actuar a estas edades en las que en la mayor parte de los casos tiene, además, un efecto positivo. De la misma forma que nadie se ha propuesto agravar las sanciones cuando otras agencias de socialización fracasan, no existe en este caso razón alguna para utilizar el fracaso del grupo como factor de agravación. También GÓMEZ RIVERO, Mª.C., ob.cit. pp. 115 y 116 nos dice, que si precisamente en muchas ocasiones el origen del comportamiento desviado se encuentra en su socialización en ambientes conflictivos de pandillas o grupos cuyo comportamiento desviado tiende a reproducir, lo normal es que se actúe en el seno del mismo, y no de manera individual o aislada. Por ello endurecer su régimen supone a la postre endurecer un porcentaje bastante importante de la delincuencia cometida por los menores de edad. Del mismo modo, SANZ MULAS., Violencia juvenil y tribus urbanas, en el desafio de la criminalidad organizada, Granada, 2006, entiende que el desarrollo evolutivo en términos de adaptación social, educativa y cultura tiene lugar precisamente en el marco de grupos o bandas en el que el sujeto afirma su personalidad, y que es ese precisamente el contexto que no sólo potencia, sino que en muchas ocasiones explica el comportamiento desviado. Por otro lado, como dice OSTENDORF., H., Ansatzpunkte für materiell-rechtliche Entkriminalisierungen von Verhaltensweisen junger Menschen, en Grundfragen des jungedkriminalreschts und seiner Neuregelung, Reimpresión de la 1ª de. Forum-Verl.Godesberg, Bonn, 1992, p. 20, la formación de grupo entre los menores, no sólo es normal, sino que es útil para la sociedad y la integración social. Por su parte un voto particular del informe del CGPJ, sobre la reforma de la LORPM critica esta circunstancia, diciendo: " además de desconocer el comportamiento grupal de los adolescentes, por lo que sería de aplicación con mucha frecuencia, significa un supuesto de discriminación con respecto a los adultos, ya que para éstos, actuar en grupo por sí mismo no produce efectos jurídicos especiales, a salvo en aquellas otras formas típicas también aplicables a los menores como el conjunto de los tipos penales". En una posición tibia, CANO PAÑOS, M.A., ¿ Es conveniente un endurecimiento del Derecho Penal juvenil, una toma de posición crítica, en ADPCP, 2002, p.294, para quien la pertenencia a grupos también juega un papel negativo, puesto que en su seno se desencadena la comisión de delitos, pues se produce una disminución de las inhibiciones y un desplazamiento de la responsabilidad hacia otros factores externos.

supuestos del artículo 9.2 de la LORPM anteriormente referido, siempre que revistan especial gravedad y se trate de menores de 16 o 17 años, debiendo imponer la medida de internamiento en régimen cerrado por un tiempo de uno a seis años, así como cuando se trate de la comisión de los delitos tipificados en los artículos 138,139,179, 180 y 571 a 58 del Código Penal y aquellos que tengan señaladas en el mismo, una pena de prisión igual o superior a quince años. En estos casos, dependiendo de que el menor haya cumplido o no los 16 años, la duración de la misma será de cinco o de ocho años. También se dispone en el artículo 10 de la LORPM, in fine, que se entenderán siempre supuestos de especial gravedad, aquellos en los que se aprecie reincidencia.[1088]

Como se observa, el precepto no detalla todos los casos que debieran considerarse de extrema gravedad, lo que introduce un factor de inseguridad propio de los conceptos jurídicos indeterminados, en clara pugna con la manifestación del principio de legalidad que exige la taxatividad de las previsiones penales.[1089] Esta imprecisión legal, permite generar un ámbito de aplicación de todo punto desproporcionado, permitiendo al juez de Menores a través de una interpretación extensiva, incluir el caso concreto en aquellos supuestos entendidos de extrema

[1088]Como afirma GÓMEZ RIVERO, MªC., Una vuelta de tuerca de más: la LO 8/2006, modificadora de la LO 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, en tendencias de la justicia penal de menores. Anarte Borrallo, E (dir). VVAA. Iustel. 2010. Madrid, p.119, contemplar la reincidencia como un supuesto de extrema gravedad resulta una incoherencia, por no decir una grave distorsión en relación con las necesidades del tratamiento de los menores de edad. Nos dice esta autora, que la reincidencia parte de una situación deficitaria del menor y que el sentido mismo de diseñar un régimen especial es la confianza en su capacidad para recuperarse, no para recaer. Además, la mención de la reincidencia como circunstancia que pueda justificar la imposición de la medida de internamiento con una extensión tan importante no parece conciliarse con la exigencia plasmada a nivel internacional en la CDN, que establece la necesidad de recurrir de forma restrictiva a la imposición de medidas privativas de libertad. En el mismo sentido, ALBRECHT, P.A., Jugendstrafrecht, 3ª Ed. C.H. Beck, Munich, 2000,p. 51, para quien hay que tener presente que las sanciones se imponen precisamente para evitar que el menor vuelva a delinquir. Y desde esta perspectiva preventivo-especial, el internamiento es el que presenta con diferencia los peores resultados. Si las medidas privativas de libertad se imponen a los que presentan mayores déficit, se supone que ello acontece porque son medidas que están justamente mejor preparadas para hacer frente a esa peor situación del menor, lo que, sin embargo, en la práctica no es así. También en p. 15, resalta que existe una baja probabilidad de que menores con uno más antecedentes policiales o judiciales vuelvan a aparecer en la jurisdicción de adultos.

[1089]Cfr. GÓMEZ RIVERO, MªC., ob.cit,p. 119.

gravedad. En todo caso, las dificultades de interpretación que proporcionada el artículo 9.2 de la LORPM no son nuevas. De hecho, ha generado resoluciones judiciales contradictorias en torno a la expresión "actuando con grave riego para la vida o integridad física de las personas."[1090]

En este sentido, tal y como aparece regulado el internamiento a partir de la Reforma de la LO 6/2008, cabe afirmar que éste no aspira a realizar funciones de prevención especial positiva y de integración social, sino más bien de prevención especial negativa y de inocuización y apartamiento del menor. Al tiempo que pretende lograr funciones de prevención general positiva y negativa más propias del derecho penal de adultos que de una jurisdicción de menores[1091]. Compartimos la opinión de Landrove Díaz[1092] para quien la reforma sustituye un modelo de justicia juvenil inicialmente

[1090] En concreto podemos citar, la SAP de las Palmas, Sección 1º, ST de fecha 12 de Septiembre de 2001, que consideró que un delito contra la salud pública relativo a sustancias que causan grave daño a la salud (368 y 369. 3ª del CP), cometido por un meno de 17 años, al que intervienen dos kilos y medio de heroína, no podía imponerse una medida de internamiento en régimen cerrado, por no concurrir los requisitos del artículo 9.2 de la LORPM que exige para imponer este tipo de medidas. Según razona esta sentencia, El bien jurídico protegido es la salud pública y por lo tanto con la comisión de este delito no se produce un ataque a la vida o a la integridad física de las personas. No obstante, en esa misma solución se hace constar " desde el punto de vista de la política-criminal, sería deseable una reforma legal que permitiera en determinados casos de delitos contra la salud pública acordar el internamiento solicitado a los menores de 18 años. Por otro lado, la SAP de la Rioja, Sección única- el 7 de Febrero de 2003, dictó un Auto en el que acordaba que debía mantenerse la medida internamiento en centro cerrado que se había impuesto a un menor de edad que se consideraba autora de un delito de tráfico de drogas que causaba grave daño a la salud, al haberse intervenido 447 pastillas de éxtasis en una residencia de religiosas. Se añadía, que introducir " la droga que causa grave daño a la salud en un centro de estas características cuanto menos supone un peligro potencial claro para la salud e integridad de las personas. Vid. ORTÍZ GONZÁLEZ,A.L.,La figura del defensor del pueblo y actuaciones con las personas privadas de libertad, en derecho penitenciario: incidencia de las nuevas modificaciones. Cuadernos de derecho judicial. CGPJ. Madrid. 2007, p.323. En este aspecto,, el informe del Defensor del Pueblo sobre el primer año de vigencia de la LORPM, pretendió clarificar el artículo 9.2 sobre los delitos en los que era posible acordar la medida cautelar de internamiento, afirmando que debía imponerse especialmente, cuando se tratara de delitos relacionados con el tráfico de drogas con cantidades de notoria importancia y en los casos de robos con fuerza en casa habitada. En cambio, la FGE correspondiente al año 2002, recogía con detalle la cuestión, incluyendo el internamiento para los delitos patrimoniales, incluidos los no violentos, atendiendo a la multireincidencia de los menores.

[1091] Cfr. BERNUZ BENEITEZ, Mª.J., Justicia de menores española y nuevas tendencias penales, ob.cit, p.12:10.

[1092] Cfr. LANDROVE DÍAZ, G., Bandas juveniles y delincuencia, diario La Ley, 11 de Enero de 2007, p. 3

adoptado en nuestro país, basado en los principios del interés del menor y el carácter educativo de las medidas previstas para los mismos, por otro decididamente reaccionario que retoma los añejos criterios retributivos, preventivos-generales, vindicativos, y de proporcionalidad propios del Derecho penal de adultos.

En este aspecto, resaltamos la producción de este endurecimiento punitivo ante las fuertes restricciones que se producen en las facultades de disposición sobre la medida de internamiento una vez impuesta. Así, debemos analizar, la vinculación y el amplio alcance temporal de la medida de internamiento, la fuertes restricciones para obtener la suspensión del fallo con el establecimiento de un periodo de seguridad y la posibilidad de ampliar el periodo de internamiento por la conducta del menor en el propio centro.

2.3.1.2.-La vinculación y el amplio alcance temporal de la medida de internamiento en régimen cerrado. El cumplimiento en centros de adultos.

La medida de internamiento en régimen cerrado puede alcanzar una duración de diez años. Desde nuestro punto de vista, la ampliación temporal de la LORPM contradice los postulados derivados del interés del menor y los fines resocializadores proclamados por los instrumentos internacionales y por nuestra Constitución en su artículo 25.2 de la CE. Este nuevo tratamiento debe ser calificado de excesivo, por dos motivos fundamentales, por un lado, por el establecimiento de una vinculación preceptiva y obligatoria para su imposición por el Juez de Menores, en los supuestos entendidos graves por la LORPM[1093] y por otro lado, por el fuerte acrecentamiento

[1093]Los supuestos en los que *juez deberá imponer* (de forma preceptiva no facultativa) la medida de internamiento son: Aquellos que, tratándose de los hechos previstos en el artículo 9.2 revistan especial gravedad, casos en los que cuando se trate de menores de 16 o 17 años, el juez deberá imponer la medida de internamiento en régimen cerrado por un tiempo de uno a seis años. Los segundos, cuando se trate de la comisión de los delitos tipificados en los artículos 138,139,179, 180 y 571 a 580, así como aquellos que tengan señaladas en el código penal una pena de prisión igual o superior a quince años. En estos casos, dependiendo de que el menor haya cumplido o no los 16

temporal que sufre el internamiento, que puede suponer finalizar el cumplimiento de la medida, en los centros penitenciarios de adultos.

La justificación del establecimiento de esta vinculación por el legislador, se debe a una desconfianza hacía el sistema ideado inicialmente por la LO 5/2000, y que ha de ser entendida en clave de política-criminal de adultos, contraria a los principios de flexibilidad de las medidas en atención a las circunstancias pisco-social del infractor. Así, no tiene sentido desde el punto de vista del sistema penal juvenil, la adopción obligatoria de un internamiento en régimen cerrado cuando a lo mejor el perfil psicosocial del menor infractor encaja mejor en un régimen semiabierto, y además obligue a que los sea por un tiempo mínimo.[1094]

Esta vinculación de obligatoriedad hacía la imposición de la medida de internamiento produce serios efectos perturbadores, que fueron puestos de manifiesto por la Memoria de la FGE correspondiente al año 2003 dentro de sus propuestas de reforma. Así, esta imperatividad del internamiento en centro cerrado por un mínimo de un año para los delitos de terrorismo, en relación con el delitos tipificado en el artículo 577 del CP.[1095] que castiga los actos de terrorismo llevados a cabo por los que no pertenecen a banda armada pero que comparten sus fines, lleva al absurdo de que el menor de edad penal es tratado con mayor severidad que el plenamente responsable, por

años, la duración de la misma será de cinco o de ocho años.

[1094]Cfr. LASTRA DE INÉS, A.,Análisis legal y reglamentario de las medidas privativas de libertad. Especial consideración a las condiciones de internamiento en régimen cerrado. ob.cit,p. 92.

[1095]Dispone el artículo 577 del CP, " Los que, sin pertenecer a banda armada, organización o grupo terrorista, y con la finalidad de subvertir el orden constitucional o de alterar gravemente la paz pública, o la de contribuir a estos fines atemorizando a los habitantes de una población, o a los miembros de un colectivo social, político o profesional, cometieren homicidios, lesiones de las tipificadas en los art. 147 a 150, detenciones ilegales, secuestros, amenazas o coacciones contra las personas o llevaren a cabo cualquiera de los delitos de incendio, estragos, daños de los tipificados en los artículos 263 a 266, 323 o 560 o tenencia, fabricación, depósito, tráfico, transporte o suministro de armas, municiones o sustancias o aparatos explosivos, inflamables, incendiarios o asfixiantes, o de sus componentes, serán castigados con la pena que corresponda al delito cometido en su mitad superior".

haber alcanzado ya la mayoría de edad[1096] Por otro lado, en lo que respecta al amplio lapso temporal del internamiento, compartimos la opinión de Roxin[1097] para quien la pena apropiada según la culpabilidad sólo puede ser impuesta en el marco de lo preventivamente indispensable. Esto supone, que ateniendo a la coherencia de los principios del sistema penal juvenil, la efectividad del internamiento debe ser proporcional a la culpabilidad del joven para conseguir una finalidad educativa, y no al mero cumplimiento de un determinado lapso temporal que puede resultar desproporcionado para tal finalidad. Es decir, la pena puede exceder del grado de culpabilidad sólo cuando resulte necesario para alcanzar el fin de la reeducación y siempre que no sea del todo desproporcionada con la culpabilidad del jóven[1098]. No obstante, conseguida la reeducación, el joven debe ser puesto en inmediata libertad, y si no se consigue, no puede permanecer privado de ella[1099], si el tiempo ha excedido desproporcionalmente a su culpabilidad[1100]. De hecho, la realidad

[1096]A titulo de ejemplo puede indicarse que si un adulto sin antecedentes penales y abonando la responsabilidad civil, es castigado conforme al artículo 577 del CP por un delito de daños del 263 del CP, se le impondrá una pena de Multa y no una pena privativa de libertad- internamiento- que le correspondería de resultar menor de edad. En todo caso, si el adulto no pudiere satisfacer la Multa – por ejem, 15 meses, mínima de la mitad superior- esta se transformaría en 7 meses y medio de privación de libertad, (responsabilidad personal subsidiaria por impago de Multa), sobre la que podía solicitar la suspensión al cumplir los requisitos del artículo 80 y 81 del CP.

[1097]Cfr. ROXIN, C., La teoría del Delito, en la discusión actual, ob.cit, p.73

[1098]Vid. ROXIN, C/ARTZ, GUNTHER/TIEDEMANN,K., Introducción al derecho penal y al derecho procesal. Ariel. Barcelona.1989, p.33. Siguiendo a estos autores, el límite del cumplimiento de la pena no se encuentra en la reeducación en sí misma, puesto que supondría la legitimación de internamientos indeterminados en los que no resulte previsible el tiempo que haya de resultar necesario para educar al joven, siendo que una pena de estas características, se encuentra proscrita en el derecho penal de adultos. En éste, el sujeto es condenado a una pena adecuada a su culpabilidad y una vez cumplido su tiempo ha de ser puesto en libertad aunque no se encuentre resocializado.

[1099]Vid. ROXÍN, C., Culpabilidad, prevención y derecho penal, traducido por MUÑOZ CONDE, F, Edit. Reus, S.A. Madrid. 1981, p. 47. Roxin, lo explica a través del siguiente ejemplo"el que un alguien robe bicicletas puede considerarse en algún caso como un síntoma de una grave alteración de la personalidad, aunque el delito no tenga mayor importancia. Si se contemplara este hecho como un criterio unilateral de prevención especial, habría que internar al delincuente en un establecimiento y tratarlo durante un periodo de tiempo que durará varios años, hasta que pudiera adaptarse a la vida social y salir libre, completamente curado. Pero también en estos casos, el principio de culpabilidad obliga a limitar la duración del tratamiento, independientemente de su resultado, conforme a la escasa importancia del delito, preservando la autonomía individual de los excesos de la intervención estatal"

[1100]Para ROXÍN, C., ult.ob.cit, p.46, la vigencia del principio de culpabilidad impide que se sacrifique la libertad del individuo en interés de la intimidación general.

práctica parece confirmarlo[1101].

Es más, si el único factor a tener en cuenta para graduar la duración de una medida de internamiento fuera el interés superior del menor, probablemente ningún de ellos debería superar la barrera de los dos años, siempre que en el último periodo se hayan llevado a efecto, medidas indicadoras de la pretendida reeducación, como salidas acompañadas o haya disfrutado de permisos[1102]. Este exceso temporal del internamiento tiene que salvar un escollo específico más, en el sentido de que incide negativamente en la efectividad de los programas de intervención educativa a los que son sometidos los menores, pues éstos pueden contemplar desde su ingreso, cierto desánimo y desinterés en hacer frente a tales programas, ante la posibilidad de que una vez cumplida la mayoría de edad y a través de los trámites procesales oportunos, consistentes en una vista previa, con Audiencia del Ministerio Fiscal, las partes y el equipo técnico, tengan que extinguir la medida en otro establecimiento, esta vez de adultos,[1103] haciéndose imposible sortear el estigma que supone su ingreso en prisión[1104]. Esta particularidad consistente en la finalización del

[1101]Cfr. LASTRA DE INÉS,A., Análisis lega y reglamentario de las medidas privativas de libertad. Especial consideración a las condiciones de internamiento en centro cerrado, en la Ley de responsabilidad penal del menor: situación actual. ob.cit, p. 91. De manera ejemplificativa, explica que un internamiento superior a dos años deja de ser efectivo desde el punto de vista educativo, porque los menores sometidos a este tipo de medida, generalmente, experimentan una primera fase de rebeldía que se traduce en mal comportamiento, falta de colaboración, etc.,fase a la que sigue otra en la que-cuando se consigue-se adapta a la vida del centro y al programa de actividades, aunque sea con altibajos, en una curva ascendente que llegado a un punto que suele situarse en algo más de un año, comienza a descender siendo más difícil trabajar con el internado.

[1102]Cfr. LASTRA DE INÉS,A., ob.cit, p. 91.

[1103]Cfr. BUENO ARÚS, F., La ley de responsabilidad penal del menor: compromisos internacionales , análisis de la imputabilidad penal y la respuesta penal. ob.cit, p. 297.

[1104]Cfr. GÓMEZ RIVERO, Mª.C., Comentarios a la ley penal del Menor, (conforme a las reformas introducidas por la LO 8/2006), Iustel, Madrid, 2007, p. 174. Por otro lado, la LORPM contempla una cláusula que impide al menor el traslado a la prisión, en aquellos casos que el juez de menores entienda en consideración a las circunstancias concurrentes que procede la utilización de las medidas previstas en los artículo 13 y 51 de la LORPM o su permanencia en el centro de cumplimiento de tal medida cuando el menor responda a los objetivos previstos en la sentencia. En relación con esta cláusula ORNOSA FERNÁNDEZ., Derecho penal de menores, comentarios a la ley Orgánica 5/2000 de 12 de Enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, 4º Edit, Bosch, Barcelona, ob.cit. p.257, pone de manifiesto la falta de definición sobre quien establece la profesión o no del menor en relación con los objetivos de la Sentencia, de la que se hace depender

cumplimiento de la medida en un centro de adultos, una vez cumplidos los 18 años[1105], supone una modificación del estatus del menor por otro que deriva de una pena del Código Penal, en la que se ha transformado la medida definitiva, por el hecho de alcanzar la edad requerida en la LORPM. Parece evidente, que esta posibilidad contradice las Reglas de Beijing que también extiende su aplicación a los jóvenes adultos,- *Mayores de dieciocho hasta los veintiuno-veintitrés años, en la mayoría de las legislaciones*-. Según estas Reglas, sobre esta población interna debe hacerse una mayor adecuación de las normas penitenciarias y una mayor individualización del tratamiento penal con motivo de las circunstancias personales, el desarrollo físico y psíquico del infractor.[1106]

Desde nuestro punto de vista, el criterio usado por la LORPM no es adecuado[1107] y supone admitir la validez de una novación de la sanción, incompatible con el principio de legalidad penal y

---

en gran medida su cumplimiento en un régimen penal de adulto. Tal y como dice CÁMARA ARROYO, S., ob.cit, p. 868, lo lógico es que deba ser exigible un informe vinculante al equipo técnico que hubiere estudiado el comportamiento y evolución del menor, para determinar el cumplimiento de los objetivos dispuestos en la Sentencia.

[1105]Vid. Art.14. 2 de la LORPM., "Cuando se trate de medida de internamiento en régimen cerrado y el menor alcance la edad de 18 años sin haber finalizado su cumplimiento, el Juez de Menores, oído el Ministerio Fiscal, el letrado del menor, el equipo técnico y la entidad pública de protección o reforma de menores, podrá ordenar en auto motivado que su cumplimiento se lleve a cabo en un centro penitenciario conforme al régimen general previsto en la LOGP si la conducta de la persona internada no responde a los objetivos propuestos en la Sentencia. 3.-Cuando las medidas de internamiento en régimen cerrado sean impuesta a quien haya cumplido al edad de 21 años de edad, o habiendo sido impuesta con anterioridad, no hayan finalizado su cumplimiento al alcanzar dicha edad, el Juez de Menores, oídos el Ministerio Fiscal, el letrado del menor, el equipo técnico y la entidad pública de protección o reforma de menores, ordenará su cumplimiento en centro penitenciario conforme al régimen general previsto en la LOGP. Para ORNOSA FERNÁNDEZ, ult.ob.cit, pp. 255 y 256, la alteración de los parámetros de cumplimiento de la medida impuesta puede vulnerar las garantías y derechos del infractor, por cuanto los regímenes en los centros de cumplimiento y en los centros penitenciarios son distintos. Así entiende, que la franja de edad entre los 16 y 18 años es la que permite el internamiento en régimen cerrado, por lo que la prisión sería habitual, resultando de ello, una regresión al sistema anterior, donde el infractor de 16 años era ya internado en los centros penitenciarios.

[1106]Cfr. Art 3.3 de las Reglas de Beijing.

[1107]Cfr. COLÁS TURÉGANO., A., Cumplimiento de las medida de internamiento en régimen cerrado en centro penitenciario. Problemas de su aplicación práctica, en Revista General de Derecho Penal, nº 14, Iustel , 2010. Tal y como afirma el autor, el adelanto de la edad, para cumplir en establecimiento de adultos (se sustituyen los 23 por los 18 años) no parece muy adecuado, teniendo en cuenta que la LORPM siempre ha pretendido distinguirse de la LGP.

el derecho a la tutela judicial efectiva, porque el menor habría de terminar de cumplir una pena a la que no ha sido condenado, sustituyendo la vista previa que anteriormente hemos referido, nada menos que al desarrollo de un proceso penal de adultos[1108]. El remedio para ello, hubiera sido, mantener la aplicación directa de la LORPM a esta población jóven, cuya exclusión contradice los postulados de Beijing[1109].

2.3.1.3.-El establecimiento de un periodo de seguridad como requisito previo a la obtención de "la suspensión del fallo". La STC de 20 de Septiembre de 2012.

La regulación que hace la LORPM referente a la suspensión del fallo, para cuyo otorgamiento se hace preciso cumplir unos requisitos, pueden ser catalogados de más rígidos, si cabe, que los derivados del derecho penal de adultos. Baste para ello considerar que al adulto no le es exigible un plazo concreto de observación en el logro de su clasificación en tercer grado[1110] pudiendo dar cumplimiento sin más, a uno de los engranajes requeridos para la consecución de la libertad condicional. En cambio, el internamiento en régimen cerrado del menor se encuentra sometido al plazo de un año de duración mínima.[1111] como base necesaria para la obtención de beneficios, como la reducción, la modificación o la sustitución de la medida.[1112] Esta previsión de la

[1108]Cfr. BUENO ARÚS, F., ult.ob.cit, p.299.
[1109]Cfr. CERVELLÓ DONDERIS, V., La medida de internamiento en el derecho penal del menor, Tirant lo Blanch. Monografías. Valencia. 2009. Como afirma esta autora, la exclusión de la aplicación de la LORPM, a los mayores de dieciocho y menores de veintiuno, contradice las normas internacionales (…) ya que en todas ellas el internamiento es el último recurso, que ha de ser lo más breve posible, por ello las posibilidades de internamientos máximo de 10 años que terminen de cumplirse en centros penitenciarios de adultos, no se ajusta a tales criterios de intervención.
[1110] Vid. Artículo 104. 3 del Reglamento Penitenciario- Real Decreto 190/1996, de 9 de Febrero "Deberá transcurrir el tiempo de estudio suficiente para que se obtenga un adecuado conocimiento del interno". Como puede verse desde el primer día de ingreso, puede clasificarse al interno en tercer grado penitenciario.
[1111] Cfr. ORTÍZ GONZÁLEZ, A. L., Análisis legal y reglamentario de las medidas privativas de libertad, en La ley de Responsabilidad Penal del Menor: Situación Actual. Consejo General del Poder Judicial. Cuadernos de derecho judicial. Madrid. 2005. pp. 70 y 71.
[1112] Vid. Art. 9.5 de LORPM.

LORPM impide que el interés del menor aconseje la modificación del internamiento cerrado antes de haber transcurrido un año de cumplimiento. Con ella, se traspasa desde nuestro punto vista los límites constitucionales, relativos a la resocialización y los propios del artículo 39.4 de la CE, dado que fijar ese año como plazo inevitable, podría dar lugar a internamientos innecesarios en los que lejos de aportar influencias positivas en el menor,se estaría produciendo lo contrario. De hecho, así fue señalado por el Defensor del Pueblo en su informe al parlamento en el año 2000[1113].

Como decimos, la consecución de "*la suspensión del fallo"* se encuentra sujeta a fuertes restricciones. La LORPM en su Disposición Adicional 4ª, 2 c) restringe la posibilidades de modificar, sustituir o suspender la aplicación de la medida de internamiento hasta el cumplimiento de la mitad de su duración, para supuestos especialmente graves, siempre que su comisión se realice por mayores de 16 años. En la práctica, esta vinculación puede significar, que aún estimando el juez como más adecuada al caso concreto, dentro de lo que la ley permita, la mínima duración de un año de internamiento, por la que puede, como regla general, disponer la suspensión del cumplimiento desde el inicio, para evitar el internamiento en régimen cerrado; para los casos descritos en dicha disposición, debe cumplirse la mitad de la referida medida como requisito para obtener la suspensión.[1114]

Desde nuestro punto de vista, esta regla vulnera el artículo 25.2 de nuestra CE y el artículo 39.4 de la misma, en relación con los artículos 40.1, y 37b) de la CDN[1115] produciéndose una

[1113]Cfr. ORTÍZ GONZÁLEZ, A.L.,ob.cit,p. 70.

[1114]El supuesto ejemplificado ocurrió en la realidad, y dio origen a una cuestión de inconstitucionalidad sobre la Disposición Adicional 4, 2c) de la LORPM, que fue resulta por SSTC de fecha 20 de Septiembre de 2012.

[1115] Vid. Art.40.1 de la CDN " Los estados partes reconocen el derecho de todo niño de quien alegue que ha infringido las leyes penales o quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes, a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y del que este asuma una función constructiva en la sociedad". Igualmente el artículo 37 b) de

situación jurídica que crea un tiempo de seguridad, por el que se excluye al juez de la aplicación de criterios educativos-sancionadores, que pueden suavizar o modificar el régimen de internamiento.[1116] En otros términos, con el establecimiento de este periodo de seguridad, se pretende ampliar el efecto preventivo general de la intervención sobre menores en supuestos de especial gravedad, introduciendo una serie de consecuencias que excepcionan de forma drástica las reglas de individualización y flexibilidad que caracteriza la justicia de menores, y que se aproxima al sistema judicial de adultos.[1117.] De ahí, que estas consecuencias se hagan incompatibles con las posibilidades educativas y de adaptación de la medida a la evolución del menor, pues evita e impide modificaciones de medidas en muchos casos muy beneficiosas en los procesos de socialización de menores, que han cometido delitos.[1118]

Como decimos, la disposición adicional 4,2c) de la LORPM, es contraria a la Constitución. No obstante, contra ella se planteó una cuestión de inconstitucional, que fue resuelta de manera desestimatoria por la Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 20 de Septiembre de 2012,[1119] y

la misma, en cuanto a la pena privativa de libertad por motivo de delito dispone:" La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan solo como una medida de último recurso y durante el periodo más breve que proceda".

[1116]Vid. Voto Particular de la Magistrada Doña Adela Asúa Batarrita, al que se adhiere el Magistrado Fernando Valdés Dal-Re, respecto de la Sentencia del Tribunal Constitucional 20 de Septiembre de 2012, nº 160/2012, BOE 250/2012, de 17 de Octubre de 2012. Recurso 6021/2001."(...)por lo tanto en relación al círculo de supuestos afectados por la norma en cuestión, jóvenes de 16 o 17 años, responsables de algunos de los delitos listados en la cabecera del precepto- *delitos unos muy graves y otros de menor gravedad pero con la connotación de terrorismo*- se diseña un término temporal de cumplimiento de la sanción de internamiento en régimen cerrado, durante el cual queda excluida la aplicación de los criterios educativos-sancionadores que pueden suavizar o modificar el régimen del internamiento. Aún cuando el internamiento estuviera contraindicado por razones educativas para evitar contagios de influencias nocivas u otras consecuencias desocializadoras, el juez tiene impedida su intervención para tales fines, durante ese tiempo de *"periodo de seguridad"*.

[1117] Vid. Voto Particular de la Magistrada Doña Adela Asua Batarrita. Sentencia, citada.

[1118] Cfr. NIETO GARCÍA, L.,ob.cit, p. 22

[1119]Vid. Sentencia del Tribunal Constitucional 20 de Septiembre de 2012, nº 160/2012, BOE 250/2012, de 17 de Octubre de 2012. Recurso 6021/2001. "(...) Que la reinserción social *es una de esas finalidades,* a la que según el mandato constitucional deben estar orientadas la penas y medidas privativas de libertad, pero *no es el único cometido con el que las penas operan e*n aras de satisfacer el fin de protección de los bienes jurídicos, ni debe ser esa, como hemos venido reiterando, la interpretación que haya de hacerse del precepto constitucional (SSTC 167/2003, de 29 de

que vino a considerar que el precepto era constitucionalmente admisible, porque así lo había querido el legislador, al abogar por una de las distintas finalidades que puede ejercer las pena, sin que el sistema de menores constituya una excepción al respecto. Esta elección del legislador, tal y como refiere la sentencia, se contrae a dar satisfacción a la prevención general, que puede no ser lo más idóneo o lo más aconsejable desde la óptica de la reinserción social, pero que va a depender del diseño de la política-criminal que se haga.[1120]

En nuestra opinión, la pretensión de calmar la animosidad un tanto revanchista de ciertas convenciones sociales, no puede estar por encima de otros fines, al menos en el derecho penal de menores, donde toda regulación ha de ser coherente con su principio educativo y de salvaguarda del interés del menor[1121], o dicho en los términos del voto particular citado "no puede desconocerse que bajo la advocación de necesidades de prevención general pueden esconderse meras finalidades de apaciguamiento simbólico o político de otro cariz cuya legitimación resulta más problemática"[1122]. En definitiva, la norma en cuestión, impide de forma absoluta la ponderación de las circunstancias personales de los menores de edad, con radical preterición, durante un periodo de tiempo significativo, de la finalidad resocializadora del artículo 25.2 de la CE y de los derechos del menor, contenidos ex artículo 39. 4 de la CE, frente a otros fines preventivos generales y especiales de la pena.

Septiembre, y 229/2005, de 21 de Noviembre). Debe resaltarse en este mismo sentido, que el mandato presente en el enunciado inicial del artículo 25.2 CE tiene como destinatarios primeros el legislador penitenciario y a la administración por él creada, según se desprende de una interpretación lógica y sistemática de la regla (...)"

[1120]Atendiendo a ello, no puede negarse, que la cuestión radica en una confusión impropia de políticas-criminales sobre la que venimos defendiendo su divergencia y cuyo dominio último y control en la determinación exhaustiva de la finalidad punitiva para cada norma, tal y como recuerda la Sentencia referida, es atribuida al legislador.

[1121]A través de la última reforma de la LORPM, difícilmente nuestro TC iba a declarar la incompatibilidad de algún precepto de aquella con nuestra mandato constitucional, al proclamar la necesidad de "*equilibrar bienes constitucionalmente protegidos",* diciéndonos en su Exposición de Motivos: que continuará vigente el interés del menor, siendo su protección perfectamente compatible con una mayor proporcionalidad con el hecho cometido.

[1122] Vid. Voto Particular de la Sentencia del TC de 20 de Septiembre de 2012.

2.3.1.4.-La reformatio in peius en la adopción de las medidas. El quebrantamiento de condena por los menores de edad.

La LORPM, gracias a la reforma propiciada en el año 2006[1123] contempla la posibilidad de la modificación de la medida de internamiento en función de la evolución desfavorable del menor; lo que permite entender la introducción de una *reformatio in peius* que va a depender directamente del desarrollo evolutivo del mismo, durante el cumplimiento del internamiento. En efecto, conforme a la regulación contenida en los artículos 51.1 y 2 de la LORPM[1124] se permite el cambio a medida a más grave siempre que los hechos cometidos hubieran permitido la imposición de la misma, así como el cambio de régimen de internamiento de semiabierto a cerrado, cuando se trate de una condena por hechos previstos en el artículo 9.2 de la LORPM.

Desde nuestro punto de vista, estos preceptos suponen una vulneración del principio de proporcionalidad y de legalidad jurisdiccional, dado que esta nueva medida no se impone en

[1123]En efecto, la regulación de la sustitución y modificación de la medida de internamiento en los términos previstos en los artículos 51.1 y 2 de la LORPM, como consecuencia de la Reforma de la LORPM del año 2006, permite un cambio *a medida grave* en los supuestos de evolución desfavorable de menor.

[1124] Dispone el art. 51.1 y 2 de la LORPM: 1.- Durante la ejecución de las medidas el Juez de Menores competente para la ejecución, podrá de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, del letrado del menor o de las administración competente, y oídas las partes, así como al equipo técnico, y la representación de la entidad pública de protección o de reforma, dejar sin efecto aquellas o sustituirlas por otras que se estimen más adecuada de entre las previstas en la ley por tiempo igual o inferior al que reste hasta su cumplimiento, siempre que la nueva medida pudiera haber sido impuesta inicialmente atendiendo a la infracción cometida. Todo ello, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2 del artículo anterior y de acuerdo con el artículo 13 de la presente ley. 2.- Cuando el juez de menores haya sustituido la medida de internamiento en régimen cerrado por la de internamiento en régimen semiabierto o abierto, y el menor evoluciones desfavorablemente, previa audiencia del letrado del menor, podrá dejarse sin efecto la sustitución, volviéndose aplicar la medida sustituida de internamiento en régimen cerrado. Igualmente si la medida impuesta es la de internamiento en régimen semiabierto y el menor evoluciona desfavorablemente, el juez de menores podrá sustituirla por la de internamiento en régimen cerrado, cuando el hecho delictivo por el que se impuso sea alguno de los previstos en el artículo 9.2 de la LORPM.

Sentencia firme,[1125] ofreciendo una regulación que permite la determinación de un cambio de medida justificada a través del comportamiento del menor, en la ejecución de un tratamiento que fue programado a través de una medida impuesta en Sentencia, que no tiene porque ser constitutivo de delito y por tanto motivador de una nueva medida.

En todo caso, si la evolución desfavorable del menor, se equipara a la comisión de un delito de quebrantamiento de condena o bien tiene lugar éste de manera efectiva, la subsidiariedad del Código Penal de Adultos permitiría la aplicación del artículo 468.2 de este cuerpo legal, que tiene asignado una pena de Multa de 12 a 24 meses " para los demás casos", esto es, para el supuesto que el quebrantamiento no sea de condena, medida de seguridad, prisión, medida cautelar, conducción o custodia. Esto significa, que el límite de "la medida de internamiento" que se trate de imponer, únicamente cabe determinarla partiendo de las reglas de conversión de la multa en responsabilidad personal subsidiaria del artículo 53.1 del CP.[1126.] Sin embargo, la virtualidad de la aplicación del internamiento como pena sustitutiva de la Multa, debe excluirse del ámbito juvenil, dado que si el Código Penal no contempla para un tipo delictivo concreto una pena privativa de libertad no cabrá imponer al menor una medida de esa naturaleza, como tampoco puede hacerse valer la responsabilidad penal subsidiaria, en tanto que lo ha de prevalecer es la pena principal.[1127] Otros argumentos exculpatorios empleados por las Audiencias Provinciales[1128] menos convincentes desde

[1125] Cfr. CEVELLÓ DONDERIS, V., ob.cit, p.219. También Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2000.

[1126]Vid. OLMEDO GÓMEZ.J., Cambio de medidas artículo 50.2 de la LORPM por quebrantamiento de pena no privativa de libertad. (la reformatio in peius, en la ejecución"), observatorio nacional de justicia juvenil. Noviembre. 2007.

[1127]Esta interpretación se encuentra consolidada dentro de la jurisprudencia menor de las AP (Vgr. SAP Madrid, sección 4ª, nº 107/2003 de 4 de Noviembre; SAP Las Palmas, Sección 1ª, nº 109/2005, de 29 de Abril o SAP Tarragona, Sección 2ª, nº 921/04 de 29 de Septiembre).

[1128]Vid. ST AP de Valladolid, Secc 4º, 7 de Abril de 2004, EDJ 2004/22812, Y ST de 1 de Diciembre de 2003, EDJ 2003/209632. También, Vid, ST AP de Álava, Sección.1º de 21 de Junio de 2005,núm, 94/2005. Análisis de GALLEGO SÁNCHEZ, G., El quebrantamiento por mayor de edad de las medidas impuestas por el juez de menores, en Revista de jurisprudencia Nº2, Mayo de 2010, p. 9. Esta sentencia considera: "Que el tipo del 468 del CP se refiere al quebrantamiento de penas y medidas de seguridad, y *prima facie*, se pueden defender que las medidas impuestas por los

mi punto de vista, respecto al quebrantamiento de una medida impuesta llevada a cabo por un persona sujeta a la LORPM, se centran en que al no ser "la medida impuesta", ni pena ni medida seguridad, supondría una interpretación extensiva en contra del reo, proscrita por nuestro ordenamiento jurídico. No obstante, otras Audiencias Provinciales sostienen que sí es posible su aplicación.[1129] En todo caso, cabe recordar que las Reglas de Tokio, establecen "la autoridad competente intentará imponer una medida sustitutiva no privativa de libertad que sea adecuada. Sólo se podrá imponer la pena de prisión cuando no haya otras medidas sustitutivas que resulten adecuadas"[1130], lo que es correlativamente suficiente a entender que: "El fracaso de una medida no privativa de libertad no significará automáticamente la imposición de una medida privativa de libertad"[1131], es decir, en todo caso, no debe operar tal sustitución de modo automático.

juzgados de menores no son propiamente ni penas ni medidas de seguridad (…) El juzgado de lo Penal al aplicar a un supuesto incumplimiento inicial de una medida de fin de semana del artículo 468 del CP, ha llevado a cabo una aplicación analógica o extensiva del tipo, contraria al reo, que no puede ser aceptada en el ámbito del derecho penal, lo que ha de provocar la absolución del acusado de ese delito con todos los pronunciamientos favorables"

[1129] Vid. STAP CÓRDOBA, SEC.3º. 28 DE ABRIL DE 2003, EDJ 2003/32440.

[1130]Cfr. Regla 14.4 de la Resolución 45/110 de 14 de Diciembre, (Reglas de Tokio).

[1131]Cfr. Regla 14.3 de la Resolución 45/110 de 14 de Diciembre (Reglas de Tokio).

2.4.-La simbología del encierro. [1132]

2.4.1.-Consideraciones sobre la condición jurídica del menor en el desarrollo del cumplimiento de la medida de internamiento en régimen cerrado.

Conjugando las disposiciones del Reglamento de menores de 2004 desarrollador de la LORPM, y las normas contenidas en el Reglamento Penitenciario de Adultos (RD1201/1981) puede concluirse un saldo desfavorable en el tratamiento jurídico jurídico del menor interno.[1133] Es decir, toda la normativa contenida en la LORPM y en su Reglamento afectantes a las comunicaciones,

[1132]El internamiento supone la obligación para el menor de residir en el centro- sutil alusión a la privación de libertad de movimientos extramuros- Cfr. POLAINO NAVARRETE, M., La minoría de edad penal en el código penal y en las las Leyes Orgánicas 5 y 7/2000, Anuario de Justicia de Menores, num. 1, 2001, p. 157, este encierro se tiene lugar en centros que reúnen una fuerte simbología equivalentes cárceles y presidios, basta para ello acudir en el reciente INFORME DEL DEFENSOR DEL PUEBLO ANDALUZ, 2014, ob, cit, p. 163, en donde se pone de manifiesto que numerosos centros disponen de un vallado perimetral, culminado con alhambre de espino en forma de círculo (concertinas), así como medidas de videovigilancia, incluso para la entrada en el recinto se requiere identificación por el propio personal de seguridad,-privada-, disponiendo alguno de ellos,de un cuarto, donde se efectúan desnudos integrales. El propio informe subraya que esta configuración de los centros y de dispositivos de seguridad puede condicionar los efectos reeducadores y reinsertadores de la medida que se ha de cumplir en el centro, siendo necesario un equilibrio que permita una convivencia normalizada, controlada y dirigida, pero sin elementos de seguridad tan visibles y contundentes que resten naturalidad a la tarea que en el mismo se va a desempeñar.

[1133]EL RM ha sido considerado una mala copia del del Reglamento penitenciario, Vid. AGUILAR VILLUENDAS, V.J., La ley penal del menor, ob.cit, p. 12. En este sentido el TS en Sentencia de 10 de Noviembre de 2006, (STS 7206/2006, de 10 de Noviembre) se pronuncia acerca de la viabilidad del RM, diciendo: " No cabe apreciar una vulneración del principio de igualdad en cuanto que se alega una relación jurídica diferente a la contenida en el Reglamento penitenciario. No hay una sustancial identidad en cuanto son distintos los lugares donde en cada caso se cumple la privación de libertad, según sean mayores o menores de edad e incluso son diferentes los principios rectores que deben inspirar las finalidades en cada caso perseguidas con esa privación de libertad". Si bien en otro fundamento diferente, consideraba: " Como dicen reiteradísimas sentencias del TC, refiriendo a los internos en centro penitenciario, pero cuya filosofía es aplicable a los menores " el internamiento de una persona en un centro penitenciario en los supuestos legalmente previstos, hace nacer entre el sujeto y la administración penitenciaria, una relación jurídica especial que la jurisprudencia de este Tribunal ha incardinado dentro de las relaciones de especial sujeción (…) la naturaleza especial de aquella relación jurídica y la peculiaridad del marco normativo constitucional del artículo 25.2 de la CE supone que entre la administración penitenciaria y el recluso se establezcan un conjunto de derechos y deberes recíprocos que deben ser entendidos en un sentido reductivo y a la vez compatible con el valor preferente de los derechos fundamentales". Vid. Fundamento de derecho 16, STS, cit.

visitas, permisos y sanciones, dan muestra de que el menor ingresado en un centro[1134] es acreedor de una peor condición jurídica que la que le corresponde al adulto ingresado en prisión.

Por lo que respecta a las comunicaciones y visitas, el régimen general aparece regulado en el artículo 56 de la LORPM y en el artículo 40 del RD 1774/2004, que toma su inspiración de la legislación penitenciaria de adultos (artículos 41 a 49, de Reglamento penitenciario). El Reglamento permite que el Director del Centro suspenda cautelar mente las visitas cuando afecten negativamente al Derecho a la educación y al desarrollo integral de la personalidad del menor, o cuando se aprecie un grave peligro para la seguridad y buena convivencia del Centro, siempre poniendo esta suspensión en conocimiento inmediato del Juez de Menores y manteniéndola hasta que el mismo resuelva previo informe del Fiscal y del Equipo Técnico. Sin embargo, en la legislación penitenciaria de adultos ni siquiera está prevista su suspensión.

Además de esta facultad discrecional que la legislación de menores concede al director del centro, tampoco se articula en el Reglamento mecanismos legales para que el menor afectado o sus familiares, pueden formular queja contra la decisión adoptada, salvo el control a posterior de la misma que realice el Juez de Menores.[1135] Esta manera de regular el contenido de las visitas se compadece mal con el mandato legal y constitucional de favorecer la comunicación familiar del menor con su familia. De ahí, que nuestro TC haya declarado reiteradamente que el derecho a la intimidad familiar es un derecho fundamental, manifestando que cuando el establecimiento penitenciario estime un acuerdo razonable acerca de llevar a cabo una decisión restrictiva de tal

[1134]De la citada STS 7206/2006 de 10 de Noviembre, se infiere una equiparación entre las penas de prisión y las medidas de prisión, al mantener que las relaciones de los menores internos con la administración de justicia, también se mueven dentro de las relaciones de especial sujeción. En realidad, la sentencia parece contradecirse en puntos ensenciales, pues por un lado justifica la especificidad del RM pero por otro equipara al menor al adulto, en sus relaciones con la administración penitenciaria.

[1135]Cfr. MONSERRAT GARCÍA DÍEZ Y CAMINO FERNÁNDEZ ARIAS, ob.cit. 2011, p. 43

derecho fundamental, debe hacer explicita, con claridad y precisión, la ponderación de los valores que ha efectuado.[1136] En todo caso, el TEDH también se ha pronunciado sobre el régimen de las comunicaciones y visitas, poniendo de manifiesto la importancia de la comunicación sobre el florecimiento de la vida familiar. Así en ST de 7 de Agosto de 1996 (Jansenismo V. Noruega) en su párrafo 52, no decía: "El disfrute por padre e hijo de su mutua compañía constituye un elemento fundamental de la vida familiar."[1137]

El régimen referido es de igual aplicación en lo que respecta a las comunicaciones telefónicas, cuyo artículo 42 del Reglamento permite que los menores puedan efectuar y recibir comunicaciones telefónicas con sus padres, representantes legales y familiares dentro del horario establecido en el centro, garantizándose un mínimo de dos llamadas semanales que los menores podrán efectuar con una duración de 10 minutos.[1138.] No obstante, el régimen penitenciario de adultos permite un máximo de 25 minutos semanales[1139], diferencia que resulta incomprensible dada la situación especial de los menores que se encuentra tutelados o bajo la patria potestad de sus padres. En todo caso, cuando la comunicación telefónica tiene lugar, el derecho a la intimidad de los menores internos puede verse afectado. En este aspecto, a diferencia de lo que ocurre en los centros penitenciarios de adultos, en numerosos centros de reformas, no existen salas especiales para llevar a cabo la comunicación telefónica con sus familiares, realizándose en la práctica en los despachos propios del personal educativo.[1140] En particular, el hecho de que se establezca tan estricto régimen de visitas y de manera especial un régimen de llamadas telefónicas sensiblemente inferior al

[1136]Vid. ST TC nº201/97, de 25 de Noviembre, (RTC 1997/201). También consultar STC 36/1982 RTC 1982/36, STC 314/1991, RTC 1991/314, STC 57/1994 RTC 1994/57, entre otras.
[1137]En el mismo sentido, ST de 16 de Septiembre de 1999 (Buscemi V. Italia). ST 27 de Abril de 2000 (K iT v. Finlandia).
[1138] Vid. Art. 42.2 del Reglamento de la Ley del Menor.
[1139] Vid. Art.47.4 del Reglamento Penitenciario.
[1140]Cfr. GARCÍA DÍEZ Y FERNÁNDEZ ARIAS.,ob.cit, p.43 " Entendemos que sería deseable la habilitación en los Centros de internamiento de dependencias adecuadas y específicamente destinadas a este fin, dotándose al menor de un espacio en el que se preserve su intimidad por ser este un Derecho constitucionalmente consagrado."

dispuesto para los adultos, no garantiza que el menor continúe formando parte de la sociedad, ni que de manera efectiva se tome como referencia la vida en libertad.[1141]

Por otro lado, en lo referente a la graduación de las sanciones, también se observan notables diferencias, con respecto al régimen de adultos. De hecho, no encontramos una criterio razonable acorde con los principios inspiradores del sistema penal de menores, por la que debe ser calificada de Falta muy Grave que un menor instigue en participar en motines, plantes o desordenes colectivos,[1142] frente a la calificación de Falta Grave que se regula en el régimen de penitenciario de adultos. De igual manera, también se califica como falta muy Grave, que el menor introduzca, posea o consuma en el centro drogas tóxicas, sustancias psicotrópicas estupefacientes o bebidas alcohólicas, a diferencia de su calificación como Falta grave, cuando es cometida por adultos[1143]. Además, si la seguridad y la convivencia constituyen el fundamento del régimen disciplinario del centro[1144] no se entiende la razón por la que igualmente se sancionan conductas realizadas por el menor fuera del mismo[1145]; sirva a estos fines la falta muy grave del artículo 62.b) del Reglamento[1146], o la falta leve del artículo 64.b).[1147]

[1141]Cfr. RÍOS MARTÍN, J.C, La protección de la víctima como coartada legal para el incremento punitivo, en La ley de responsabilidad penal del menor: situación actual.ob.cit, p. 387.
[1142]Vid. Art. 62.C, Reglamento de la Ley del Menor (1174/2004, de 30 de Junio), frente al artículo 19. C, del Reglamento Penitenciario (RD 1201/1981).
[1143]Vid. Art. 62.G, RLM, frente al artículo 109 del RP.
[1144]Vid. Art. 59.1 del RLORPM "El régimen disciplinario de los centros tendrá como finalidad contribuir a la *seguridad y convivencia ordenada en estos* y estimular el sentido de la responsabilidad y la capacidad de autocontrol de los menores internados"
[1145]Cfr. RÍOS MARTÍN, J.C., ob.cit, p.387. Es lógico dicho razonamiento, pues no se sabe en qué afecta a la seguridad y convivencia ordenada del centro, sin perjuicio de que de manera externa pudieran ser constitutivos de delito o falta o valorables desde el punto de vista de la resocialización, pero en ningún caso pueden ser contempladas desde una perspectiva disciplinaria.
[1146]Vid. Art. 62.b) del RLORPM: " Son faltas muy graves: Agredir, amenazar o coaccionar de forma grave fuera del centro a otro menor internado, o personal del centro o autoridad o agente de la autoridad, cuando el menor hubiera salido durante el internamiento."
[1147]Cfr. Art. 64.b) del RLORPM: "Faltar levemente el respeto, fuera del centro, a otro internado, o a personal del centro o autoridad o agente de la autoridad, cuando el menor hubiera salido del internamiento"

En lo atinente a la obtención de los permisos de salida, la sujeción al régimen penitenciario de Adultos también resulta más favorable. En efecto, el menor infractor en régimen de internamiento cerrado, únicamente tiene derecho a obtener 12 días de permiso de salida al año, frente a los 36 días aplicable a los adultos.,[1148] incluso se le pide que haya cumplido la tercera parte de la medida para disfrutar de tales beneficios, frente a la cuarta parte de cumplimiento requerida para los adultos.[1149] En los permisos extraordinarios también encontramos éste agravio comparativo, pues el máximo que puede obtener un menor por fallecimiento o enfermedad grave de un familiar es de 4 días,[1150] frente a los 7 de los adultos. En este hilo, se echa en falta que se hubiera explicitado el derecho del menor de poder acudir en queja ante el juez de Menores, en los supuestos de desacuerdo sobre el régimen de salidas contemplado en los artículos 25 y 26 del Reglamento,[1151] cuestión que no aparece contemplada ni en la Ley ni en su Reglamento.

Especial atención merece la suspensión del régimen de salidas durante el cumplimiento del internamiento en régimen semiabierto, para la realización de actividades fuera del centro, que desde nuestro punto de vista, nada tiene que ver, con el régimen disciplinario. Esta posibilidad aparece contemplada en el artículo 7.1 b)[1152] in fine de la LORPM y se encuentra condicionada a la evolución del menor en el cumplimiento del tratamiento, de tal modo que la suspensión de estas salidas, supone la transformación de la medida de internamiento en régimen semiabierto, por la de internamiento en régimen cerrado.[1153] Ante estas circunstancias, llama particularmente la atención,

[1148] Vid. Art. 45.7 del RLORPM, frente al artículo 154.1 del RP
[1149] Vid. Art. 45.7 del RM r frente al Artículo 47.4 del RP.
[1150] Vid. Art. 47.2 del Reglamento de la Ley del Menor
[1151] Cfr. RÍOS MARTÍN.,ob.cit, p. 387
[1152]Vid. Art. 7.1 C) de la LORPM "la realización de las actividades fuera del centro quedará condicionada a la evolución de la persona y al cumplimiento de los objetivos previstos en las mismas, pudiendo el Juez de Menores suspenderlas por tiempo determinado, acordando que todas las actividades se realicen dentro del centro".
[1153] En contra de esta posición, contra DOLZ-LAGO, M., ob.cit, para quien no puede valorarse esta facultad en el marco de la modificación de las medidas de los artículos 13 y 51 de la LORPM, ya que técnicamente no es una modificación o sustitución de medida. Esta facultad suspensiva de las salidas del menor del centro, también para el ocio, supone de facto un internamiento en régimen

que la suspensión de las salidas correspondiente a las actividades de la medida en régimen semiabierto, se imponen directamente por el juez de menores y no por el director del centro. Esta peculiaridad relativa al órgano legitimado para imponer la suspensión, destierra que trataremos con una sanción disciplinaria más, pues es necesario entrar en valoraciones correspondientes a la evolución del tratamiento del menor, y aquí cobra especial relevancia la figura del juez de menores. De esta manera, cualquier suspensión de salidas justificada por una evolución desfavorable de menor, que implique sustancialmente un cambio en la manera de cumplimiento, y por tanto de tratamiento, debería pasar por el procedimiento legalmente establecido para ello.

Nuestro TC se ha pronunciado con respecto al derecho a los permisos de salida, diciendo que si bien no tienen la categoría de derecho fundamental susceptible de amparo constitucional, cualquier restricción a los mismos no anclada en el tenor de la ley que límite las posibilidades resocializadoras que la misma ley abre, sino que se aparte de la finalidad propia que inspira la institución que analizamos, ha de ser tenida como irrazonable.[1154]Por su parte, tanto el CGPJ como el informe de la fiscalía General del Estado ambos de julio de 2002, señalan la necesidad de incorporar los permisos al régimen cerrado, estableciendo el límite máximo en 20 días de permiso al año.[1155]

2.4.2.-Centros Saturados y con síntomas de hacinamiento.

Uno de los efectos que produce la dejadez de la administración publica en torno a la

cerrado, con efectos similares a algunas sanciones disciplinarias, a la vista de la regulación de dichas sanciones previstas en el artículo 60. 3 c) y d) de la LORPM, y artículo 65.2 c) y d) y 3 c) y d) del RLORPM, que contempla la privación de los fines de semana o salidas con carácter recreativo como tales sanciones disciplinarias"

[1154] STC 75/1998, 88/1998.

[1155]Cfr. RÍOS MARTÍN, J.M., La protección de la víctima como coartada legal para el incremento punitivo. ob.cit,p. 379.

ejecución de las medidas de internamiento se encuentra desde el punto de vista material en las insuficientes condiciones que asolan a los centros de cumplimiento. La primera deficiencia estructural más llamativa es "la saturación"[1156] que han presentado algunos centros de reforma.[1157] Esta circunstancia ha sido denunciada por la propia FGE en distintas memorias, en las que se recogía que el cúmulo de menores internos en algunos de estos centros, ha dado muestras de prácticas penitenciarias parecidas al hacinamiento,[1158] al existir establecimientos donde dormían 4 0

[1156]Cfr. ORTÍZ GÓNZÁLEZ, A. L.,Análisis Legal y Reglamentario de las medidas privativas de libertad. Especial consideración a las condiciones de internamiento en centro Cerrado, según las actuaciones realizadas desde el defensor del pueblo. en "La ley de Responsabilidad Penal del Menor: Situación Actual". Consejo General del Poder Judicial. Cuadernos de derecho judicial. Madrid. 2005. Pag. 51. "En cuando a la insuficiencia de plazas en los centros de internamiento, desde el Defensor del Pueblo se ha iniciado dos investigaciones, una con la junta de Andalucía para conocer si eran ciertas las informaciones que hacían referencia a que los menores tenían que esperar un año para poder cumplir la medida de internamiento y otra con la comunidad autónoma de Canarias, donde el informe recibido desde la FGE confirmó que la lista de espera, para ingresar era de 35". Pero no solo el defensor del pueblo denunció esta situación, sino también los medios de comunicación pusieron de manifiesto esta circunstancia, por ejemplo, el Diario 20 minutos de Valencia, decía "Retrasos de seis meses para internar a menores por Delitos", o el Diario La opinión de Málaga, que refiere: "un menor con condena pueda esperar, también libre, más de seis meses mientras queda libre una plaza de internamiento en alguno de los centros". El diario El Mundo, por su parte, en 2004: "295 menores sin castigo. El Fiscal Jefe reveló ayer en la presentación de la memoria de 2003 que 295 menores no pudieron ser internados en centros por falta de plazas".

[1157]Vid. INFORME DEL DEFENSOR DEL PUEBLO ANDALUZ, 2014, p.277, donde se refiere que las escasas dimensiones del " centro de San Miguel" hace inviable que se pueda incrementar el número de menores internos, a pesar de que la provincia de Granada, como se pone de manifiesto en el propio informe, precisa de un mayor numero de plazas, atendiendo a la población menor de 18 años y a las medidas de internamiento impuestas por los Juzgado de Menores.

[1158]Vid. ORTÍZ GÓNZÁLEZ, A.L., ob.ult.cit, pp.41- 44.En estas páginas se describe las condiciones de muchos centros de internamiento de menores. Es de significación la existencia de centros con habitaciones en las que dormían 4 o 5 menores, existiendo colchones en el suelo y camas de campaña plegables y centros con habitaciones en las que dormía un solo menor, estando equipada esa habitación con ducha, lavabo e inodoro y con los últimos sistemas de seguridad en detección de incendios. Centros en los que algunas de la habitaciones a las 6 de la tarde tenían en su interior orinales llenos de orines y centros en los que las habitaciones individuales disponían de aire acondicionado y calefacción. Centros con paredes de las habitaciones repletas de posters y con pintadas de mal gusto, en donde los cristales de las ventanas habían sido sustituidos por cartones y centros en los que las habitaciones presentaban una limpieza impecable con todos los enseres de los menores en perfecto orden. Centros en los que los responsables ignoraban por completo las funciones que la ley atribuye al Defensor del Pueblo en cuanto a la entrada y supervisión de los mismos y centros en los que los directores facilitaron y pusieron a disposición del defensor del pueblo todas las dependencias y dieron facilidades para las entrevistas. Centros en los que la ropa de los menores se lavaba sin ningún mecanismo identificativo para saber después de lavada a que menor correspondía. Centros como los de Ceuta y Melilla.

5 menores en un sola habitación, con colchones en el suelo, y con camas de campaña plegables.[1159] La masificación[1160] de los centros de reformas, son contrarios a los fines preventivos especiales derivados de un tratamiento adecuado al que debe ser sometido el menor, que ademas puede afectar a la seguridad de los mismos.[1161] La permisividad de la Administración Pública en el mantenimiento de situaciones parecidas, incumple la Regla 30 de las adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidad en su resolución 45/113, de 14 de Diciembre de 1990 para la protección de los menores que se encuentran privados de libertad, e la que se dispone que: "El número de menores internados en centros cerrados deberá ser también suficiente pequeño a fin de que el tratamiento pueda tener carácter individual. Los centros de detención para menores deberán estar descentralizados y tener tamaño que facilite el acceso de las familias de los menores y sus contactos con ellos". De manera similar se pronunció el Comité de Ministros del Consejo de Europa en al Recomendación R (87) 20 de 17 de Septiembre de 1987, al declarar que debe evitarse el

[1159]Cfr. GARCÍA DÍEZ Y FERNÁNDEZ ARIAS.,ob.cit, p.36. " El artículo 30 del Reglamento de 2004, establece en su apartado a) el menor internado ocupará como norma general, una habitación individual. No obstante se admite la posibilidad de compartir dormitorios cuando estos reúnan las condiciones suficientes y adecuadas para preservar la intimidad. En todo caso, el menor dispondrá de un lugar adecuado para guardar sus pertenencias. Sin embargo en la práctica esto no es así, en concreto en los centros de internamiento de la Comunidad Autónoma de Canarias, se ha comprobado que en la mayor parte de los casos, las habitaciones son compartidas por menores, y únicamente en supuestos en que resulta especialmente aconsejable, bien por tratarse de menores con tratamiento psicológico o familiares específicos, o menores abstinentes de forma prolongada en el consumo de tóxicos, y con carácter excepcional, se constata el disfrute por estos de menores de habitaciones individuales. Se aprecia por tanto, en esta materia, una inversión del criterio reglamentariamente establecido". También Vid INFORME DEL DEFENSOR DEL PUEBLO ANDALUZ, 2014, ob.cit, p. 383 "Los datos comprobados en las visitas realizadas ponen de relieve que la norma general respecto al carácter individual de los dormitorios no se cumple, ya que sólo 13 % de los centros cuenta exclusivamente con habitaciones individuales".

[1160]Se han detectado casos de insuficiencia de plazas en algunas regiones, como es el caso de la Comunidad de Madrid, y también en los centros de detención puestos a disposición de la Audiencia Nacional para los delitos de terrorismo. Siendo cierto que otras regiones como Málaga, llegaron a estar 200 plazas para internamiento sin ocupar. Vid. García-Pérez, O., Sistema de sanciones Penales para menores, XV encuentro del Anuario de la Facultad de derecho de la UAM. 2010.

[1161]Uno de los aspectos afectantes a la seguridad de los menores en los centros, es la ausencia de medios de comunicación desde las habitaciones con los encargados de la seguridad o los educadores, con la finalidad de paliar alguna situación que requiriese la presencia de alguno de ellos. Así se recoge en el INFORME DEL DEFENSOR DEL PUEBLO ANDALUZ, 2014, ob.cit, p. 383.

internamiento "demasiado alejado y poco accesible."[1162] Con respecto a esta evitación marcada por el Consejo de Europa, cabe decir que lo que se pretende es poner freno al efecto colateral que produce la saturación de los centros, esto es, el traslado a lugares alejados del domicilio o residencia del menor[1163], o en ocasiones el uso de centros de reformas como centros de protección de menores[1164], con la correlativa convivencia entre personas que no han cometido delito alguno, con aquellos que se encuentran cumplimiento la medida de internamiento por la comisión de algún hecho delictivo.[1165] De manera gráfica lo expone el Defensor del Pueblo en su informe cuando refiriéndose a uno de estos centros sito en valencia, nos decía: "El centro actúa como auténtico cajón de sastre de las situaciones de riesgo más variadas. Conviven menores con problemas de comportamiento severo, deficiencia mental y niños de corta edad en situación de desamparo, lo que

[1162]Cfr. ORTÍZ GONZÁLEZ, A.L.,.ob.cit, p.49.

[1163]Cfr. ORTÍZ GONZÁLEZ, A. L.,ob.cit, p. 50. El artículo 35.1 c) del Reglamento, permite que por razones temporales de plena ocupación en los centros pueda un menor ser trasladado a otra Comunidad Autónoma mientras que se mantenga esa situación de plena ocupación. Para esta autor, sería deseable que esta prevención reglamentaria, no sirva para dejar sin efecto el contenido de los artículos 46.3 y 56.2 letra c) de la LORPM. Afirmando que la previsión que contiene el artículo 35 del Reglamento de poder trasladar a un menor a un centro de otra comunidad "por razones temporales de plena ocupación de sus centros o por otras causas" es contraria a lo dispuesto en los artículos 46, 55 y 56 de la LORPM, al introducir unos requisitos no previstos en la ley que permitirían el traslado de un menor, en clara contraposición con el interés del menor.

[1164]A este respecto, el Defensor del Pueblo denunció dos casos de estas características en los que se utilizaban los centros de reforma como centros de protección de menores. El primero de ellos consta en un informe fechado en 2002, donde se hace constar que en un centro de internamiento de menores sito en Albacete llegaron a ingresar a menores extranjeros indocumentados que no habían participado en la comisión de hechos delictivos alguno. Igualmente, tanto en la Comunidad Autónoma de Navarra como en la valenciana, se detectaron la existencia de centros de internamiento que no eran utilizados de manera idónea. Así, ante la inexistencia de centro de menores en la comunidad de Navarra, se utilizó para la custodia, el centro que se encuentra destinado al sistema de protección. Desde la FGE también ha llegado a confirmarse informaciones relacionadas con este tipo de prácticas. Vid, ORTÍZ GONZÁLEZ, A.L, p. 54.

[1165]Cfr .ORTÍZ GÓNZALEZ, A. L.,ob.cit, pp. 52 y 53 "Este tipo de internamiento contraviene los principios rectores que la administración debe de cumplir según lo dispuesto en el artículo 11 de la LO 1/1996, de Enero, de protección jurídica del menor. Esta situación suponía un trato discriminatorio hacía los menores extranjeros respecto de los inmigrantes que son internados en centros de internamiento de carácter no penitenciario durante la tramitación". También en la investigación del defensor del pueblo correspondiente a los años 2003 y 2004, se conoció que un centro de menores de Alicante internaban allí a menores que presentaban graves alteraciones de salud mental, lo que daba lugar a importantes incidentes y alteraciones del orden dentro.

dificulta cualquier proyecto educativo y lesiona los derechos de los menores."[1166]

2.4.3.- Condiciones no idóneas en los centros.

A través de los datos supervisados suministrados por el Defensor del Pueblo obrante en los distintos informes derivados de su supervisión directa, puede concluirse que numerosos establecimiento de cumplimiento, no se encuentran en condiciones idóneas para dotar de eficacia los programas educacionales. Baste indicar, que sobre un centro en Melilla y otro en las Islas Canarias, ésta institución se vio obligada a solicitar su cierre, por no reunir aquellos las condiciones necesarias mínimas para custodiar a menores.[1167]

Por otro lado, y por lo que respecta al uso y al estado de las habitaciones de los centros, el informe del defensor del pueblo referente al año 2011 fue bastante llamativo. Así, desde un punto de vista general, subraya la extremada diversidad y arbitrariedad de criterios que en la utilización de aquellas, en aras de la pretendida seguridad, se realizan por los centros. En el referido informe se recoge que en algunos de estos centros las habitaciones se encuentran muy descuidadas con un mobiliario escaso y con cuartos de baño sin puerta, para poder vigilar a través del ventanuco de la puerta de la habitación. Se refiere además, que la ventilación de las mismas suele ser mala porque poseen las ventanas restringidas y la falta de oxigeno e higiene resulta acuciante, contribuyendo todo ello crear una situación muy claustrofóbica.[1168] Además, describe, que en numerosos centros, las puertas de los dormitorios no se pueden abrir desde dentro[1169] careciendo además las

[1166]Vid. ORTÍZ GONZÁLEZ, A. L.,ob.cit, p.53. Citando los informes del Defensor del Pueblo, años 2003 y 2004.
[1167]Cfr ORTÍZ GÓNZALEZ, A. L.,ob.cit, p.44.

[1168]Cfr. INFORME DEL DEFENSOR DEL PUEBLO.2009., ob.cit. pp. 292, 293.
[1169]Cfr. INFORME DEL DEFENDOR PUEBLO.2009., ob.cit,p. 293, en San Juan Grande (Palencia), Casa Joven (Guadalajara), Els Castanyers (Barcelona), Baix Maestrat (Castellón) y en las primeras fases de la intervención, en nuestra señora de la Paz (Cuenca). En Baix de Maestrat, durante el día

habitaciones de interfonos con contacto directo con el educador. La relevancia que tiene el cierre de las puertas puede desembocar en ocasiones en consecuencias trágicas, como la que ocurrió en el caso de una menor ingresada en Tetuán (Madrid), centro en el que se cerraban las puertas blindadas de las habitaciones durante las horas de descanso nocturno.[1170]

2.4.4.-El Régimen Disciplinario.

El RLORPM diferencia entre régimen disciplinario y medios de contención[1171] aunque en el plano material son perfectamente confundibles, dado que ambos tienen en común el aspecto negativo de la aflictividad de sus consecuencias y su significado. Por lo que atendiendo a las singularidades de cada uno, es obligatorio realizar un somero análisis individualizado de estas posibilidades restrictivas, prestando dedicación en éste epígrafe a los pormenores del Régimen disciplinario. Antes de nada, debe subrayarse el merecimiento del régimen acogido por el

---

las puertas de seguridad permanecen abiertas y los menores tienen acceso libre a sus habitaciones y aulas compartidas; sin embargo por la noche se cierran hasta la mañana siguiente, sin que dispongan de interfonos en caso de urgencia, ni de mirillas en las puertas para vigilar el interior de las habitaciones.

[1170] Cfr. INFORME DEL DEFENSOR DEL PUEBLO, 2009."Estando la niña encerrada, sufrió un ataque de pánico y solicitó salir de la habitación y, al no ser escuchada, comenzó a dar patadas contra las puerta llena de rabia e impotencia. El resultado fue que la puerta se encasquillo, la niña presa del terror perdió los estribos y empezó a cortarse los brazos con la cuchilla de un sacapuntas, y al final intervinieron la policía y los bomberos, y se produjo un motín con diversas fugas del centro. La niña según testimonio y el de sus compañeros, fue brutalmente reducida por un agente, que tras retorcerla el brazo, le pisó el cuello, y la cabeza contra el suelo".

[1171]Es importante resaltar que el Régimen disciplinario no es aplicable a aquellos menores a los que se les haya impuesto una medida de internamiento terapéutico, como consecuencia de una anomalía o alteración psíquica o de una alteración en la percepción que impida comprender la ilicitud de los hechos o actuar conforme a dicha comprensión, *mientras se mantengan en tal estado*. Es evidente que corresponde al servicio de inspección visionar exactamente los expedientes para comprobar qué menores se encuentran en esa situación. Por otro lado, *mientras se mantenga en tal estado,* viene a suponer un portillo abierto susceptible de poder modificar la situación interna de estos menores simplemente por la emisión de informe de los facultativos, siendo conveniente que toda modificación afectante a la situación interna del menor, se lleve a cabo a través de resolución judicial.

Reglamento, a pesar del punto oscuro derivado de la inexistencia de una judicialización previa[1172] para la imposición de las sanciones de las que puede se objeto el menor, por muy graves que éstas sean, habida cuenta que el Reglamento articula al menos un mecanismo procedimental, que se inicia en su artículo 71 y que permite al menor recurrir la sanción- una vez impuesta-, ante el juez de menores.[1173]

No obstante, este procedimiento no está exento de críticas. En primer lugar, la previsión normativa referente al órgano que tiene encomendado la potestad disciplinaria contradice desde nuestro punto de vista los principios y garantías dispuestas en materia sancionadora, a nivel constitucional- arts. 9.3, 25.1, 25.2, 53, 81.1, 82.1 y 86.1, 117. 3 de la CE, en la LORPM su artículo

[1172]Entiendo que lo deseable para evitar que las sanciones se conviertan en medios de contención encubiertos y en decisiones internas arbitrarias, que con carácter previo se judicializaran, para no retrotraer hacia el espíritu del viejo sistema tutelar o de beneficencia, sin control Estatal previo a la imposición de la sanción disciplinaría. En este sentido, es imposible evitar hacer agravio comparativo con el régimen penitenciario de adultos; baste referir, que el Reglamento de la Ley Orgánica General Penitenciaria, admite para supuestos de gravedad en la sanción a imponer, la doctrina judicial. En efecto, su artículo 236.3, atribuye al Juez de Vigilancia Penitenciaria la aprobación de la sanción de aislamiento en celda por tiempo superior a 14 días, resultando para lo menores, que ni en la más grave de la sanciones como es la regulada en el artículo 65.2.a) relativa a la separación del grupo de tres a siete días, exista una referencia mínima al Ministerio Fiscal o a la Autoridad judicial, circunstancia ésta que desde nuestro punto de vista, no es tranquilizadora ante la gestión por fundaciones, asociaciones o entidades privadas, y por tanto sin una tutela previa de naturaleza estatal. También vid. BENITO LÓPEZ, R., Algunas cuestiones sobre el régimen disciplinario en los centros de internamiento de menores, RJUAM, nº 18. 2008. pp. 9-28,p. 21. Para quien, si se tiene en cuenta el artículo 60.7 de la LORPM y el artículo 81 RRPM , se permite que durante la sustanciación del recurso, la Entidad pública ejecutora de la medida puede adoptar decisiones precisas para restablecer el orden, hasta que el Auto sea firme, facultándole además para que adopte "la sanción de separación de grupo". Con esta regulación se traslada del ámbito penitenciario al ámbito de menores, la figura de la ejecución inmediata de sanciones impuestas por actos de indisciplina grave-art. 44.3 LOGP/art. 252.2 y 253.2 RP-, pero con menos garantías. Pues en el ámbito de adultos, la ejecución inmediata aunque medie recurso de la sanción, sólo se puede producir cuando el preso ha sido sancionado por una falta grave de los seis primeros apartados del art. 108 RP, contando con la posibilidad de interponer queja, de tramitación preferente, contra tal resolución de ejecución inmediata ante el juzgado de vigilancia penitenciaria, mientras que en el ámbito de menores observamos que la sanción de separación del grupo se puede adoptar en tanto se sustancia el recurso con independencia del tipo de falta sancionado.

[1173]Vid. Art. 78 del RM " las resoluciones sancionadoras podrán ser recurridas, antes del inicio del cumplimiento, ante el juez de menores, verbalmente en el mismo acto de la notificación o por escrito dentro del plazo de 24 Horas, por el propio interesado o por su letrado, actuándose de conformidad con el artículo 60.7 de la LORPM"

2, y en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones públicas, (LORJAP Y PAC) el artículo 127.2, que atribuye a la Administración Pública la potestad sancionadora. En efecto, el sistema ideado por la LORPM establece hasta dos delegaciones para configurar el régimen sancionador.[1174] Por un lado, se establece una remisión en blanco[1175] al Reglamento para la tipificación de las faltas disciplinarias, limitándose a establecer la clasificación de éstas, en muy graves, graves y leves. Por otro lado, el Reglamento a su vez, delega en las normas internas del centro[1176], para la tipificación de las conductas prohibidas.

La regulación del régimen disciplinario permite a la entidad pública la atribución por delegación del ejercicio de dicha potestad, y en defecto de ésta atribución, se atribuye tal facultad al director del centro.[1177] En la práctica, las CCAA delegan en entidades privadas la gestión de los

[1174]Estas delegaciones a través de Reglamento, contradicen el principio constitucionalmente consagrado en materia sancionadora, previsto en los artículos 25.1/81 de la CE.

[1175]El artículo 60.2 de la LORPM se estructura como una norma penal en blanco que delega en el Reglamento- artículo 61 a 64 RLORPM- la tipificación de las faltas. Esta regulación que permite por vía reglamentaria el establecimiento de sanciones disciplinarias, atenta contra el principio de legalidad y de reserva de ley que dudosamente encontrará justificación en el Estado de Derecho, Vid. TÉLLEZ AGUILERA, A., Seguridad y disciplina penitenciaria, Edit. Edisofer, Madrid, 1998, p. 33, pues se restringe derechos a los menores a través del régimen disciplinario intramuros. En contra GONZÁLEZ CANO, Mº. I., La ejecución de la pena privativa de libertad. Titant lo Blanch. Valencia. 1994, p. 283, para quien al no existir en las medidas disciplinaria penitenciarias, sanciones de privación de libertad añadidas a la propia condena, no cabe sino considerarlas circunstancias secundarias, justificando la capacidad administrativa para regularlas. Ahora bien, esta postura merece ser matizada, dado que tanto el Reglamento penitenciario de adultos como el régimen de menores, regulan manifestaciones de privación de libertad ambulatoria, como son la sanción de aislamiento en celda, que ase aplica a los mayores, y el aislamiento provisional o la separación del grupo, de aplicación a los menores.

[1176]Existe remisión a las normas de funcionamiento interno de los centros. Vid. Artículo 63. i) que tipifica como falta grave, introducir o poseer en el centro objetos o sustancias que estén prohibidas por la normativa de funcionamiento interno distintas de las contempladas en los párrafos g) y h) del artículo anterior. También el artículo 63.k) castiga "consumir en el centro sustancias que estén prohibidas por las normas de funcionamiento interno, distintas de las previstas en el párrafo g) del artículo anterior.

[1177]Vid. Art. 60.1 del RM "El ejercicio de la potestad disciplinaria en los centros propios y colaboradores, regulada en este reglamento, corresponderá a quien la tenga expresamente atribuida por la entidad pública. En defecto de esta atribución, el ejercicio de la potestad disciplinaria corresponderá al director del centro"

centros de cumplimiento de los menores infractores[1178], que al no estar investidas de poder público alguno, provoca una vulneración del principio de legalidad[1179] y de la garantía jurisdiccional, en el bien entendido, que nos encontramos ante el cumplimiento por un menor de una medida que conlleva privación de libertad.[1180] En todo caso, la certeza de la norma sancionadora, también decae, pues no se especifica por el Reglamento, qué cualidades debe reunir la persona física o jurídica que con carácter previo a la producción del hecho[1181] va a imponer la sanción.

Por otro lado, la regulación del régimen disciplinario habilita para confundir pedagogía con derecho punitivo. De hecho, los incumplimientos de los deberes podrán ser objeto de corrección educativa siempre que no tengan como fundamento la seguridad y el buen orden del centro.[1182] No obstante, entendiendo que el Reglamento pretender diferenciar "la corrección educativa" de " la sanción disciplinaria" atendiendo al fundamento de cada una, las dificultades de distinción en el plano real son ciertamente difíciles, pues a la sanción disciplinaria no sólo se le atribuye la finalidad de contribuir a la seguridad y convivencia ordenada, sino también y al igual que a la corrección educativa, se le atribuye la finalidad de educar[1183], dado que el artículo 59 de la LORPM, reconoce que mediante la sanción disciplinaria se pretende estimular el sentido de la responsabilidad y la capacidad de autocrontrol de los menores internados.

[1178] Cfr. BENITO LÓPEZ, R., ob.cit, p. 19

[1179]Si acudimos al artículo 127 LRJAP Y PAC, (Ley 30/92) observamos que se atribuye a la Administración la potestad sancionadora y no a entidades públicas.

[1180]Cfr. BENITO LÓPEZ, R., ob.cit, p. 19.

[1181]Vid. GARCÍA DÍEZ Y FERNÁNDEZ ARIAS., ob.cit, p. 50. Estos autores entienden que es una cuestión espinosa el ejercicio de esta potestad por entidades privadas sin ánimo de lucro a quien en virtud de convenios de colaboración se le hubiese encomendado la ejecución de las medidas de internamiento.

[1182]Vid. Artículo 30.2 del RM " Los incumplimiento de los deberes podrán ser objeto de corrección educativa siempre que no tengan como fundamento la seguridad y buen orden del centro. En este caso, si la conducta también fuese constitutiva de una infracción disciplinaria por atentar a la seguridad y al buen orden del centro, podrá ser objeto de la correspondiente sanción, que en ningún caso podrá extenderse al fundamento o motivo de la corrección educativa"

[1183]Cfr. BENITO LOPEZ,R., ob.cit, p. 21,

En este ámbito de confusión, los menores suelen quejarse de que en los centros de internamiento se les sancionan sin escuchar sus argumentos, sin atender a sus razones y se les encierra sin hablar con ellos.[1184] De ahí, que en numerosos casos, el tratamiento utilizado para la corrección de conductas contrarias al reglamento se ciña a la aplicación de sanciones, recibiendo prácticamente la misma consideración todos los comportamientos de los infractores, sin que se profundice demasiado en las causas de la infracción.[1185.] Por otro lado, la aludida expresión "corrección educativa" recuerda a tiempos referidos al sistema tutelar. En particular, el artículo 30.g) del RLOPM constituye una reminiscencia de aquél sistema pues faculta al encargado del cumplimiento de la medida de internamiento- que puede ser un ente privado- para que según su criterio, se apliquen medidas correctoras sobre el menor, sin las debidas garantías relativas al principio de legalidad y al control judicial de las mimas.[1186]

Otras de las cuestiones a resaltar sobre la regulación del Reglamento, es la existencia de una gran diversidad interpretadora sobre los mismos hechos cometidos por menores, circunstancia que atenta contra el principio de seguridad jurídica. Así, en las CCAA pluriprovinciales donde existen diferentes centros de internamiento sometido a diferentes jurisdicciones, ocurre con frecuencia que el establecimiento de una respuesta sancionadora es distinta ante hechos análogos y ante menores en idénticas circunstancias, debido a que en vía de recurso, los informes de las distintas fiscalías aplican criterios diferenciados. Sería deseable la promoción de una unidad de criterio por parte de las Fiscalías, para la imposición de sanciones ante hechos similares, dado lo pernicioso de la

[1184]Vid. INFORME DEL DEFENSOR DEL PUEBLO, 2009., ob.cit, p. 22. "Y no es de extrañar que se den estas circunstancias, si en algún centro, hacen pública la advertencia como requisito para acceder a una fase más avanzada del proyecto educativo, el cumplimiento del siguiente objetivo:*"No poner en tela de juicio las observaciones de los. No poner en tela de juicio las observaciones de los educadores, y aceptarlas sin protestar aunque no se esté de acuerdo con ellas"*. Se trata del centro "Picón del Jarama", gestionado por la Fundación internacional O' Belén, esta referencia puede encontrarse en Informe del Defensor del Pueblo , 2009., ob.cit, p. 25.
[1185] Cfr. INFORME DEL DEFENSOR DEL PUEBLO, 2009., ob.cit, p. 21
[1186] Vid. BENITO LÓPEZ, R., ob.cit, p.21

existencia de distintos reproches ante el mismo hecho.[1187] Del mismo modo, en el plano de la calificación, también se producen injustas consecuencias. Téngase presente que la diferenciación entre falta muy grave, grave y leve, en alguna de ellas se encuentra en elementos de difícil concreción a través del uso de expresiones como " de forma grave" o " de manera leve."[1188]

Estos criterios no son seguidos por todos los centros de internamiento, ni por quien desempeña funciones instructoras o resolutivas del procedimiento, ya que la experiencia demuestra la imputación de faltas muy graves cuando no concurren los presupuestos, pudiendo ser subsumidos en la clasificación de faltas graves, suponiendo por tanto una indebida clasificación de la falta. Parece por tanto, que los centros no acreditan debidamente estos extremos, ni siquiera con el aporte de un simple parte de lesiones.[1189] Por último, el atropello más evidente que realiza el Reglamento en la regulación del régimen disciplinario se encuentra en el derecho de defensa y en la asistencia letrada. Así, la asistencia jurídica en los procesos sancionadores en los que se encuentran incursos los menores, aparece recogido en el artículo 72.2 b) del Reglamento de la LORPM[1190] que permite la posibilidad de que un letrado asesore al menor en la redacción de un pliego de descargo y ser asistido por personal del centro o por cualquier otra persona. Es evidente por tanto, que al recoger la norma expresamente esta posibilidad para el menor, esta reconociendo el derecho a tal asistencia,

[1187]Vid. GARCÍA DÍEZ Y FERNÁNDEZ ARIAS., ob.cit, p. 49

[1188]Vid. BENITO LÓPEZ, R., ob.cit, p. 16." En las faltas observamos que adolecen de concreción y taxatividad, al hacer uso en su redacción de expresiones indeterminadas como "elevada cuantía" o " de extrema gravedad" " faltar gravemente" o "levemente el respeto" (…) y en función de las cuales se calificará la falta como muy grave, grave o leve."

[1189]Vid. GARCIA DÍEZ Y FERNÁNDEZ ARIAS.,ob.cit, p. 51. "Estos criterios no son seguidos por todos los centros de internamiento, ni por quien desempeña funciones instructoras o resolutivas del procedimiento ya que la experiencia demuestra la imputación de faltas muy graves cuando no concurren los presupuestos, pudiendo ser subsumidos en la clasificación de faltas graves, suponiendo por tanto una indebida clasificación de la falta". Parece por tanto, que los centros no acreditan debidamente estos extremos, ni siquiera con el aporte de un simple parte de lesiones.

[1190]Dispone el artículo 72. 2 b) del RM " la posibilidad de que un letrado le asesore en la redacción del pliego de descargos y ser asistido por personal del centro o por cualquier otra persona del propio centro"

que no podrá denegarse por el centro, a salvo se quiera vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva,[1191] algo que no suele ocurrir, aunque también es cierto que escasos menores la solicitan, lo que lleva a pensar si la no utilización es porque prescinden del mismo u obedece a un desconocimiento de este derecho. Entendemos que la información a los menores, precisa, constante y en lenguaje comprensible detalladamente incuestionable a la debida defensa que les asiste, puede contribuir a su uso, erradicando cualquier atisbo de indefensión.[1192]

En realidad, esta posibilidad real de la asistencia letrada,[1193] se encuentra en su grado mínimo y muy desdibujada, además de por lo expuesto anteriormente, por el breve plazo de 24 horas[1194], que se otorga para formular alegaciones o interponer el correspondiente recurso ante el juzgado de menores, en claro contraste con los tres días hábiles otorgados por el Reglamento penitenciario de adultos, en el que además, se incluye la práctica del asesoramiento letrado[1195]

[1191]Siguiendo la STC 104/2003, si la actuación de pasividad o silencio de la Administración ante una solicitud de este tipo supusiese la privación definitiva de la oportunidad de recibir una asistencia necesaria y eficaz para la preparación de la defensa, se estaría vulnerando el derecho a la Tutela Judicial Efectiva.

[1192]Cfr. GARCÍA DÍEZ Y FERNÁNDEZ ARIAS.,ob.cit, p. 55.

[1193]El TC se ha referido en ST como la 128/1996, (y demás citadas en ella), que tanto el procedimiento penal como el administrativo sancionador son ejercicio de la potestad punitiva del Estado y que tratándose de sanciones disciplinarias impuestas a los internos, este conjunto de garantías se aplica con especial rigor, al considerar que la sanción supone una grave limitación a la ya restringida libertad inherente al cumplimiento de una pena.

[1194]La jurisprudencia del Tribunal Constitucional reconoce la supremacía del derecho a la asistencia letrada por encima de los plazos para imponer: Pliego de descargos, por lo que dicho plazo deberá interrumpirse para hacer posible dicho ejercicio de derecho a la asistencia letrada (STC 2/1987, FJ nº 6), en el mismo sentido FERNÁNDEZ BARRAGAN, MARÍA LUISA., La medida de internamiento de régimen cerrado de los menores infractores: recursos contra las infracciones disciplinarias, en Anuario de Justicia de Menores. Editorial astigi. 2011, p.196. "Como vemos, en una misma situación se concede un plazo para recurrir mucho más amplio a los adultos. En comparación, en menores todo es más inmediato, lo que podía producir indefensión. Por el mero hecho de ser menor tendrían que gozar al menos del mismo periodo para, por ejemplo, consultar dudas con su letrado. Si nos basamos en el principio de Igualdad, art.14 CE, el tratamiento debería ser igualitario pero, es que se habría de ir más allá, ya que estamos ante una igualdad de base, imposible de corregir por su origen".

[1195]Cfr. RÍOS MARTÍN, J.C.,ult. ob.cit, p.365." El artículo 60.7 de la LORPM prevé la posibilidad de que el letrado del menor presente recurso ante el juzgado de menores, pero el Reglamento no articula el procedimiento para hacerlo posible, dado que simplemente menciona (76.2 RM) la notificación "en su caso, al letrado del menor", sin que se sepa muy bien, que significa "en su caso".

Además, la norma impugnada no prevé la notificación[1196] de la iniciación del expediente sancionador al letrado del menor, omisión que incumple en esta materia, la abundante y reiterada jurisprudencia existente de nuestro Tribunal Constitucional.[1197]

Por último, la justificación del régimen disciplinario a través de la consideración de la existencia de una relación de especial sujeción, en la que el principio de legalidad pierde parte de su fundamentación material,[1198] debe ser objeto de críticas, sobre todo en el ámbito de los menores sometidos a internamiento, pues el interés del menor y las garantías al respeto de los derechos fundamentales, no encajan con el establecimiento de restricciones de estos derechos sin reserva de ley.[1199] En nuestra opinión, la teorización de "la relación de especial sujeción" constituye una ficción jurídica, que permite al Estado de Derecho desentenderse de los pormenores relacionados con la vida intramuros, y que pueden desembocar en sanciones que privan de libertad a los afectados por aquellas relación, sin una habilitación en la ley, entendida como expresión de la voluntad general. En este sentido, no debe ser constitucionalmente admisible que aquella ficción pueda limitar las

[1196]Cfr. RÍOS MARTÍN, J.C., ult. ob.cit, p.367. "Igualmente, la notificación de la resolución sancionatoria al letrado del menor debe entenderse como preceptiva y en todo caso, no en unos casos sí, y en otros no (Art. 76.2 RM), máxime considerando que el RM no indica en qué casos debe realizar la entidad publica dicha comunicación. Si bien la jurisprudencia constitucional vigente señala que al día de hoy en los centros penitenciarios no existe derecho a asistencia letrada gratuita, ello no puede ser de aplicación al ámbito de los menores."

[1197]Cfr. STC 18/1981 y 81/2000: "No sólo la aplicabilidad a las sanciones administrativas de los principios sustantivos derivados del art.25.1 sino también (…) las garantías procedimentales insitas en el artículo 24 CE, no mediante una aplicación literal sino en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del precepto, y en la seguridad jurídica que garantiza el artículo 9 de la Constitución", si bien ha precisado como recoge RÍOS MARTÍN JC.,ob.cit, p.366, que no se trata de una aplicación literal, dadas las diferencias entre uno y otro orden justificador, sino "con el alcance que requiere la finalidad que justifica la previsión constitucional".

[1198]Vid. SSTC 74/1985, 2/1987, 190/1987 y 192/87.

[1199]Vid. MAPELLI CAFARELA, B., Las consecuencias jurídicas de la delito. 3 Edit, Civitas, Madrid, pp. 117 y 137, quien haciendo referencia "a la relación de especial sujeción" escribe: "La teoría de la relación especial de sujeción no puede sostenerse en la actualidad, no sólo porque en el Estado de Derecho no existen zonas ajenas al control jurídico, y mucho menos cuando se trata de privaciones de derechos fundamentales, sino porque la propia naturaleza de la ley orgánica de la ley penitenciaria actual la hace inadmisible".

garantías constitucionales establecidas al efecto, para la salvaguarda de los derechos fundamentales.[1200]

2.4.5.- Los Medios de Contención.

Determinar no ya la definición, porque ni siquiera la LORPM lo hace, sino la naturaleza jurídica de estos medios empleados para reprimir comportamientos violentos de los menores, es una tarea harto difícil, a salvo se empleen argumentos de naturaleza defensiva, incompatibles con todo ámbito de estructura educacional o correctiva[1201]. Si los azotes llegaron a cuestionarse en épocas pretéritas por considerar que el castigo corporal es humillante y deprimente, y no tonifica la voluntad, sino que por el contrario, la aniquila, pudiendo ocasionar, un estado permanente de temor, de pusilanimidad degradante para el individuo o por el contrario suscitar la rebeldía,[1202] el uso de los medios de contención, merecen un reproche similar, en cuanto atentan directamente contra la dignidad del menor, al pretender anular la resistencia de éste, privándolo de su libertad ambulatoria, incluso una vez torcida su voluntad rebelde.[1203]

En la práctica, estos medios se encuentran normalizados por las posibilidades inmediatas de ejecución y de su mantenimiento en el tiempo, ante la simple negativa del menor a un mandato u

[1200] En el mismo sentido, BENITO LÓPEZ, R., ob.cit,p. 14.

[1201] A esta conclusión se llega fácilmente si conjugados dos párrafos del artículo 55 del RLOPM regulador de "los medios de contención". El párrafo primero del artículo 55 dispone los motivos de empleo de los medios de contención, que son: a) Para evitar actos de violencia o lesiones de los menores a sí mismos o a otras personas, b) para impedir actos de fuga, c) Para impedir daños en las instalaciones del centro, d) ante la resistencia activa o pasiva a las instrucciones del personal del centro en el ejercicio legítimo del cargo. El párrafo segundo establece que los medios de contención que se podrán emplear, son: a) La contención física personal, b) las defensas de gomas, c) la sujeción mecánica, d) Aislamiento provisional.

[1202]Vid. PÉREZ VITORIA, O., ob.cit,p. 174. En la XII Sesión de la Asociación Internacional de protección a la infancia (París 1937), se recogió lo manifestado por FONTES: *les santions en education.*

[1203]El Reglamento no somete a plazo de duración, el uso de los medios de contención.

orden[1204], propiciando el recurso a su utilización, con cierta frecuencia.[1205] Su uso habitual constituye un hecho cierto.[1206] Los propios educadores han llegado a calificar que se aplica "la pedagogía de la mano dura" utilizándose incluso los incentivos para las visitas y comunicación con los familiares en sentido inverso, esto es, como "castigo", así como que las agresiones se disfrazan de "contenciones físicas."[1207]

Por lo que respecta a la legitimación para la práctica de los medios de contención, el Reglamento lo omite. Se abre un debate doctrinal sobre si el personal adecuado para llevar los mismos son los educadores o por el contrario los vigilantes de seguridad. Así, mientras que en

[1204]El reglamento de régimen interno de Isla Pedrosa (Cantabria), contempla en uno de los artículos en los que se subdivide, el uso de la fuerza, las defensas de goma, las esposas, y la inmovilización física, entre otros sistemas, ante "*la reiterada negativa a aceptar las indicaciones del personal de la unidad."*

[1205] Vid. INFORME DEL DEFENSOR DEL PUEBLO,2009, ob.cit. En Casa Rubió de Barcelona, las contenciones físicas o separación del grupo se practican diariamente de dos a tres veces al día, y las contenciones mecánicas, con una media de 3 o 4 veces por semana. En el clausurado centro Tetuan, los propios educadores denunciaron que el centro funcionaba como un autentico centro de contención.

[1206]Vid. INFORME DEL DEFENSOR DEL PUEBLO, 2009., ob.cit,p. 33, refiriéndose al Grupo de educadores del centro casa Joven Juan Carlos I, (Guadalajara). "Muchas de las intervenciones educativas no son adecuadas, llegando a constituir un maltrato psicológico y en ocasiones también físico, se abusa cotidianamente de la contención física y casi nunca se realiza de manera adecuada, poniendo habitualmente en riesgo grave físico al menor. Este debe ser el último recurso para evitar un mayor daño físico y psicológico al menor, y siempre deben realizarse de la manera menos dolorosa para éste. En cambio, en muchas ocasiones las contenciones se imponen como modo de imponer límites, de castigar o de demostrar una supuesta superioridad del educador que el menor habría puesto en duda. Esto provoca que en estas contenciones se haga daño a los menores de forma consciente y voluntaria- *casos de educadores de casi dos metros y más de cien kilos que contienen a un niño de 14 años, durante más de una hora inmovilizándola tres veces en el suelo, recién fregado con lejía sin que la conducta de la menor fuere un riesgo para sí misma, ni para los que la rodeaban*-, tras la contenciones ningún médico revisa el estado de los menores."

[1207] Vid. SANCHEZ DÍEZ, M; Centros de menores: Los Guantánamos salen a la luz, disponible en Internet www.soitu.es. Como recoge el artículo, precisamente fueron los educadores, quienes con sus quejas motivaron la inspección del defensor del pueblo a los centros de menores. Uno de éstos, que ejercía sus funciones en el centro La Jarosa (Madrid), llegó a afirmar que no soportaba como trataban a los chavales, diciendo que nada más llegar se encontró con ochos chavales con un estado de ansiedad horrible, porque llevaban una semana sin pisar el patio. En solo dos jornadas, pudo comprar la existencia de agresiones, maltratos, niños en celdas de aislamiento sin supervisión judicial e incluso medicación forzosa.

algunos centros entienden que es más adecuado que las contenciones no las realicen los educadores para conservar su rol, en otros, no se estimaba necesaria la existencia de vigilante de seguridad. En nuestra opinión, las contenciones estrictamente necesarias, deben ser realizadas por los propios educadores, por cuanto éstas, a pesar de ser aflictivas para el menor, su práctica por parte de los vigilantes de seguridad pueden generar una mayor carga negativa en su aplicación, a partir de su simbología; que si por el contrario, son realizadas por un educador, quien tiene encomendada como labor principal la misión de crear las condiciones ambientales para el desarrollo de la función educacional.

Uno de los medios de contención más significativo al que podemos hacer referencia, es el llamado "aislamiento provisional"[1208], que constituye una consecuencia aflictiva a la que puede llegarse por diferentes vías, prestándose a ser impuesta encubriendo la sanción "de separación del grupo"[1209], aunque sin las garantías propias del régimen disciplinario, que prevé un procedimiento sancionador y un control judicial a través de los recursos oportunos.

[1208]El artículo 55.2 del RM dispone: los medios de contención que se podrán emplear son: (…) d) Aislamiento provisional. Esta medida se encuentra proscrita por la Regla 67 de Beijing que prohíbe expresamente su uso así como cualquier otra que pueda poner en peligro la salud física o mental del menor.

[1209] La sanción de separación de grupo, plantea en primer lugar, como hemos señalado, un problema de adecuación a la legislación internacional, y en segundo lugar, al igual que en el ámbito penitenciario, un problema de legitimidad en cuanto al órgano que se encarga de su imposición. Cf. BENITO LÓPEZ, R., ob.cit, p. 22. "Si partimos del artículo 25.3 de la CE donde se prohíbe a la administración civil la imposición de sanciones que conlleva una limitación del derecho ambulatorio dentro del centro de internamiento y con ello una limitación de las actividades a desarrollar dentro del mismo, por ello debería ser el Juez del Menores el órgano competente para la imposición de dicha sanción y no la administración, quien a su vez delega en un organismo privado para la ejecución, viéndose con ello vulnerado una vez más el principio de legalidad y de garantía jurisdiccional". En el mismo sentido GARCÍA DÍEZ Y FERNÁNDEZ ARIAS.,ob.cit, p. 46. "Debe extremarse el celo a la hora de aplicar la medida de aislamiento provisional, por cuanto su uso en ningún caso debe de dar lugar a la aplicación encubierta de lo que en la práctica y por su similar contenido y forma de ejecución podría llegar a ser una sanción de separación en grupo, pero sin las garantías propias de esta última, cuya imposición requiere de la tramitación de un procedimiento disciplinario y un control judicial. El aislamiento provisional debe aplicarse cuando sea estrictamente necesario y debe cesar en el momento en que finalice la conducta que justificó su imposición".

Por lo que respecta al uso de las denominadas defensa de gomas, la legitimación de su uso por el Reglamento contradice la regla 65 de Beijing cuando afirma que: " en todo centro donde haya menores detenidos deberá prohibirse al personal usar y portar armas", dado que en el artículo 5.1 del Reglamento de Armas (RD 137/93, de 29 de Enero que desarrolla le ley 1/92) se define como arma *las defensas eléctricas, de goma, tonfas o similares,* resultando evidente que dicha regulación debe ser considerada nula de pleno derecho[1210]. Es más, el uso de los otros medios de *contención mecánica*[1211] contra los menores, también ha sido puesto en tela de juicio por la Abogacía del Estado.[1212]

Por otro lado, a pesar de que el Reglamento introduce un elemento temporal expresando: "por el tiempo estrictamente necesario", sin embargo, no indica en su regulación, elementos que permitan colegir que el tiempo estrictamente necesario ha pasado.[1213] Así, a salvo las medios de contención como la defensas de gomas, el resto de ellos consisten fundamentalmente en privar de libertad ambulatoria al afectado, pudiéndosele generar una situación permanente de carácter

[1210]Cfr. RÍOS MARTÍN J.C.,ob.cit,p. 377.

[1211]Vid. Conlosniñosnosejuega.Wordpress. La Asociación pro derecho Humanos de Andalucía, recogió unas 70 quejas realizadas por lo menores en los centros gestionados por las entidades *Diagrama, Ginso y Adis Medianos,* en las que denunciaban el uso de grilletes para atarles a los hierros de una cama sin colchón, a veces sin que pudieran ir al servicio durante horas. "El engrilletado" es una práctica denunciada en diferentes centros y comprobada cuando ya era demasiado tarde como *el caso de Philip García*, muerto en el centro Tinerfeño, Naviria- Ya referido- y valió una acusación criminal a cinco miembros de la empresa seguridad integral de Canarias y de una educadora de la empresa Ideo.

[1212]La Abogacía del Estado, en el informe preceptivo emitido que consta en el expediente administrativo como documento nº33, se recoge: " La comisión interautonómica propone que se supriman las referencias a los materiales de sujeción mecánica que pueden utilizarse para la contención de los internos. Debe señalarse a estos efectos que comparando esa redacción del proyecto con el artículo 72.1. del RGP resulta que el proyecto de Reglamento prevé que a los menores no se les puedan aplicar aerosoles ni sujeciones mecánica; lo que parece una atención a su menor edad que hace aconsejable mantener la redacción revista." En el mismo sentido RÍOS MARTÍN, J.C., ob.cit, p. 377.

[1213]Se echa de menos en la regulación de los medios de contención, expresiones que tiendan a buscar la objetividad del cese del uso de la fuerza, como "cuando el interno deponga su actitud agresiva" o " desaparezcan las causas que motivaron su aplicación".

restrictivo no sometida a plazo temporal[1214] ni sujeto a autorización judicial. Es decir, si el uso del medio de contención no se ha agotado con su ejercicio a pesar de que el menor haya cesado en su actitud, decayendo su necesidad, pero persistiendo su uso irremediablemente en el tiempo, sin que el menor conozca el momento de su cese, entonces, se estarían vulnerando derechos como el de la libertad ambulatoria, sin que los propósitos correctivos y educadores *a posteriori* sirvan de justificación, para mantener la medida.[1215] En todo caso, por último, no debemos soslayar, que la utilización de todo medio de contención ha de estar sometido a los principios generales que deben gobernar toda actuación que implique el uso de la fuerza, esto es, racionalidad, subsidiariedad, proporcionalidad y necesidad[1216].

En la práctica, se ha acreditado, que en muchos centros, los medios de contención no se

[1214]Vid. INFORME DEL DEFENSOR DEL PUEBLO, 2009., ob.cit, p. 358. El defensor del pueblo en el informe referido, hace constar que las medidas de aislamiento se prolongan mucho más allá del tiempo estrictamente necesario, para protege al menor y a otras personas, y que, en ocasiones, se encierra a los niños en cuchitriles sin condiciones mínimas de dignidad ni habitabilidad. Acerca de esta cuestión, de manera reciente el INFORME DEL DEFENSOR DEL PUEBLO ANDALUZ, 2014, p. 138, recoge las quejas de diferentes menores sobre la duración temporal de los medios de contención que se aplican. En concreto, los menores denuncian que les aplicaron la sujeción mecánica durante más de ocho horas, así como el aislamiento durante varios días. Estos hechos son reconocidos por el personal del centro, si bien no se muestran conformes con la duración temporal denunciada. En todo caso, el Defensor del Pueblo Andaluz, emitió la siguiente recomendación: "que se adopten medidas para garantizar la aplicación de la separación del grupo y contención mecánica en el centro " Tierras de Oria" se limite al tiempo absolutamente indispensable para la solución del incidente y restablecer la vida normalizada del centro."En nuestra opinión, tal recomendación efectúa una labor integradora de la norma reglamentaria, al establecer parámetros necesarios para interpretar su sentido, en relación con la duración de su aplicación.

[1215] En realidad, los propósitos correctivos y educadores parecen alejarse de este precepto del Reglamento, que en ningún momento observa la obligatoriedad de hacer ver en el menor, aunque sea en un momento posterior a la aplicación de la contención, y a través de los propios educadores del centro, *lo erróneo de su comportamiento y la necesidad de hacer comprender* que debe llevar en lo sucesivo una conducta correcta y adecuada.

[1216] Cfr. Estos principios se dejan ver en el artículo 55.3 y 4 del RM, copia íntegramente el artículo 72 del RP cuando nos dice: "(…)su uso será proporcional al fin pretendido, nunca supondrá una sanción encubierta, y sólo se aplicará cuando no exista otra manera menores gravosa para conseguir la finalidad perseguida y por el tiempo estrictamente necesario." Ahora bien, en el ámbito del régimen de menores, la observancia de tales principios debe exigirse de manera reforzada por las propias condiciones físicas y psíquicas del menor, en su cualidad de persona vulnerable.

ajustan a tales principios. En este sentido, la medida de aislamiento y contención física, no sólo se utiliza en los momentos puntuales de crisis en los que existe un riesgo a que el menor se dañe así mismo o a otras personas, sino que en muchos casos, se aplican como sanción ante ciertas conductas, en lugar de emplear otras medidas correctoras de carácter educativo.[1217]

2.4.6.-Las celdas de aislamiento.

Las celdas de aislamiento[1218] son el instrumento material en donde tiene lugar el cumplimiento de la sanción de separación del grupo o donde se ejecuta como medida de contención el llamado "aislamiento provisional". En cualquier caso, tanto en uno como en otro caso, constituye un medida restrictiva a la libertad ambulatoria que tiene lugar en unos habitáculos denominados "salas de aislamiento" "salas de agitación" " salas de reflexión" " sala de tiempo fuera" o " sala de espacios libres de estimulos"[1219] con los que cuentan más de la mitad de los centros de reforma visitados por el defensor del Pueblo en el año 2011.

[1217]Cfr. INFORME DEFENSOR DEL PUEBLO,2009., ob.cit, p. 358.

[1218]Vid.INFORME DEL DEFENSOR DEL PUEBLO ANDALUZ, 2014, ob.cit, p. 164. En los centros que disponen de este habitáculo, suele disponer de lo indispensable, esto es, de una cama, normalmente concebida para que no pueda ser desplazada ni dañada de algún modo. A veces se trata de un banco de obra, con un colchón atornillado al mismo. En un centro femenino de Cádiz, existía una habitación rotulada con el lema "aislamiento". Disponía de un banco de obra que hacía las veces de cama y sin ningún otro elemento salvo la puerta metálica de seguridad y una ventana anexa también reforzada con elementos de seguridad. Sin embargo, los encargados del centro indicaron que esta habitación nunca era utilizada, prefiriendo el uso de la zona de observación o la propia habitación del interno.

[1219]Vid. INFORME DEL DEFENSOR DEL PUEBLO ANDALUZ, 2014, ob.cit, p. 138. Este informe recoge la denuncia de los internos, consistente en que el aislamiento se lleva cabo en una sala especial, en la que permanecen inmovilizados en una silla, a salvo el tiempo para comer, y el que les permiten acudir al patio. Por la noche, se sustituye la silla por la cama. Tal y como dice el Defensor del Pueblo, permanecer inmóvil en una silla durante horas, e incuso días, puede constituir un castigo prohibido por el RM. Como consecuencia de ello, el Defensor del Pueblo emitió una recomendación que decía: " que se den instrucciones al centro para evitar durante la permanencia de los menores en el cuarto de aislamiento se les exija permanecer en una silla, añadiendo restricción de movimientos a la que ya de por sí limita la medida de internamiento".

Una de las cuestiones que se ha planteado en relación con el uso de estos habitaculos, es la afectación a la salud de los menores[1220]. El artículo 66 del RLOPM prevé para la sanción de separación del grupo[1221] que se dejará sin efecto en el momento que esta sanción "afecte a la salud física o mental". Sobre esta afectación a la salud de los menores, parece que es unánime la

[1220]Si observamos detenidamente el artículo 66.5 del RM se excluye de la sanción de separación del grupo, a las menores embarazadas, a las menores hasta que hayan transcurrido seis meses desde la finalización del embarazo, a las madres lactantes y a las que tengan hijos en su compañía. Sin embargo, el aislamiento provisional, como medio de contención regulado en el artículo 55. 4 del RM , excluye además a los menores enfermos convalecientes de enfermedades graves. Esta inclusión además de suponer un reconocimiento tácito la afectación denunciada, significa además, que las contenciones consistentes en aislamiento provisional pueden ser más gravosas para el menor que aquella.

[1221] En realidad, el problema reside en *el nominalismo encubridor* que emplea nuestra legislación para enmascarar la sanción de aislamiento en celda, utilizando eufemísticamente, la expresión separación del grupo. Como bien dice Ríos Martín"tratamos con un fraude de ley, tal y como lo ha definido la Jurisprudencia del Tribunal Supremo ST, Sala 1 de 21 de Diciembre de 2000) como sinónimo de daño o perjuicio conseguido mediante un medio o mecanismo utilizado a tal fin como subterfugio o ardid, con infracción de deberes jurídicos generales que se imponen a las personas. Son significativas a estos fines las palabras de Conde Pumpido, cuando refiriéndose precisamente al nominalismo encubridor subrayado, señala: "entendemos que el artículo 25.3 de la CE no otorga cobertura a esta clase de sanción para el supuesto de menores privados de libertad, por lo que la misma, a la que se acude de manera habitual en los centros de menores tendrá que ser efectivamente erradicada."

doctrina.[1222] En particular, las celdas de aislamiento[1223] crean un riesgo para la salud que se concreta básicamente en el daño psíquico que puede provocar la resignación forzosa de estar privado de libertad ambulatoria en un habitáculo cerrado que en multitud de ocasiones presenta condiciones tétricas, y que tiende a traducirse en una respuesta física del propio afectado, a través de autolesiones o autolisis.[1224] No obstante, esta afectación adquiere además igualmente una dimensión jurídica, al no haberse tenido en cuenta la especial vulnerabilidad inherente a la menor edad, lo que

[1222]Vid. GARCÍA VALDÉS, C., Medicina Psicosomática y patología carcelaria, Cuadernos de política-criminal nº12, Madrid. 1980. En el mismo sentido Vid. INFORME DEL DEFENSOR DE PUEBLO ANDALUZ, 2014, ob.cit, p.139. En este informe se recoge que en una de las visitas realizada a uno de los centros, se detectó- en contra del informe de la administración- que la sala de aislamiento, poseía una iluminación fluorescente que permanecía encendida durante toda la noche, afectando al derecho al descanso del menor. Los menores reconocieron el gran daño psicológico que les producía la iluminación, pues no podían conciliar el sueño durante toda la noche.. Curiosamente la justificación del centro se centraba en que la seguridad podía vigilar al menor durante la noche a los efectos de evitar la autolesión, (como se observa, este tipo de medida determinan un riesgo a este tipo de respuestas por el menor). A pesar de esta justificación, El Defensor del Pueblo Andaluz emitió una recomendación que decía: "que se dicten instrucciones al centro a fin de que se garantice el derecho al descanso de los menores sometidos a aislamiento, reduciendo la intensidad de la iluminación del cuarto durante el periodo de la noche lo suficiente como para conciliar este derecho con la necesidad de vigilancia del interno por parte del personal de seguridad".

[1223] Vid. INFORME ANUAL DEL DEFENSOR DEL PUEBLO RELATIVO AL MECANISMO PARA LA REPRESIÓN DE LA TORTURA, 2011, Disponible en Internet: www.defensordelpueblo.es. En relación con el centro de reforma de Albacete conocido como *Albaide* (Albacete) se hizo referencia al precitado informe en " el blog de denuncia y critica social dedicado a la defensa de los derechos de lo menores". En el blog, haciéndose eco del informe del defensor del pueblo se describe la habitación conocida como "Tarambuco" que se encuentra *semiescondida* y a la que se llega tras una sala de taquillas. Es significativo que en ella la iluminación natural llega a través de un tragaluz situado en el techo, donde también hay un tubo fluorescente. Carece de Ventilación exterior, la puerta de acceso es metálica con un ventanuco que permanece cerrado, todo lo cual da lugar a una mayor sensación claustrofóbica. Tiene lavabo e inodoro, pero sin embargo, el defensor del pueblo, observó que el agua esta cortada. Se destaca además la ausencia de interfonos o incluso timbres sonoros, de tal modo que los avisos urgentes que pudiere realizar el menor, son suplidos con posibles "golpes en la puerta", que por otro lado, no garantizan la asistencia de socorro de los vigilantes.

[1224] El riesgo de autolisis que propicia el sometimiento del menor a las celdas de aislamiento se ha constatado a partir de distintos sucesos. En Diciembre del año 2009, un menor Marroquí de 12 años, apareció ahorcado precisamente en una de esas celdas de aislamiento en el centro Picón de Jarama. Vid. Centros de menores: los guantánamos salen a la luz, en Soitu.es actualidad, ob.cit., Haciéndose eco del informe del defensor del pueblo. 2011. También a finales del mismo mes, otro chico de 17 años trató de quitarse la vida. Mas recientemente, un chico de 15 años de edad

se traduce, en que debería ser obligatorio que en lo centros existiese un médico con carácter permanente o al menos en completa disponibilidad[1225], algo que si recoge el Reglamento penitenciario de adultos cuando nos dice: "el médico del establecimiento vigilará diariamente al interno."[1226]

Por último, cabe recordar, que el uso de estas medidas contradice notoriamente las reglas de las naciones unidas para la protección de los menores privados de libertad, adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 45/113, de 14 de Diciembre de 1990, al disponer en su norma L.66, "Estarán estrictamente prohibidas todas las medidas disciplinarias que constituyan un trato cruel, inhumano y degrandante, incluido los castigos corporales, la reclusión en

---

apareció ahorcado en una celda de castigo, en el centro de menores *Albaide* de Albacete, y así se publicó, en "Boletín Tokata" el día 12 de Diciembre de 2013, donde se recoge una carta dirigida por la madre del menor fallecido *al Digital de la Comarca de Puerto llano*. La madre del menor, llega a manifestar: "No sabemos si mi hijo se suicidó –eso es lo que nos dicen– o si alguien acabó con su vida", dado que habló con él, con absoluta normalidad, hora y media antes de que los funcionarios del centro lo encontraran muerto. Concretamente se recoge en el Boletín: "Este Centro Regional de Menores Albaide, dependiente de la Consejería de Sanidad y Asuntos Sociales, ya fue investigado entre 2009 y 2011 por el Defensor del Pueblo de Castilla-La Mancha a raíz de las agresiones por parte del personal de seguridad sufridas por uno de los internos, que resultó con un traumatismo facial, unas agresiones que, según afirman desde la Consejería, no tienen "nada que ver" con este caso, "Ese tema ya se investigó y se clausuró una sala del centro de menores", afirman desde el gabinete de prensa de la Consejería, que asegura que E.G. estuvo sujeto a controles psicológicos y que desde la institución han colaborado en todo momento con el Juzgado que instruye el caso". Del mismo modo, otro chico fue encontrado muerto por ahorcamiento en el centro *Ilundain* de Pamplona, Vid. El informe "Muerte bajo custodia 2013", elaborado por el centro de documentación jurídica contra la Tortura.

[1225] Vid. Informe preceptivo del CGPJ sobre el proyecto de reforma de la LORPM, también en RÍOS MARTÍN, ult.ob.cit, p.376.

[1226]Vid. RÍOS MARTÍN, J.C., ob.cit, p. 376, El suicidio en la institución penitenciaria*,* Revista de Estudios penitenciarios nº247, Madrid. 1999. Ésta exigibilidad del reglamento penitenciario, entra en contraste con el reglamento de menores que simplemente establece: "que diariamente visitará al menor el médico o psicólogo", y que ha venido a abrir un nuevo portillo de criticas, en cuanto a la legitimación de tal alternancia que lleva a considerar que tanto uno como otro deberán informar sobre la salud física y mental del menor. Esta alternancia en el control de la salud física y/o psíquica de los menores sancionados a aislamiento vulnera las prescripciones de Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes cuando establece en que un nivel inadecuado de asistencia sanitaria puede conducir de hecho a situaciones que caigan dentro del ámbito del término inhumano y degradante.

celda oscura y las penas de aislamiento o de celda solitaria, así como cualquier otra sanción que pueda poner en peligro la salud física o psíquica del menor."[1227].

3.-BREVE REFERENCIA A LA EJECUCIÓN DE LAS MEDIDAS EN LA LORPM.

3.1.-Disfunciones en la aplicación de las Medidas de la LORPM.

La LORPM regula en su artículo 7 las diferentes medidas susceptibles de ser impuesta a los menores infractores, ordenadas según la restricción de derechos que imponen, siendo en la Exposición de Motivos de la ley donde se hace un descripción del contenido de cada una de las medidas contenidas en el artículo 9 del citado texto legal.[1228] Haciendo un somero análisis sobre la ejecución práctica de cada una de ellas, puede concluirse la existencia de dificultades de distinto orden para llevarlas a término. Sin ir más lejos y por lo que respecta a la medida de tratamiento ambulatorio[1229], ésta se regula de manera independiente de la medida de internamiento terapéutico y ambas representan las únicas consecuencias jurídicas de las que puede predicarse el carácter de verdaderas medidas de seguridad.[1230] La medida de tratamiento ambulatorio puede ejecutarse en servicios públicos o privados integrados en la comunidad o con profesionales cualificados en función de la problemática que presente el menor. En la práctica, la ejecución de esta medida suscita el problema de que las entidades públicas pretenden abordar su ejecución con los medios de la red de sanidad social, en particular con los centros de salud mental, que cuenta con una gran saturación[1231], existiendo graves dificultades para la periodicidad de las consultas.

[1227]Vid. Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 45/113, de 14 de Diciembre de 1990.

[1228]Cfr. LARRIONA SAN MARTÍN, M.B., ob.cit, p. 111

[1229]Vid. Punto 20 de la exposición de motivos de la LORPM, según el cual esta medida esta dirigida a aquellos menores que disponen de condiciones personales, familiares y sociales adecuada para seguir un programa terapéutico que les ayude a superar procesos adictivos o disfunciones de su psiquismo, pudiendo combinar diferentes tipo de asistencia médica y psicológica.

[1230]Vid. GÓMEZ RIVERO, Mª.C., Algunos aspectos de la Ley Orgánica 5/2000 de 12 de Enero, reguladora de la responsabilidad penal del menor, actualidad penal, núm.10, 200, p. 181

[1231] A título ejemplo, LARRINOA SAN MARTÍN, ob.cit, p.115., no dice que en el caso de la provincia de Bilbao, una especialista en salud mental infanto-juvenil tiene a su cargo 200 pacientes

Esta dificultad origina un problema grave por cuanto procesos disfuncionales de psiquismo que podrían ser superados por los menores con la atención y tratamiento adecuado, derivan en ocasiones hacia estados psíquicos de mayor gravedad (psicosis, etc.,) con la consiguiente afectación a nivel personal, familiar, social e incuso judicial por la reiteración de las conductas delictivas.[1232]

Otras de las medidas que pueden imponerse son: la asistencia a centro de día[1233], permanencia de fin de semana, libertad vigilada[1234], la convivencia con otra persona, familia o grupo educativo, las prestaciones en beneficio de la comunidad[1235], la realización de tareas socioeducativas, y la amonestación, que pueden ser clasificadas como medidas de naturaleza educativas[1236] puesto que en todas ellas existe un carácter primordial de intervención educativa. La prevención especial, es la principal finalidad de estas medidas, que se impondrán atendiendo de modo flexible a la edad, circunstancias familiares y sociales, la personalidad y el interés del menor.

Por lo que respecta a la medida de asistencia a centro de día, ésta se encuentra destinada a que el menor tenga un ambiente estructurado durante gran parte del día, y realice durante el mismo actividades socioeducativas y se compensen las carencias familiares de aquel, residiendo en su domicilio o centro de protección. No obstante, en la práctica existe una gran carencia de centros de día donde cumplir las medidas judiciales y cuando existen, de manera frecuente, no cuentan con

---

en régimen ambulatorio con lo que resulta evidente que la periodicidad de las consultas no puede hacerse con la frecuencia adecuada para el abordaje del trastorno padecido por el menor y se acude a la prescripción de un tratamiento, fundamentalmente farmacológico, para el mismo.

[1232] Cfr. LARRIONA SAN MARTÍN, M.B., ob.cit, p. 115.

[1233] Vid. Art. 17 del RLOPM.
[1234] Vid. Art. 18 del RLOPM
[1235] Vid. Art.20 del RM
[1236] Cfr. VÁZQUEZ GÓNZALEZ, C., ob.cit, p. 303

suficientes recursos como para abordar las necesidades educativas, formativas, laborales o de ocio que requiere el menor al que ha sido impuesta la medida judicial.[1237] Estas carencias dan lugar en muchos supuestos a la adopción de otras medidas como la convivencia con otra persona, familia o grupo educativo. Por tal razón, el menor sometido a esta medida continua residiendo en su hogar y con sus progenitores, con otros miembros de su familia, o en establecimiento de acogida, dependiendo de las circunstancias concurrente y del propio interés del menor.[1238] Actualmente, también se le ha criticado su falta de valor educativo permaneciendo aislado, lo que además implica la separación del menor de su medio natural y social. [1239]

Por otro lado, y por lo que respecta a la medida de convivencia educativa[1240], se parte del presupuesto de que han de existir personas, familias o grupos que acepten la convivencia y que estén en pleno ejercicio de sus derechos civiles, sin estar incursas en las causas de inhabilidad establecidas para los tutores en el código civil, dado que esta medida atribuye las obligaciones propias de la guarda, conservando el menor el derecho a relacionarse con su familia, salvo prohibición judicial expresa.[1241] Se trata de una medida típicamente anglosajona, recomendada por el congreso penitenciario de Londres en 1925, refiriéndose también a ella, las Reglas de Beijing y la CDN. En esta medida destaca, que la intervención educativa no sólo ha de tener su objetivo en el propio menor, sino también deben tenerse presentes en el seguimiento a los dos grupos familiares-

[1237]Cfr. LARRIONOA SAN MATÍN, M.B., ob.cit, p. 117.

[1238]Cfr. GÓMEZ HIDALGO, J.I., Estudios de las medidas establecidas en la Ley Orgánica de responsabilidad penal del menor, p.78. Disponible en Internet: www.icace.org>pdf,p.75.

[1239]Cfr. GÓMEZ HIDALGO, J.I., ob.cit, p.78. Disponible en Internet: www.icace.org>pdf, "quizás por eso la ley prevé la posibilidad de acompañamiento de tareas socio-educativas a la permanencia de fin de semana, de suerte que ahora se combinan elementos de arresto, de las prestaciones en beneficio de la comunidad y de la medida socio-educativas, no ignorándose las exigencias preventivo especiales, y evitándose que la permanencia quede reducida a simple aislamiento"

[1240]Vid. Art.19 del RLOPM y punto 22 de la Exposición de Motivos de la LORPM. Según la exposición de motivos ésta medida trata de proporcionar al menor un ámbiente de socialización positivo y consiste en que el menor conviva durante un periodo establecido con una persona, familia distinta a la suya o con un grupo educativo a fin de adquirir pautas socio-afectivas y pro-sociales.

[1241]Vid. LARRIONOA SAN MATÍN, M.B., ob.cit, p. 121.

el de origen y el de acogida-, pues su cumplimiento en ningún modo puede suponer una ruptura entre el menor y su propia familia a la que el menor debe volver tras el cumplimiento.[1242] Como en las anteriores, existen graves carencias de recursos, pues se aprecia la falta de familias o incluso de personas individuales que se presten a realizar la convivencia[1243]. El derecho anglosajón en cambio, trata de paliar estas dificultades otorgando ayudas económicas a las familias para sufragar los gastos generados por el menor, e incluso por su trabajo.

En lo referente a la medida de trabajos en beneficio de la comunidad[1244], esta tiene su origen en la LO 4/92 bajo la denominación "prestación de servicios en beneficio de la comunidad" curiosamente antes que el código penal de 1995 contemplase la novedosa sanción de los denominados TBC, o trabajos en beneficio de la comunidad. La extensión de esta medida, se fijará por el juez en la Sentencia, y consistirá en un número de horas de trabajo;[1245] quizás el mayor problema que plante sea que en la práctica los menores, en muchos casos, carecen de habilidades

[1242]Cfr. GÓMEZ HIDALGO, J.I., ob.cit,p.86

[1243]Tal y como expone LARRINOA SAN MARTÍN, ob.cit, p.123, salvo excepciones, la familia para esta convivencia no ha de entenderse como la familia extensa por los conflictos que en ocasiones puede generar con la familia nuclear del menor, más aún en el caso de menores maltratadores.

[1244] Vid. Art .20 del LORPM.

[1245] Existe cierta discrepancia doctrinal en torno al número de horas que debe contener la medida. El artículo 9 de la LORPM fija para las faltas un máximo de 50 horas, y respecto de los delitos, el límite se encuentra en 100, aunque podrá alcanzar las 200 horas en los supuestos recogidos en la regla 4ª de citado precepto, que no señala una extensión mínima de duración de la medida, al contrario de lo que hace el código penal con respecto a la pena homónima. GÓMEZ RIVERO., ob.cit., considera que el tope de horas de trabajo es elevado, mostrándose a a favor de un máximo de 20 horas " periodo más que suficiente para el menor tome conciencia de su responsabilidad por la comisión de falta", postura contradicha por ABEL SOUTO, M., Las medidas del nuevo derecho penal juvenil (consideraciones en torno al artículo 7 de la Ley penal del menor, actualidad penal, versión digital, nº6 de 2002, p.90, para quien, "por una parte supone casi la mitad de la duración máxima prevista para los trabajos en el Código Penal cuando se trata de faltas; y por otro, guarda idéntica proporción con el tope absoluto de las prestaciones que la existente en el texto punitivo entre el límite máximo y mínimo de los trabajos en caso de delitos; finalmente es inferior o similar a la duración máxima que registra la LORPM para la permanencia de fin de semana ante la comisión de hechos calificados de falta".

básicas necesarias para desarrollar la tarea impuesta.[1246]

Por lo que respecta a la medida de realización de tareas socioeducativas, ésta se dirige a ejecutar actividades específicas de contenido educativo.[1247] Se dice que la tendencia en muchos juzgados es la de disminuir su aplicación en favor de la medida de libertad vigilada, por la posibilidad de intervenir en un mayor número de facetas del menor, mediante el establecimiento de múltiples reglas de conducta.[1248] Algún autor a afirmado no existir diferencias sustanciales de esta medida con respecto a los trabajos en beneficio de la comunidad.[1249]

En lo que respecta a la medida de libertad vigilada[1250], se dice que está llamada a ser la reina de la jurisdicción de menores y está incluída en la mayoría de los sistemas judiciales de menores europeos, aunque con distintas acepciones y diferentes contenidos a como lo entendemos en nuestro país, que ya la reguló en 1948.[1251] A través de esta medida, el menor infractor está sometido durante el periodo establecido judicialmente a una vigilancia y supervisión a cargo del educador, con el fin de que adquiera habilidades, capacidades y actitudes necesarias para un correcto desarrollo personal y social, cumpliendo además las reglas de conducta que el juez pueda imponerle.[1252] Desde un punto de vista material, el deseo exhaustivo en la intervención, lleva a la imposición de distintas reglas de conducta que da lugar a que menores con una gran desestructuración personal, incumplan las obligaciones que se les ha impuesto, toda vez que resulta prácticamente imposible abordar a un

[1246]Cfr. LARRIONOA SAN MATÍN, M.B., ob.cit, p. 125.
[1247]Vid. Art. 21 del RLOPM.
[1248]Cfr. LARRIONOA SAN MATÍN, M.B., ob.cit, p. 126.
[1249]Vid. AGUIRRE ZAMORANO, P, ob.cit, p. 91
[1250]Vid. Art. 7. h) de la LORPM, y el Art.18 del RLORPM. La definición que realiza la Ley de la libertad vigilada lo es, a título no exhaustivo, por cuanto puede consistir la medida en cualquiera de los núm. 1 al 7, pero teniendo en cuenta que el nº7 deja la puerta abierta, a la imaginación del juez y del Ministerio Fiscal.
[1251]Vid. AGUIRRE ZAMORANO, P., ob.cit,p. 88
[1252]Vid. LARRINOA SAN MARTÍN., ob.cit,p. 119.

tiempo y con éxito, todas las facetas en las que se ha trabajar con dichos menores.[1253]

Una de las cuestiones claves gravita precisamente en torno a la la posibilidad de modificar la medida si el menor no cumple con el programa. En principio es el artículo 52 de la LORPM el que dispone que si se trata de un quebrantamiento de una medida no privativa de libertad se sustituirá por otra de la misma naturaleza. La FGE en la circular de 1/2000 se mostraba muy restrictiva con el uso de esta posibilidad, y por ello, se ha puesto de manifesto su posible inconstitucionalidad[1254]. En realidad, pasar de una medida de libertad vigilada a un internamiento semiabierto sin una nueva decisión judicial, atentaría contra el artículo 43 de la LORPM, que establece: "no podrá ejecutarse ninguna de las medidas establecidas en esta ley sino en virtud de Sentencia firme dictada de acuerdo con el procedimiento regulado en la misma. Más precisamente, hay supuestos en que se plantea un problema práctico, la imposibilidad de sustituir la medida de libertad vigilada impuesta por una falta, por un internamiento semiabierto, ya que la legislación impide esta posibilidad de entrada y, también como sustitución.[1255]

Por último en relación con la Amonestación,[1256] se trata de una medida de ejecución

[1253]Además debe resaltarse los problemas que se suscitan cuando se impone al menor la regla de conducta de residir en un centro de protección, tratándose de menores en situación de desprotección familiar o con problemas de convivencia en la misma. Y ello, porque al filosofía que impera en el ámbito de protección y reforma es totalmente diferente, por lo que nos encontramos con actitudes o comportamientos del menor que en el ámbito de la reforma podrían ser asumibles para trabajar educativamente sobre los mismos, en el ámbito de protección resultan intolerables porque se afecta a la norma convivencia del resto de componentes del centro de protección. Ello resulta aún más patente en los Hogares Fundacionales donde residen niños de corta edad protegidos por la administración. Esto supone, que en los Juzgados de Menores se reciban informes de la entidad de protección y de reforma sobre el mismo menor que en ocasiones resultan bastantes dispares, presentándonos un incumplimiento del menor desde el ámbito de la protección que no es entendido así por los educadores de reforma encargados del control de la libertad vigilada impuesta al mismo. Vid. LARRIONOA SAN MARTÍN, ob.ci,p. 121.

[1254]Vid. BERNUZ BENEITEZ, Mª J., Educar y controlar: la intervención comunitaria en la Justicia de Menores, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, num. 11-12,p. 12:16.

[1255] Vid. BERNUZ BENEITEZ, Mª.J., ob.cit,p. 12:16.

[1256] Vid. Art. 7.1 I) de la LORPM

instantánea, de naturaleza admonitoria, consistente en la reprensión de la persona efectuada por el Juez de Menores, y dirigida a hacerle comprender la gravedad de los hechos cometidos y las consecuencias que los mismos han tenido o podrían haber tenido, instándole a no volver a cometer tales hechos en el futuro. La medida de amonestación puede ser calificada de consecuencia leve y viene a ser de hecho, la medida más leve de las que se puedan imponer, a pesar del criterio que establece el legislador y de su ubicación en el artículo 7, siendo muy aplicada en nuestro país. En mi opinión, dada la facilidad de su ejecución, puede hacerse un uso no adecuado de la misma en distintos momentos procesales, sin que nada obste después de la vista y antes del dictado de una Sentencia que vaya a imponer otra diferente, que el menor sufra una reprimenda por el juez a título de indicarle las consecuencias de su obrar, resultando por tanto, la imposición de diferentes sanciones o medidas por la comisión de un mismo hecho.

En relación con la medida de permanencia de fin de semana, se ha producido un cambio fundamental en cuanto a su legitimación para su imposición, a la luz de la reforma del código penal por la LO 1/15 como posteriormente veremos. Sin embargo, cabe mencionar con respecto a esta medida, que se han dectectado problemas de ejecución sobre todo por el control de la permanencia del menor en su domicilio. De hecho, los educadores que tienen que realizarlo, se ven con las dificultades propias de una familia o de un entorno hostil a dicho control, por lo que algunas veces han de llevarlo a cabo a través de teléfonos o móviles que en absoluto garantizan la presencia del menor en su domicilio.[1257] Esta medida vino a sustituir el "breve internamiento" contemplado en el texto refundido de 1948 y a la medida de la ley de 1992 que describía "el internamiento de uno a tres fin de semana", que habían sido criticados por la inseguridad jurídica que entrañaban, pues el primero no concretaba la duración máxima ni mínima del castigo y la segunda nada decía sobre la forma y el lugar de cumplimiento.[1258]

[1257]Cfr. LARRIONOA SAN MATÍN, M.B., ob.cit,p. 118.
[1258]Cfr. GÓMEZ HIDALGO., ob.cit,p. 78.

Por último debemos hacer referencia a los límites que del artículo 9 de la LORPM en relación con la discrecionalidad del juez a la hora de elegir una medida conforme al artículo 7.3. Como indica Gómez Rivero se echa en falta una previsión que recortase la posibilidad de imponer sanciones graves a otros supuestos que, si bien determinan la aplicación de la LORPM conforme a las previsiones de su artículo 1, merecen igualmente un menor contenido de desvalor; en concreto las formas de participación intentada, los actos de participación en el delito, así como los actos preparatorios punibles.[1259]

Para concluir, baste decir que a pesar de que la justicia de menores se encuentra dotada de instrumentos ciertamente flexibles en aras de dar cumplimiento a los principios resocializadores, la virtualidad práctica de las medidas en medio abierto caen en saco roto, sino se acompaña al sistema de recursos que persigan su efectividad y sobre todo sino existe una colaboración de la comunidad y de la ciudadanía en general, debiendo afianzarse, el valor ciertamente recuperable que tiene el menor infractor para la sociedad.

3.2.-La aplicación de las medidas contempladas en la LORPM a la Luz de la nueva reforma del Código Penal por LO 1/ 2015.

Como hemos venido denunciando a lo largo de este trabajo, el legislador quiere configurar el sistema penal de menores dentro del mismo marco que el sistema penal de adultos por lo que toda modificación del Código Penal, tal y como ha ocurrido con la última reforma propiciada por la LO 1/2015 de 30 de Marzo, tiene incidencia en la legislación penal de menores. Esta reforma, como

[1259]Cfr. GÓMEZ RIVERO, Mª.C., Una vuelta de tuerca de más: la LO 8/2006, modificadora de la LO 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, en tendencias de la justicia penal de menores. Anarte Borrallo, E (dir). VVAA. Iustel. 2010. Madrid, p. 110.

las anteriores, permite que el legislador ataque dos realidades materiales diferentes ofreciendo la misma consecuencia típica, aunque obviando, una gran oportunidad para arreglar disfunciones que padece el sistema, como por ejemplo, la que atañe a la interrupción de la prescripción.

En este epígrafe nos vamos a limitar a analizar la influencia de la reforma del código penal sobre las medidas de la LOPRM . Una de las novedades de la LO 1/2015 es que el legislador ha querido castigar los denominados delitos leves, -que sustituyen a algunas faltas- , en su mayoría con penas de multa, justificando tal proceder en la Exposición de motivos de la ley: "En general se recurre a la imposición de penas de multa, que se estiman más adecuadas para sancionar infracciones de escasa entidad, y además con un amplio margen de apreciación para que el juez o tribunal pueda valorar la gravedad de la conducta".

Pues bien, la incidencia de tal opción político-criminal, es que si el Código Penal no contempla para un tipo delictivo concreto una pena privativa de libertad, no cabra imponer al menor una medida de estas características. Así lo ha reiterado nuestro TC en el fundamento 7º de la STC Pleno 36/1991, de 14 de Febrero, (y en STC 61/1998 de 17 de Marzo, cuando se refiere a la imposibilidad de establecer medidas más graves o de una duración superior a la que corresponda por los mismos hechos como si de un adulto se tratase. En este sentido también el artículo 8.2 de la LORPM nos dice: "tampoco podrá exceder la duración de las medidas privativas de libertad contempladas en el artículo 7.1.a),b),d) y g)[1260] en ningún caso, del tiempo que hubiera durado la pena privativa de libertad que se le hubiera impuesto por el mismo hecho, si el sujeto, de haber sido mayor de edad, hubiera sido declarado responsable, de acuerdo con el código Penal".

[1260]Estos apartados se refieren a medidas que implican privación de libertad, como el Internamiento en régimen cerrado, semiabierto y abierto, internamiento terapéutico y permanencia de fin de semana.

En atención a esta regulación, y acudiendo al artículo 9.1 LORPM, estas medidas son de medio abierto, con la única excepción de la permanencia de hasta cuatro fines de semana, medida privativa de libertad y asimilable, por su naturaleza, a la localización permanente del Código Penal. De ahí que con respecto a las penas no privativas de libertad que prevé el código penal para los delitos leves, no existe disfunción alguna; ahora bien, el problema se centra con respecto a la medida de permanencia de fin de semana. Esta medida, ha sido influenciada hasta tal punto, que actualmente deja de tener virtualidad en el sistema penal de menores. No cabe la aplicación de una medida privativa de libertad como la permanencia de fin semana cuando los delitos leves contemplados en el Código Penal prevén una medida de idéntica naturaleza. Esta imposibilidad legal de aplicar medidas de permanencia de fin semana o internamiento se ha venido dando respecto a ciertas tipologías delictivas muy frecuentes en la jurisdicción de menores, como el delito de daños o el delito de hurto y robo de uso, tras la reforma por la LO 15/2003, sancionadas con penas no privativas de libertad. Curiosamente se daba la paradoja de que podía imponerse permanencia de fin de semana para las faltas correspondientes a estos tipos, 625 y 623.3 del CP, que contemplaban como penas, aparte de la multa, la de localización permanente.

Se concluye que desde la entrada en vigor de la LO 1/15, no cabrá la medida de permanencia de fin de semana (ni en domicilio ni en centro de reforma) para todas aquellas conductas que en su regulación anterior como falta eran castigadas con pena de localización permanente o multa, y que, ahora, como Delito Leve, sólo se castigan con Multa.[1261]

[1261] Vid. DICTAMEN 1/15 DE LA FISCALÍA GENERAL DE ESTADO, Sobre criterios de adaptación de la LORPM a la reforma del CP por la LO 1/15.

CAPÍTULO

CUARTO

LA DESMITIFICACIÓN DE LA FLEXIBILIDAD PUNITIVA EN LA EL SISTEMA IDEADO POR LA LO 5/2000, DE 12 ENERO DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL MENOR.

ASPECTOS PROCESALES

EL DERECHO PENAL DE MENORES COMO DERECHO PENAL MÍNIMO.

SEGUNDA PARTE.

1.1-Disfunciones en la LORPM en torno al derecho "al juez ordinario predeterminado en la ley".

El artículo 6.1 del Convenio Europeo para la Protección de los derechos Humanos y la Libertades Fundamentales, consagra el derecho al juez natural o al juez ordinario predeterminado en la ley, con las notas de independencia e imparcialidad.[1262] Del mismo modo, nuestro sistema interno a través del artículo 24.2 de la CE lo consigna dentro del conjunto de los derechos fundamentales de la persona en consonancia con el derecho un proceso con todas la garantías. Al respecto, nuestro TC en numerosas Sentencias, entiende que el derecho al juez ordinario predeterminado en la ley constituye una garantía jurisdiccional que forma parte de las garantías básicas del proceso, siendo la primera de ellas, hasta el extremo, que sin juez imparcial no hay proceso judicial.[1263]

Atendiendo a ésta trascendental importancia del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, de natural extensión a todo proceso judicial; cabe analizar si los mecanismos procesales contenidos en la LORPM se ajustan debidamente al invocado derecho fundamental, en tanto que los artículos 16.4, 28.2, 23.3, 26.1 y 3, 33 e) de la citada norma, parecen seriamente cuestionarlo, en vista de que legitiman un contacto previo del juez que ha de dictar sentencia con el material

[1262]Cfr. Art 6.1 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, reconoce que toda persona tiene derecho a que su causa sea conocida por un Tribunal independiente e imparcial. Del mismo modo, importa recordar también el sentido constitucional que tiene, en el proceso penal, la imparcialidad objetiva, única que aquí interesa. Tal sentido no es otro que el de asegurar que los Jueces y Magistrados que intervengan en la resolución de la causa se acerquen a la misma sin prevenciones ni prejuicios que en su ánimo pudieran quizás existir a raíz de una relación o contactos previos con el objeto del proceso, por haber sido instructores de la causa. (Vid. SSTC 145 Y 164/88, 11 y 106/89, 55 y 98/90, 138 y 151/91, 113 y 136/92).

[1263]Vid. Sentencia del TC 41/2005. Por otro lado, en aras de garantizar éste derecho fundamental, nuestro ordenamiento configura determinados mecanismos que pretenden dotarlo de efectividad. En éste sentido, la LOPJ regula la abstención y la recusación como soportes fundamentales del referido derecho. El art. 54.11 de la LECRIM regula como una posible causa de recusación "Haber participado en la instrucción de la causa penal".

probatorio, antes de la audiencia que de lugar a aquella.[1264]

Éste contacto por parte del Juez de Menores con el material referido, se produce en distintos momentos procesales y puede obedecer a diversos motivos. El primero que puede señalarse, deriva de la regulación de la responsabilidad civil. En efecto, desde el momento en que en la LORPM se permite que en el contexto de la pieza de responsabilidad civil, el juez pueda conocer el material probatorio ya actuado en la correspondiente fase de instrucción, así como incorporar del expediente principal a dicha pieza separada los testimonios de particulares y las actas de audiencia que considere relevante para la decisión, se están determinando soportes legales que habilitan a la contaminación del juez, quien no debe haber conocido ni participado de elementos fácticos derivados de la instrucción del proceso.

En idéntico sentido, la LORPM contempla la posibilidad de que "ante el juez de menores" se practiquen pruebas relevantes, cuyo resultado será objeto de valoración ulterior en la correspondiente Audiencia. Este aspecto procesal aparece contemplado en el artículo 33 e)[1265] que permite la práctica de las pruebas solicitadas por la defensa, a pesar de ser denegadas por el Ministerio Fiscal en la instrucción, siempre que las considere relevantes y que no puedan practicarse en el transcurso de una audiencia, para que se practiquen ante él[1266]. Una vez practicadas

[1264] Esta cuestión no es nueva. El Juzgado de Menores de Valencia núm.1, a través del expediente 6/2001, elevó cuestión de inconstitucionalidad sobre determinadas disposiciones de la LORPM por entenderla contraria a determinados derechos fundamentales, entre ellos al derecho al juez ordinario predeterminado en la ley. El TC en ST de 5 de Julio de 2012 (EDJ 2012/167217) entendió que tales preceptos estaban en conformidad con la Constitución Española.

[1265] Cfr Art. 33 e) de la LORPM "En los casos no previstos en el artículo anterior, a la vista de la petición del Ministerio Fiscal y de los escritos de alegaciones de las partes, el Juez adoptará alguna de las siguientes decisiones: e) practicar por sí las pruebas propuestas por las partes y que hubieran sido denegadas por el MF durante la instrucción, conforme a lo dispuesto en el artículo 26.1 de la presente ley, y que no puedan celebrarse en el transcurso de una audiencia, siempre que considere que son relevantes a los efectos del proceso. Una vez practicadas, dará traslado de los resultados al MF y a las partes personadas, antes de iniciar las sesiones de la audiencia"

[1266] Para MARTÍNEZ SÁNCHEZ, A., Instrucción del procedimiento: Reglas generales,Justicia de

deberán ser remitidas al Ministerio Fiscal y a las demás partes personadas, con carácter previo al inicio de las sesiones de la audiencia, propiciándose un contacto previo con el material sustentador del proceso, de todo punto incompatible, con la contaminación y con la imparcialidad predicable de los órganos jurisdiccionales.

Un aspecto que cobra especial relevancia en las posibilidades contaminadoras de la imparcialidad judicial, es el relativo a la práctica de determinadas diligencias de investigación, que por su afectación a los derechos fundamentales, deben ser autorizadas de manera exclusiva por el órgano jurisdiccional, en quien concurre la función de enjuiciar al menor investigado, cuyas diligencias necesarias a tal fin, fueron autorizadas por aquel. El propio artículo 23.3 de la LORPM así lo expresa cuando dice: "El Ministerio Fiscal no podrá practicar por sí mismo diligencias restrictivas de los derechos fundamentales, sino que habrá de solicitar del juzgado la práctica de las que sean precisas para el buen fin de la investigación. El juez de menores resolverá sobre esta petición mediante auto motivado. La práctica de tales diligencias se documentará en pieza separada". Como se observa, tal habilitación choca con los parámetros de imparcialidad predicablesen toda función jurisdiccional, constituyendo un considerable disfunción sobre la que planea la sombra de la inconstitucionalidad.

En todo caso, existe problema de fondo fácilmente reconocible, que parte de la aplicación supletoria de la LECRIM,[1267] y que permite trasladar a la LORPM, -caracterizada por la existencia

menores: una justicia mayor, comentarios a la ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores, VVAA, CGPJ, Madrid, 2000,p. 125, haciendo referencia a la imposibilidad de recurrir la resolución del Ministerio Fiscal sobre la denegación de las pruebas solicitadas por el letrado de la defensa, especifica, que el letrado podrá reproducir la petición ante el Juez de Menores, cuestión que puede plantear serios problemas de contaminación del " juez imparcial" al poder practicar diligencias propias de la instrucción.

[1267] La Disposición Final primera de la LORPM declara derecho supletorio a la LECRIM, en particular lo dispuesto en los trámites de Procedimiento Abreviad, regulado en el Título III del Libro IV de la misma. Como acertadamente expone DOLZ-LAGO, M, J., Algunas consideraciones sobre la entrada y registro e intervenciones postales, telegráficas y telefónicas, en el proceso penal

de un Fiscal instructor del procedimiento- una regulación que parte del principio acusatorio mixto, por el que un órgano jurisdiccional asume la función instructora, y por tanto, todas diligencias de investigación necesarias para el esclarecimiento de los hechos que puedan se acordadas conforme a derecho, y otro, la de conocer y enjuiciar el material fáctico recabado durante la fase de instrucción. La disfunciones que origina toda esta regulación se traduce en la posible recusación del juez de menores, órgano jurisdiccional único, y a quien le corresponde no sólo la práctica material de tales diligencias de investigación, como puede ser, la intervención telefónica del menor u otras que estime necesaria, sino también, la de ser quien debe juzgarlo e imponer la medida. En este sentido, atendiendo a la supletoriedad mencionada, podría resultar de aplicación el artículo de 54.11 de LECRIM en el que se predetermina como motivo de recusación: "Haber sido instructor de la causa".

Ahora bien, estos argumentos no parecen bastar para declarar la inconstitucionalidad de preceptos que permiten la injerencia del juez de menores en la fase de instrucción. El TC en Sentencia de fecha 60/1995 de 17 de Marzo, se pronunció rechazando una cuestión de inconstitucionalidad sobre la adopción de medidas cautelares adoptadas por el Juez de Menores a instancias del Ministerio Fiscal, fundada en la vulneración al juez ordinario predeterminado por la ley, resolviendo definitivamente que no existía atentado contra la imparcialidad. Esta Sentencia, fue dictada seis años antes de la entrada en vigor de la LORPM y sus argumentos han servido de lanzadera defensiva acerca de la inexistencia de vulneración constitucional, tanto para la doctrina,

---

de menores, en anuario de justicia de menores, edit. Astigi. 2010,p. 29, hay que tener en cuenta que el artículo 2 de la Ley 38/2002 de 24 de Octubre retituloel libro IV de la LECRIM, y el Título III relativo al procedimiento abreviado pasó al Titulo II, reservándose de nuevo el Titulo III al procedimiento de enjuiciamiento rápido por delito. La reforma operada por la LO 8/2006 no se percató de este cambio legislativo y mantiene en la disposición primera de la LORPM la referencia al Título III del Libro IV de la LECRIM al declarar derecho supletorio el procedimiento abreviado, cuando en realidad, se corresponde al Título II y no III del libro IV de la Vigente LECRIM. Ello no obsta para seguir entendiendo supletorio de primer grado el procedimiento abreviado y no el enjuiciamiento rápido para determinados delitos".

como para Sentencias posteriores del propio TC. En particular Dolz-Lago[1268] efectúa una aplicación analógica de la referida Sentencia al supuesto planteado, de tal manera que la entiende extesivamente aplicable al juez de menores que autoriza y practica una diligencia restrictiva de derechos fundamentales a instancia del Ministerio Fiscal o de la acusación particular, si solicitando ésta aquél le fuera denegada ex artículo 26.1 en relación con el artículo 33 e) de la LORPM. Entendiendo que el Juez de Menores sería recusable, si la practicara de oficio sin petición de parte. En el mismo sentido, para Sala Donado[1269] dicha imparcialidad no se verá comprometida siempre y cuando el órgano judicial limite su resolución motivada a las peticiones del Fiscal, ya sea para aceptarlas o denegarlas. Concluyendo que sólo a partir del examen particularizado de cada una de las diligencias es posible aventurar una respuesta. De ahí, que siguiendo esta doctrina, solo será recusable el juez de menores, que en la practica restrictiva del derecho fundamental hubiera abandonado una posición neutra adoptando decisiones que supongan una participación en la instrucción de la causa, con perdida de imparcialidad objetiva".[1270] Con carácter general, avala esta posición, el auto del TS de fecha 3 de Febrero de 2011 emitido en la causa relacionada con la memoria histórica en la que estuvo implicado el Magistado Baltasar Garzón, según el cual: "(...) se ha puntualizado, no obstante que lo decisivo es que las razones del acusado para dudar de la imparcialidad estén plenamente justificadas, lo que no se produce por el simple hecho de que el juez haya tenido una participación en el procedimiento con anterioridad al enjuiciamiento de fondo, siendo necesario valorar las circunstancias del caso concreto"[1271].

[1268] Cfr. DOLZ-LAGO., ult.ob. cit,p. 31. También puede consultarse ARROM LOSCOS, ROSA., El proceso penal con implicación de menores. Universitat de les illes Balears. Ediciones IUB.Colección Assaigs Jurídics 8. 2003,p. 31.

[1269] Cfr. SALA DONADO, CRISTINA., El proceso Penal de Menores: Especialidades derivadas del interés de los menores y opciones de política-criminal. Universidad de Gerona. 2002,p. 263.

[1270] Cfr. DOLZ-LAGO.,ob.cit. Pag. 37.

[1271] Vid. Auto del TS de 3 de Febrero de 2011, (Sánchez-Melgar), citado por DOLZ-LAGO., ob.cit,p. 37

En todo caso, y en nuestra opinión, la regulación de la LORPM en materia de diligencias de investigación presenta disfunciones procesales, en una materia tan básica como la afectante al derecho al juez ordinario predeterminado en la ley. En este sentido, no cabe desconocer, que tal garantía constitucional se ve mermada, porque la norma da pábulo a esas posibilidades en todos y en cada de uno de los procesos de menores, lo que índica una alta probabilidad de vulneración efectiva, y porque al fin y al cabo, el Juez deberá adoptar una decisión que podrá verse influenciada por el contacto con el material sin que sea válida la justificación de la constitucionalidad de tales preceptos, a través del recurso relativo " a la valoración del caso concreto" ante las dificultades probatorias de contaminación. Por último, cabe señalar, que nunca existió un procedimiento judicial donde tanto el ejercicio de la función jurisdiccional como la relativa al interés público y de legalidad, fueran tan comunicables entre sus integrantes, ocasionando una ambivalencia funcional desconcertante.

1.2.-Disfunciones en torno al derecho a "un proceso equitativo" en la regulación "de la Conformidad" en la LORPM.

El derecho de los menores a un proceso penal equitativo fue estudiado por TEDH en sus Sentencias de 16 de Diciembre de 1999 (Caso Bulger: V.c. Reino Unido y T.c. Reino Unido). En las mismas se considera que este derecho es entendido en su apreciación conjunta con el derecho del acusado a participar activamente en el proceso penal, de manera que no sólo esté presente en juicio, sino que pueda escuchar y seguir el procedimiento. Esto se concreta en la exigencia esencial de que los menores acusados de una infracción penal sean tratados de una forma que tenga en cuenta su edad, su grado de madurez, su nivel intelectual, su capacidad emocional, así como la adopción de medidas que favorezcan la comprensión del procedimiento y su participación en el mismo.[1272]

[1272]Cfr.GONZÁLEZ TASCÓN, M, M., Un nuevo reto para la Unión Europea: la delincuencia Juvenil, en un derecho Penal comprometido, homenaje a Landrove Díaz, VVAA., ob.cit,p.562.

Pues bien, no cabe desconocer, que la singularidad característica de LORPM puede escapar al entendimiento y comprensión del menor, cuando es sometido a un proceso de esta naturaleza, al no resultar fácilmente comprensible ni entendible distintos aspectos procesales. Obsérvese que la LORPM ofrece mayores posibilidades de contaminación judicial que la regulación referida al procedimiento de mayores, como igualmente puede ser dificultoso tener certeza de qué órgano será el encargado de aprobar la solicitud de diligencias probatorias propuestas por la defensa, o cuál es la razón de por qué el Ministerio Fiscal asume en un determinado momento procesal la posición de parte, cuando inicialmente fue instructor del proceso y cuando en algún otro, asumió sin embargo, el papel de protector.[1273] Estas cuestiones encierran una gran complejidad no sólo jurídica, sino también material, para quien adolece de la capacidad de compresión del adulto, pudiendo dar lugar a dificultades prácticas para lograr una participación efectiva del menor en el procedimiento. En este sentido, es interesante la Sentencia del TEDH de 15 de Junio de 2004[1274] la cual expresa: "El derecho a una participación efectiva se garantiza cuando el menor acusado tiene una comprensión amplia de la naturaleza del procedimiento judicial y de lo que éste representa para él, incluido el significado de la pena que se le pudiera imponer".De ahí, que sea fundamental como garantía nuclear del proceso, que el menor conozca no sólo el el alcance de la medida que se adopte, sino también y de manera especifica, el procedimiento concreto o la fase procedimiental del que dimana la imposición de dicha consecuencia.

[1273]Es interesante en éste plano, las consideraciones de SÁNCHEZ MARTÍNEZ, FRANCISCO DE ASIS., Antecedentes y nuevo enjuiciamiento de menores. Ley 4/1992, Editorial Marcial Pons. Madrid 1999, p. 176 ss, donde consideraba que ante el extraño protagonismo del Fiscal, el Juez se ve convertido en un "convidado de piedra" generándose una especial situación por la que se otorga aquel un difícil papel casi esquizofrenia, al asumir por un lado funciones punitivas, pero a su vez asume el papel de representante del menor en juicio y fuera del mismo, diciéndonos textualmente: " Así pues, primero debe poner en evidencia al menor-hacerle asumir el rol de acusado, algo sin duda poco educativo- y luego protegerle y aplicar las medidas educativas en su interés".
[1274]Cfr. GONZÁLEZ TASCÓN, M.M..,ob.cit,p. 562.

Como es sabido, la resolución que ponga fin al procedimiento no tiene por qué tener su origen en la fase de audiencia, existiendo otras fases procesales de la que puede derivar una resolución sobre el fondo. De hecho, nuestra LORPM regula toda una suerte especifica de naturaleza procedimental caracterizada por su celeridad, que camina desde el reconocimiento de los hechos por el menor hasta el establecimiento de la consecuencia jurídica, siempre que ésta sea previamente aceptada por el afectado, quien además debe poseer un amplio conocimiento de sus particularidades. Tratamos, como ha podido intuirse, con el instituto de la conformidad.[1275] Esta institución da virtualidad no sólo a cuestiones ambientales del procedimiento, como la celeridad o la economía procesal, pretendiendo dar facilidad al cumplimiento de la medida, por cuanto se hace más fácil ejecutarla si se cuenta con el consentimiento del menor. Sin embargo, entendemos que en su regulación por la LORPM, se vulnera el derecho a un proceso equitativo, como a continuación expresaremos.

La LORPM parte de la regulación de dos tipos de conformidades. La primera es conocida como conformidad *previa a la audiencia* (artículo 32 de la LORPM[1276]) y la segunda es la conformidad *en el mismo acto de la vista (*artículo 36 de la LORPM). La conformidad previa a la audiencia, únicamente permite llegar a ella cuando se solicite una medida distinta al internamiento, cualquiera que sea su modalidad. Esta solicitud debe ser realizada conjuntamente por el menor y su letrado, sin que de oficio pueda ser acordada por el Ministerio Fiscal o por el juez de menores. Sin

[1275]La principal ventaja que aporta el instituto de la conformidad, es la posibilidad de materializar la pretensión de celeridad procedimental dando respuesta efectiva a la producción múltiple de delitos y faltas. En el caso de la Jurisdicción de menores, toda la normativa internacional incide en la idea de asegurar una justicia de menores más rápida, evitando retrasos excesivos, para que ella pueda tener una acción educativa y eficaz.

[1276]Cfr. Art. 32 de la LORPM: **"**Si el escrito de alegaciones de la acusación solicitara la imposición de alguna o algunas de las medidas previstas en las letras e) a ñ) del apartado 1 de artículo 7 y hubiere conformidad del menor y de su letrado, así como de los responsables civiles, la cual se expresará en comparecencia ante el Juez de Menores en los términos del artículo 36, éste dictará sentencia sin más trámite. Cuando el menor y su letrado disintiesen únicamente respecto de la responsabilidad civil, se limitará la audiencia a la prueba y discusión de los puntos relativos a dicha responsabilidad"

embargo, la conformidad del artículo 36 de la LORPM nos ofrece una regulación que parece escaparse de las consideraciones subjetivas de su destinatario, tan reclamadas por la sentencias del TEDH, como son las indicaciones relativas a la madurez o a la edad, en cuanto presupuestos que pueden condicionar la acertada elección de su designio sancionador en el procedimiento.

Pues bien, el derecho a un proceso equitativo en el sentido propuesto por el TEDH se ve vulnerado porque el artículo 36 de la LORPM permite la conformidad sobre cualquier medida de las regladas en la ley, incluida el internamiento en régimen cerrado, sin límite temporal alguno a salvo los propios del régimen general. En este sentido, la conformidad en el régimen penal de adultos puede resultar más beneficiosa, pues existen límites que impiden determinadas conformidades.[1277]

No obstante, con la aplicación del artículo 36 de la LORPM se está permitiendo que puedan alcanzarse acuerdos para un internamiento en régimen cerrado que exceda de los 6 años y un día, que como decimos, constituye el límite temporal marcado en la LECRIM. Es más, a esta conformidad que puede alcanzarse en el mismo acto de la audiencia, pueda llegarse en contra de la opinión del letrado del menor, eso sí, siempre que el juez de menores lo autorice, razone y motive en su Sentencia, posibilidad que hace brotar reminiscencias pasadas acerca del amplio poder del juzgador en los procesos de menores. De ahí, que sobre esta regulación planee de manera evidente la vulneración a un proceso equitativo, pues al menor infractor, a pesar de su edad y de la baja intensidad en su propio desarrollado emocional, se le está permitiendo aceptar la medida más severa, que sin límite alguno, le pueda imponer el juez de menores. Parece conveniente por tanto, una revisión de su articulado, al contradir los principios constitucionales e internacionales referidos.

[1277]Vid. Art.655 de la LECRIM, por el que no se permite conformar un asunto con pena superior a pena correccional, esto es, seis años y un día, de prisión.

1.3.-Consideraciones sobre la aplicación analógica del instituto de la prescripción en la LORPM a partir de las reformas del código penal por la LO 5/2010 y LO 1/2015.

El instituto de la prescripción gobernada por LORPM tanto en lo referido a los delitos como a las medidas impuestas, parte de un doble contenido, por cuanto de manera autónoma e independiente establece unos concretos plazos prescriptivos en su artículo 15, y por otro lado, remite de manera supletoria a las disposiciones del Código Penal, en lo referente al computo general de los plazos de prescripción y su interrupción, que se encuentran regulados en el artículo 132 de éste cuerpo legal, sucesivamente reformado por la ley 5/2010 de 22 de Junio[1278] y por la LO 1/15. En particular, ésta última reforma ha perdido una gran oportunidad para remediar los problemas que viene planteando la prescripción en el sistema de justicia juvenil, continuando el legislador con su perpetuo silencio.

Las diferencias afectantes a la LORPM derivadas de la reforma de la Ley 5/2010 de 22 de Junio, son sustanciales con respecto al régimen anterior, sin que la actual reforma propiciada por la LO 1/15 haya ejercicio influencia alguna en todo el entramado relacionado con la prescripción. En este aspecto es interesante destacar que mientras que el antiguo artículo 132.2 del Código Penal es-

[1278]La reforma del Código Penal en materia de prescripción, aparece justificada a través del punto IX de su Exposición de Motivos, donde se concreta "que en el ámbito de la prescripción del delito, con el objeto de aumentar la seguridad jurídica, se ha optado por una regulación detallada del instituto que ponga fin a las diferencias interpretativas surgidas en los últimos tiempos. Para llevar a cabo esta tarea, se ha prestado especial atención, a la necesidad de precisar el momento del inicio de la interrupción de la prescripción estableciéndose que esta se produce, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el cuando el procedimiento se dirija contra persona determinada que aparezca indiciariamente como penalmente responsable. Para entender que ello ocurre, se requiere, cuando menos, una actuación material del Juez Instructor. Del mismo modo, se ha considerado necesario abordar el problema de los efectos que para la interrupción de la prescripción pueda tener la presentación de denuncias o querellas y para ello se opta por suspender el computo de la prescripción por un máximo de seis meses o dos meses, según se trate de delito o falta, desde dicha presentación siempre que sea ante un órgano judicial y contra una persona determinada. Si el órgano judicial no la admite a trámite o no dirige el procedimiento contra la persona denunciada o querellada, continúa el cómputo de prescripción desde la fecha de la presentación. También continuará el cómputo si dentro de dichos plazos el Juez no adopta ninguna de las resoluciones citadas."

tablecía que "la prescripción se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido**,** cuando el procedimiento se dirija contra el culpable, comenzando a correr de nuevo el término de la prescripción desde que se paralice el procedimiento o se termine sin condena", el artículo 132.2 del Código Penal[1279] - Ley 5/2010- dispone: "Se entenderá dirigido el procedimiento contra una persona determinada desde el momento en que, al incoar la causa o con posterioridad, se dicte resolución judicial motivada en la que se le atribuya su presunta participación en un hecho que pueda ser constitutivo de delito o falta."

La reforma del Código Penal (LO 5/2010) origina un problema en las bases de la articulación de la interrupción de la prescripción en el ámbito de la LORPM, por cuanto deja en entredicho, la capacidad del Ministerio Fiscal para interrumpir la prescripción de delitos y faltas cometidos por menores, al socaire de su carácter no judicial, cualidad que lo hace difícilmente conciliable con la habilitación y potestad necesaria para el dictado de "una resolución judicial motivada" que pueda

[1279] El nuevo apartado 2 del Art. 132 dice: "La prescripción se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el procedimiento se dirija contra la persona indiciariamente responsable del delito o falta, comenzando a correr de nuevo desde que se paralice el procedimiento o termine sin condena de acuerdo con las reglas siguientes: 1ª Se entenderá dirigido el procedimiento contra una persona determinada desde el momento en que, al incoar la causa o con posterioridad, se dicte resolución judicial motivada en la que se le atribuya su presunta participación en un hecho que pueda ser constitutivo de delito o falta. 2ª No obstante lo anterior, la presentación de querella o la denuncia formulada ante un órgano judicial, en la que se atribuya a una persona determinada su presunta participación en un hecho que pueda ser constitutivo de delito o falta, suspenderá el cómputo de la prescripción por un plazo máximo de seis meses para el caso de delito y de dos meses para el caso de falta, a contar desde la misma fecha de presentación de la querella o de formulación de la denuncia. Si dentro de dicho plazo se dicta contra el querellado o denunciado, o contra cualquier otra persona implicada en los hechos, alguna de las resoluciones judiciales mencionadas en el apartado anterior, la interrupción de la prescripción se entenderá retroactivamente producida, a todos los efectos, en la fecha de presentación de la querella o denuncia. Por el contrario, el cómputo del término de prescripción continuará desde la fecha de presentación de la querella o denuncia si, dentro del plazo de seis o dos meses, en los respectivos supuestos de delito o falta, recae resolución judicial firme de inadmisión a trámite de la querella o denuncia o por la que se acuerde no dirigir el procedimiento contra la persona querellada o denunciada. La continuación del cómputo se producirá también si, dentro de dichos plazos, el Juez de Instrucción no adoptara ninguna de las resoluciones previstas en este artículo.

originar la interrupción[1280]. Es en este sentido en el que cabe predicar la influencia negativa de la reforma señalada sobre la LORPM. El legislador, quien parece acudir según estime oportuno o no a un visión unitaria del ordenamiento jurídico penal,[1281] olvida[1282] los pormenores jurídicos y procesales de la Jurisdicción de menores y la afectación que por subsidiariedad puede generar cualquier modificación en el contenido de determinadas instituciones. La situación actual se concreta en que se ha generando la existencia de resoluciones encontradas entre distintas Audiencias Provinciales, alguna de las cuales realizan una hermenéutica en contra del Reo. En realidad, la mencionada reforma del Código Penal originó en esta materia disfunciones en la aplicación material del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 de la CE, como también en el principio de legalidad penal.

Ahora bien, la FGE en su Circular 9/11 pretendiendo salvar y paliar los efectos negativos de la reforma del Código Penal en la LORPM, propone una posible solución forzando una interpretación extensiva de los llamados "Decretos del Fiscal" afirmando: "que no obstante la reforma del Código Penal, el decreto de incoación del expediente del Fiscal, goza de capacidad interruptiva, por ser el Fiscal el instructor y quien dirige el proceso, aún cuando sólo puede producirse una vez incoado en expediente de reforma y no en las diligencias preliminares de investigación". No obstante, a pesar del esfuerzo por parte de la FGE de otorgar dicha potencia a tales decisiones del Fiscal, éstas de manera objetiva, no gozan del carácter jurisdiccional requerido, que queda reservada siguiendo

[1280]Antes de la reforma, los juzgados de menores venían aplicando de manera unánime la Circular 1/2007 de 23 de Noviembre, de tal manera que se entendía interrumpida la prescripción por las actuaciones del Ministerio Fiscal en la fase de instrucción, como consecuencia de que el referido artículo 132.2 no exigía el carácter jurisdiccional de tales resoluciones.

[1281]No se olvide que las primeras reformas de la LORPM, tuvieron como excusa, la modificación del Código Penal en materia de terrorismo, y de otros delitos especialmente graves.

[1282]A éste olvido se refiere igualmente la SAP de Madrid de fecha 16 de enero del año 2012, afirmando que el legislador de la reforma de 2010 ha olvidado las peculiaridades del procedimiento establecido en la LORPM y particularmente la asignación al Ministerio Fiscal, de la función instructora ex artículos 16 y 23 de la misma.

el artículo 45 de la Ley orgánica del Poder Judicial (en adelante LOPJ) o el artículo 141 de la LCRIM a las denominadas Providencias, Autos y Sentencia emanadas directamente de los jueces y Tribunales.[1283]

Este argumento pretendido por la FGE, ha sido válido para algunas Audiencias Provinciales. Así, la Sentencia de la AP de las Palmas de 21 de Noviembre de 2011 (Recurso 24/2011) [1284], acoge esta interpretación extensiva, recogiendo de modo expreso, que no se produce una interpretación en contra de Reo, sino que se trata de un asimilación integradora de una evidente imprevisión legal que debe completar el aplicador jurídico. Este razonamiento es también compartido por la AP de Santa Cruz de Tenerife[1285] en Sentencia de fecha de 9 de Diciembre de 2013, mencionando que a través de la labor integradora realizada por los aplicadores jurídicos en este ámbito, no se hace ne-

[1283]Vid.ST AP de Guadalajara, Sentencia Nº 43/12 de fecha 19 de abril de 2012, en el Recurso de Apelación 94/2012, por la que no cabe reconocer naturaleza de resolución judicial motivada, según la dicción del vigente artículo 132.2.1ª del C.P a los Decretos de la Fiscalía de Menores.

[1284]Vid. Sentencia AP de las palmas de 21 de Noviembre de 2011. Esta Sentencia consciente del problema surgido por la Reforma del Código Penal, sigue la línea doctrinal marcada por la FGE, entendiendo que la asimilación del Fiscal de menores, en su ámbito, al juez de instrucción, no es ajena a la propia jurisprudencia constitucional, bastando recordar al respecto la STC 206/2003 que al analizar la naturaleza del procedimiento de menores previsto en la Ley de menor, refiere que en la misma, se atribuyen al Fiscal las actuaciones de investigación que, si bien formalmente no son sumariales, desde el punto de vista material implican una instrucción formalmente equiparable a la del sumario. Luego al parecer de la Sala, es perfectamente equiparable los efectos del Decreto del fiscal con la resolución judicial exigida por el artículo 132.2 del CP. Por otra parte, la mención que esta Sentencia realiza a la propia del Tribunal Constitucional, olvida sin embargo que este mismo tribunal garante del cumplimiento de los derechos fundamentales, en otra Sentencia número 30/2005 / EDJ 2005/3697, por la que vuelve a analizar la cuestión relativa al valor probatorio de las declaraciones prestadas por un coimputado menor de edad ante el fiscal de menores, se apartó de dicha doctrina, matizándola, diciendo: "la declaración incriminatoria se realizó no ante un órgano judicial investido constitucionalmente de imparcialidad, sino ante el Ministerio Fiscal sin posibilidad de contradicción".

[1285]Sigue también esta misma línea jurisprudencia de imprescriptibilidad la AP de Álava en Sentencia de 22 de Abril de 2012, (EDJ 2012/376335) que entiende que es bastante para interrumpir la prescripción la resolución del Juzgado de Menores o incluso el Decreto Fiscal en el que se ordena la incoación del expediente y se establece una imputación a un menor por parte del Fiscal.Vid.ST de Sec. 2 de la AP de Albacete de fecha 2 de Febrero de 2012, (nº 25/2012), ST de la Sec.1ª de la AP de Badajoz de 16 de Diciembre de 2011.

cesario elevar al legislador petición alguna de reforma legislativa de la LORPM.[1286] Sin embargo, otras Audiencias Provinciales como la de Barcelona en Sentencia de 13 de Marzo de 2012[1287], entiende que una aplicación coherente de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, hace en gran parte inaplicable al proceso de menores la regulación de la prescripción contenida en el Código Penal vigente, produciéndose una situación de vacío normativo que comporta consecuencias indeseadas tanto para el legislador como para los operadores, proponiendo una reforma urgente de la LORPM que colme dicha laguna legal.

Llegados a este punto, nuestra postura no debe ser otra que la mantenida por el criterio seguido en la ST de la Audiencia Provincial de Barcelona, pues únicamente a través de una regulación autónoma del instituto de la prescripción dentro de la LORPM podría solventarse las disfunciones materiales que se producen en la aplicación de la justicia, siempre en aras de la promoción de la Seguridad jurídica y de respeto a los derechos fundamentales. Avala esta necesidad reformadora, el pronunciamiento que sobre la prescripción de las penas ha recogido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en Sentencia de 22 de Junio de 2000[1288], cuando nos dice: "que es al legislador a quien corresponde determinar, con plena libertad, de acuerdo con el principio de seguridad jurídica, así como los criterios de política criminal que estime idóneos y atendibles en cada caso concreto, el régimen jurídico, el sentido y el alcance de la prescripción". Esta declaración incluida en la Sentencia referida, aboga por llenar de contenido la Seguridad Jurídica deriva de la aplicación del instituto

[1286]Vid. Sensu contrario la ST de la AP de Tarragona, Sección 4, número 474/2012, de 17 de Octubre, que entiende necesario elevar petición de reforma a la LOPRM.
[1287]Vid.ST de la AP de Barcelona de 13 Marzo de 2012,(EDJ 2012/61335). También en ésta misma línea, por la que no se atribuyen efecto de interrupción de la prescripción a los denominados Decretos del Fiscal, cabe destacar la ST de la AP de Lleida de Sec.1ª de fecha 9 de Noviembre de 2012 (Nº 370/2012). Debe mencionarse igualmente la ST AP de Burgos de fecha de 25 de Junio de 2012 (EDJ 2012/157863), que entiende que el Decreto del Fiscal a pesar de ser una resolución motivada, no constituye una resolución judicial a los efectos de la LOPJ. También consultar otras ST como la de la AP de Murcia de 3 de Diciembre de 2013, (EDJ 2013/259050).
[1288]Vid. ST TEDH de fecha 22 de Junio de 2000, referida al caso Coëme c. Bélgica § 146.

de la prescripción a través de la actividad legislativa, en detrimento de utilizar la vía interpretativa con los riesgos propios derivados de las contradicciones. Tal es el riesgo, que nuestro TC también se ha pronunciado al respecto acerca de la interpretación que pudiere hacerse sobre vacíos normativos relacionados con la prescripción. En particular, la Sentencias 29/2008, de 20 de Febrero, refiere que la prescripción en el ámbito punitivo esta conectada con el derecho a la libertad (artículo 17 de la CE) y por ende sin posibilidad de interpretaciones en *malam partem (*25.1 CE) resultando conculcado el derecho a la libertad como dice otras (127/1984, de 26 de diciembre, 28/1985, de 27 de marzo, 241/1994, de 20 de julio, 322/2005, de 12 de diciembre, y 57/2008, de 28 de abril) " (..) tanto cuando se actúa bajo la cobertura improcedente de la ley, como cuando se proceda contra lo que la misma dispone, y por ello, los términos en los que el instituto de la prescripción penal venga regulado deben ser interpretados con particular rigor ″en tanto que perjudiquen al reo" *(...)* (SSTC 29/2008, de 20 de febrero ; y 37/2010, de 19 de julio)**.**

1.4-Aspectos críticos de la fase de instrucción en la LORPM: La omnipresencia del Ministerio Fiscal y la posible afectación a garantías constitucionales.

1.4.1.- La omnipresencia de Ministerio Fiscal en la LORPM: la fase instructora y "el Papa Fiscal".

Una de las características más llamativas de la LORPM es la atribución al Ministerio Fiscal de una "omnipresencia funcional" en todo el entramado procedimental derivado del sistema penal de menores. Esta omnipresencia determina que el Ministerio Público asuma potestades tan amplias que le permiten tanto ejercitar la acción penal, como también realizar las diligencias de investigación necesarias para la comprobación de los hechos que se imputen al menor, así como a falta de progenitores, tutores o guardadores, suplir tal defecto, aunque representado por otro

individuo perteneciente al Ministerio Público.[1289] No obstante, para parte de la doctrina, estas extensas facultades en realidad no se ajustan a la realidad. Dolz Lago entiende que no hay instrucción del Fiscal propiamente dicho, pues no instruyen al modo de la clásica instrucción judicial, ni siquiera investiga, sino que realizan una labor cuasiburocratica de acopio de certificaciones o dictámenes, que ciertamente determinan que no exista instrucción en dicho expedientes, dada su simplicidad y abundantes confesiones existentes. Es decir, según esta posición, el Ministerio Fiscal no investiga, sino que adquiere un rango de órgano administrativo de formación de un expediente preliminar[1290] en el que se van uniendo materiales diversos, -atestados de la policía judicial, informes del equipo técnico, certificaciones del registro civil, informes periciales sobre la valoración de daños-para decidir que hacer con el menor infractor; de tal manera que cuando la policía participa la implicación de un menor, es porque o bien éste ha confesado, o bien existen suficientes diligencias de pruebas para implicarlo- que harían innecesaria una investigación posterior del fiscal-. En definitiva, según esta posición, el fiscal no investiga porque no tiene nada que investigar, quedando el ejercicio de esa potestad para supuestos muy residuales, donde la Fiscalía de menores puede asumir y llevar a cabo un papel de efectiva dirección en la investigación[1291] Esta visión, también es compartida por López López, para quien el Fiscal es un órgano administrativo y sus pesquisas, aunque estén destinadas a incorporarse a un proceso judicial futuro, no son actos jurisdiccionales. El proceso penal comienza más tarde, una vez que el juez de

[1289]La conocida función de "papa Fiscal", puede contradecir los postulados del artículo 24.1 de la Constitución en cuanto al consagrado principio de unidad de actuación de la Fiscalía.

[1290]Cfr. MARTÍN PASTOR, J., La dirección de la investigación oficial por el Ministerio Fiscal en el proceso de menores. Anuario de justicia de Menores. Editorial astigi, 2003, p. 80.Este autor, acertadamente hace una pregunta. ¿Qué ha motivado que la fiscalía se haya convertido en una oficina administrativa de recolección de documentos, más que un ente investigador de pruebas?. Para Dolz Lago, "la respuesta no solo procede de la escasa tradición investigadora propia de las Fiscalías, ni de sus escasos recursos personales y materiales, ni de la practica de evitar dilaciones prescindiendo de de testimonios o declaraciones que, inevitablemente, tienen que reproducirse ante la autoridad judicial, sino, más bien, de la escasa entidad objeto de la investigación y de numerosas confesiones de los menores infractores".

[1291]Cfr. DOLZ LAGO., El Fiscal y la reforma de menores: balance de experiencias tras la ley Orgánica de la ley 4/1992, Fiscalía general del Estado, Madrid, 1995. pp 857-894.

menores recibe el expediente del Fiscal, con su escrito de alegaciones[1292]. Se alude, por tanto, a la naturaleza administrativa y no procesal de la denuncia presentada ante el Fiscal o la Policía judicial y de ahí la correlativa consecuencia exigida por la ley de la necesidad de comunicación al órgano judicial.[1293]

En este sentido, de admitirse la naturaleza administrativa del Fiscal en el proceso de menores, cabe cuestionar la validez de las diligencias practicadas a su criterio, que permite equipararlas a las llamadas diligencias policiales, que poseen una eficacia muy limitada en el proceso de adultos. En todo caso, nuestro TC, [1294] se ha pronunciado sobre el valor de las diligencias de investigación iniciadas por el Ministerio Fiscal, otorgándole un valor superior a las diligencias puramente gubernativas o policiales.

En contra de esta postura, podemos advertir retrotrayéndonos a la anterior LO 4/1992, que se le atribuían facultades jurisdiccionales hasta el punto de que si el juez tuviera conocimiento de la comisión de algún delito o falta por algún niño mayor de 12 años, debería ponerlo en conocimiento del Ministerio Público. De esta manera, el Fiscal además de tener la potestad de incoar el expediente, dirige la investigación de los hechos e impulsa el procedimiento correspondiente. Esta situación implica una clara violación del principio de unidad jurisdiccional establecido en el artículo 117 de la CE, en el que se establece que la justicia se administra por juez y Magistrados integrantes en el poder judicial.

Otras de las funciones que asume el Ministerio Fiscal en la LORPM es la de representar al

[1292]Cfr. LÓPEZ LÓPEZ, A.M., Instrucción del procedimiento de menores, diligencias previas y preliminares, p. 5. Disponible en Internet: www.fiscalía.org.

[1293]Vid. TORRES ROSELL, N., La denuncia en el proceso penal. Editorial Montecorvo, Madrid, 1991,p. 127.

[1294]Vid. ST del TC 206/2003 de 1 de Diciembre.

menor imputado, ante la ausencia de padres, tutores o guardadores legales, que se antoja cuanto menos curiosa para éste, en tanto que mientras que interroga al detenido, otro compañero conocido como "Papa Fiscal"[1295] observa la declaración en sustitución de los padres, tutores o guardadores, y con asistencia letrada. Esta posibilidad plantea problemas de garantías y de definición de términos, pues pone en cuestión, si debe pertenecer a la misma institución, tanto el que acusa como el que protege ante la acusación, y sobre todo, si en esta función de protección, cabe insertar la posibilidad de dar instrucciones al menor. En este aspecto, la solución propuesta por la LORPM es insatisfactoria cuando menos errónea.[1296] Este autor, con quien nos mostramos conformes, ofrece una solución que ya aparece predeterminada en la propia ley de Enjuiciamiento Civil en su artículo 8, que referido a "la integración de la capacidad procesal" de los incapaces- *y el menor lo es*- permite el nombramiento de un defensor judicial mediante providencia, lo cual supone, de por sí, un expediente rápido y sencillo.[1297] A este respecto, cabe decir, que la figura del defensor judicial a que se refiere el artículo 163 se complementa, mucho mejor que el nombramiento de un miembro del Ministerio Fiscal, con las necesidades del menor. La falta de capacidad de obrar no se integra con la mera presencia de alguien de forma pasiva, sino que el defensor judicial , nombrado para un asunto concreto, tiene unas funciones activas, relativas a la ordenación de lo necesario para el asunto para el que se nombra, en la misma medida que quienes ejercen la patria potestad.[1298]

Como acertadamente pone de manifiesto el autor citado, una de las funciones que deberá asumir el defensor judicial será la de contratar los servicios de un abogado-cuya presencia es

[1295]Tanto el Fiscal instructor como el que asiste al Menor, se encuentran sometidos a las mismas finalidades del artículo 1 del Estatuto Orgánico de Ministerio Fiscal, en cuanto que pertenecen a la misma institución, siéndoles de aplicación los principios de jerarquía y de unidad de actuación.
[1296]Vid. NOGUERIA GANDÁSEGUI, S.,Observaciones críticas al proceso penal de la Ley reguladora de la responsabilidad de los menores, en Anuario de Justicia de Menores, Edit Astigi, 2003, ob.cit,p. 131.
[1297]Vid. NOGUERIA GANDÁSEGUI, S.,ob.cit,p. 131.

[1298] Cfr. NOGUERIA GANDÁSEGUI, S., ob.cit,p. 133.

preceptiva-o solicitarlo de oficio, lo que, de igual modo, implica una declaración de voluntad para cuya emisión es precisa la plena capacidad de obrar[1299]. Siendo evidente que en caso de detención y desamparo deba citarse a la entidad publica que por Ministerio de la Ley asuma la tutela conforme al artículo 172 del Código Civil, quien deberá ser nombrada defensora judicial disponiendo de lo necesario, para que el interrogatorio del menor tanto en las diligencias policiales como en presencia del Ministerio Fiscal en su caso, se realice garantizando el derecho de defensa a través de letrado nombrados por la misma. Se hace pues necesario, una reforma de la ley en los términos expuestos.

En nuestra opinión, se hace difícil entender la razón de la potestad jurídica que otorga a un órgano administrativo la posibilidad decidir o no la apertura de un procedimiento estrictamente judicial, habida cuenta que el Ministerio Fiscal no se limita hacer acopio de diligencias, sino que entra en una íntima relación con lo actuado, asumiendo una función que le permite dar un destino jurídico y razonado a aquellas, y sustentar o no una pretensión judicial, encarnando funciones que se alejan de la esfera administrativa y que se acerca a la estrictamente judicial. De hecho, en la fase inicial de procedimiento, le está permitido realizar las diligencias que estime pertinentes para la comprobación del hecho y de la responsabilidad del menor en su comisión[1300], pudiendo en consecuencia admitir o no una denuncia, o no incoar el expediente en virtud del artículo 18 de la LORPM[1301], realizando por tanto funciones reservadas a la potestad jurisdiccional. De hecho, en

[1299] Cfr. NOGUERIA GANDÁSEGUI, S.,ob.cit,p. 133.

[1300]Cfr. Art.16.2 de la LORPM " Quienes tuvieren la noticia de algún hecho de los indicados en el apartado anterior, presuntamente cometido por un menor de 18 años, deberán ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal, el cual admitirá o no a trámite la denuncia, según que los hechos sean o no indiciariamente constitutivos de delito; custodiará las piezas, documentos y efectos que le hayan sido remitidos, y practicará, en su caso, las diligencias que estime pertinente para al comprobación del hecho y de la responsabilidad del menor en su comisión, pudiendo resolver el archivo de las actuaciones cuando los hechos no constituyan delito o no tengan autor conocido. La resolución recaída sobre la denuncia deberá notificarse a quienes hubieran formulado la misma."

[1301]Cfr. Art.18 de la LORPM " El M F podrá desistir de la incoación del expediente cuando los hechos denunciados constituyan delitos menos graves sin violencia o intimidación en las personas o faltas, tipificados en el Código Penal o en las leyes especiales. En tal caso, el MF dará traslado de los actuado a la entidad pública de protección de menores para la aplicación de los establecido en el

esta línea, la principal afrenta contra la anterior doctrina parte de la propia naturaleza jurídica de la institución del Ministerio Fiscal, por cuanto éste, aparece condicionado por su carácter de órgano no judicial[1302], que a la postre implica, la desposesión técnica de la potestad necesaria para decidir la apertura de un procedimiento penal de ésta naturaleza, dado que tal facultad decisoria, se inserta dentro de la función jurisdiccional. Avala esta cuestión, el hecho de que la propia LORPM en su artículo 16[1303], ordene al Ministerio Público dar cuenta de la incoación del expediente al Juez de Menores, quien debe iniciar las diligencias de trámites correspondientes.

1.4.2.-Posibles disfunciones sobre las Garantías constitucionales.

1.4.2.1.-Afectación al derecho de defensa ex artículo 24.2 de la C.E.

Como venimos repitiendo a lo largo de éste capitulo, al Ministerio Fiscal en el proceso de menores se le ha dotado de un conjunto de funciones y potestades que rivalizan con las judiciales, en cuanto a la importancia de su contenido, pues no sólo se le dota de funciones inspectoras, sino

artículo 3 de la presente ley. Asímismo, el Ministerio Fiscal comunicará a los ofendidos o perjudicados conocidos el desistimiento acordado."

[1302]La dirección de esta fase procedimental se atribuye a un órgano distinto del juez de menores, en concreto al Ministerio Fiscal, con la finalidad de preservar la necesaria imparcialidad del órgano judicial en un momento posterior, quien acometerá el enjuiciamiento de los hechos. Como acertadamente expone ARROM LOSCOS, en proceso penal.ob.cit,p. 57. "Dicha atribución al Ministerio Fiscal, no es más que el reflejo de un opción legislativa, pues la finalidad perseguida, la citada imparcialidad del juzgador, podría haberse alcanzado también, atribuyendo la investigación al juez de instrucción".

[1303]Vid. Art. 16.1 de LORPM" Corresponde al Ministerio Fiscal la instrucción de los procedimientos por los hechos a los que se refiere el artículo 1 de esta ley. 2.-Quienes tuvieren noticia de algún hecho de los indicados en el apartado anterior, presuntamente cometido por un menor de 18 años, deberán ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal, el cual admitirá o no trámite la denuncia, según que los hechos sean o no indiciariamente constitutivos de delito; custodiará las piezas y documentos y efectos que le hayan sido remitidos, y practicará, en su caso, las diligencias que estime pertinentes para la aprobación del hecho y de la responsabilidad del autor en su comisión, pudiendo resolver el archivo de las actuaciones cuando los hechos no constituyan delito o no tengan autor conocido. La resolución recaída sobre la denuncia deberá notificarse a quienes hubieran formulado la misma. 3.- Una vez efectuada las actuaciones indicadas en el apartado anterior, el Ministerio Fiscal dará cuenta de la incoación del expediente al Juez de Menores, quien iniciará las diligencias de trámite correspondientes.

también decisorias, al ser el único acusador legitimado para actuar en el proceso penal de menores decidiendo sobre la oportunidad de iniciar o no el proceso.[1304] Esto significa, que la primera imputación al menor sobre los hechos, se realizará mediante una resolución del fiscal conocida como "Decreto de incoación", que se dicta tras la realización de las previas comprobaciones derivadas de las diligencias preliminares, en donde deberá recabarse los indicios existente que justifican la incoación de expediente[1305] y que puede nacer sin necesidad de que el menor sea previamente oído.

La inexistencia de una fase intermedia en el proceso de menores trae como consecuencia la posibilidad de que el menor conozca por primera vez la imputación de los hechos en el momento de darle traslado al juez de menores del escrito de alegaciones del Fiscal, de acuerdo con el artículo 31 de la LORPM después de la apertura del tramite de audiencia, de modo que el menor no habría declarado con anterioridad como imputado. Con base a STC 186/1990, 100/1996, 149/1997, una de las garantías del derecho al proceso justo reside en que el sometido a un proceso penal adquiera la condición de imputado para conocer los hechos que se le imputan antes de ser acusado, que el juez instructor está obligado a oír al acusado antes de cerrar la instrucción e ilustrarle de sus derechos, así como que no se puede recibir declaración testifical cuando de las diligencias pueda inferirse la sospecha de que el declarante ha participado en el hecho punible.

Es en esta línea, donde encontramos el origen de la disfunción, por cuanto la LORPM omite la obligatoriedad de la audiencia al menor ante el instructor. Téngase en cuenta, que el propio artículo 26.2 de la LORPM parte de la posibilidad de que aquél no haya declarado todavía, pues

[1304]Cfr. SALOM ESCRIVÁ, JUAN SALVADOR., La intervención de Ministerio Fiscal en el proceso de exigencia de responsabilidad penal de menores, en justicia penal de menores y jóvenes, aálisis sustantivo y procesal de la nueva regulación, Valencia, VVAA, Tirant lo Blanch, 2002, p.221

[1305]Cfr. SALOM ESCRIVA. J.S.,ob.cit,p. 223.

aunque el letrado pida la declaración, y aunque el Fiscal está obligado a recibirla, sin embargo esta obligación puede decaer en el caso de que hubiere concluido la instrucción y hubiese elevado el expediente al juzgado de menores, sin más tramites. En este sentido, no compartamos la opinión de Salom Escrivá, quien afirma que es difícil que en la práctica se produzca la posibilidad observada por Alberto M. López,[1306] esto es, que sea legalmente posible que el Fiscal acabe la instrucción sin haber oído al menor. Entiende Salom Escrivá que es de aplicación la doctrina del TC sobre el procedimiento abreviado- STC 185/1990 de 15 de Noviembre- y en consecuencia, el Fiscal no podrá redactar el escrito de alegaciones- equivalente del de acusación- sin haber oído previamente al menor o dado al mismo la posibilidad de declarar.

Ahora bien, la integración legal en la fase de aplicación de la ley siempre es peligrosa, en cuanto que autoriza a indebidas omisiones fundamentales. En este sentido, la omisión de dicha obligatoriedad *ex lege* por los *artículos 26.2 y 31 de la LORPM,* llevó al planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad por el juzgado de Menores de Valencia, quien a través del auto de fecha 19 de Junio de 2001, denunciaba lo siguiente: "(…) Se advierte que, en el caso, el menor no declaró ante el instructor ni ante el juez de menores ante el juicio oral, siendo inaceptable, en opinión del órgano judicial proponente, que el menor haya estado internado en régimen cerrado sin "haber podido defenderse o cuestionar su detención ante el propio instructor del expediente"[1307] El

[1306]Este autor considera de suma importante la declaración del menor a presencia del Ministerio Fiscal, por cuanto servirá para que el menor ratifique su declaración ante la policía o la modifique o se retracte de ella, circunstancias que debe tener en cuenta el Fiscal y debe valorar antes de redactar su escrito de alegaciones.

[1307]Esta cuestión de inconstitucional se planteó por el juzgado de menores de Valencia a través del Auto de fecha 19 de Junio de 2001, por el que dicho juzgado decidió elevar a cuestión de inconstitucional determinadas disposiciones de la LORPM entre ellas, los artículos 26.2 y 31 de la misma, razonando el órgano judicial con base a las STC 186/1990, 100/1996, 149/1997 y otras citadas por estas, conforme a las cuales, una de las garantías del derecho al proceso justo reside en que el sometido a un proceso penal adquiera la condición de imputado para conocer los hechos que se le imputan antes de ser acusado, que el juez de instrucción está obligado a oír al acusado antes de cerrar la instrucción e ilustrarle de sus derechos, así como que no se puede recibir declaración testifical cuando de las diligencias pueda inferirse la sospecha de que el declarante ha participado en

planteamiento de esta cuestión de inconstitucionalidad pone entre las cuerdas la fase preliminar prevista por la LORPM, porque no prevé un trámite de audiencia al expedientado durante la instrucción, paralelo al de la adquisición de la condición de imputado en la instrucción penal, en la medida en que dichos preceptos no exigen que el instructor oiga al menor como imputado antes de formular acusación.[1308] La Sentencia del TC de 5 Julio de 2012, resuelve negativamente la cuestión de inconstitucionalidad propuesta, con un argumento material, como es la existencia en Ley de otros trámites relevantes en el ejercicio del derecho de defensa del menor en la fase de instrucción, y con otro de índole más formal, que se justifica tal ausencia de regulación, ante la necesidad de reducir trámites procesales durante la instrucción del expediente, en aras de que el proceso penal de menores se encuentra inspirado en este principio, intentando evitar la estigmatización y los efectos desfavorables en el menor que la propia sustanciación del proceso o su excesiva duración puedan ocasionarle.[1309]

En definitiva, tratamos con un omisión que genera un disfunción procesal consentida por el legislador. Si acudimos de manera comparativa a la reglamentación garantista de tal derecho proclamado en la LECRIM, puede observarse con detenimiento, que los menores en esta fase inicial del procedimiento no están poseídos de las garantías procesales previstas en los artículos 118 y 789.4 de la LECRIM, como consecuencia de que una vez recibida la denuncia por el Ministerio

el hecho punible.

[1308]Vid. STC Pleno de 5 de Julio 2012, "Antecedentes de Hecho" Apartado b).

[1309]Vid. STC Pleno de 5 de Julio de 2012,p. 22. De igual modo *la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2000*, hace una referencia importante sobre la instrucción del proceso penal del menor. La primera es la necesidad de simplificarla y agilizarla, debiendo circunscribirse a la práctica de aquellas diligencias imprescindibles para decidir el sobreseimiento o la acusación, que sean distintas de las producidas por la Policía Judicial en el atestado o el propio Fiscal en la fase preliminar. Y la segunda, que será la fase de audiencia (la vista), con mayor importancia que en el procedimiento de adultos, donde se realizarán los informes y pericias que el caso requiera, evitando el alargamiento de la instrucción, ya que en éste procedimiento no es de aplicación estricta el principio de proporcionalidad infracción-sanción, por lo que la concreta determinación por ejemplo de los días de curación de la víctima, no es imprescindible para deducir la propuesta final del Fiscal.

Fiscal, éste puede proceder directamente conforme a lo dispuesto en artículo 16 de la LORPM o lo que es lo mismo, puede llevar a cabo la práctica de las diligencias que estime pertinente para la comprobación del hecho e investigar la responsabilidad de menor en su comisión, pero sin necesidad de que el afectado tenga conocimiento de la existencia de la *notitia criminis*, ni tampoco, de la iniciación de diligencias en su contra para la averiguación de aquellos; dado que la regulación procesal de la LORPM provoca un traslado fortuito del principio de contradicción, -que posee naturaleza universal, en todo procedimiento judicial propio un estado de derecho- hasta prácticamente, la fase ulterior de intervención judicial.[1310]

A pesar de las quiebras objetivas denunciadas, algún sector doctrinal sostiene que no es procedente ni oportuno denunciar la posible inconstitucionalidad de la LORPM, alegando que el Ministerio Fiscal[1311] en esta etapa preliminar del procedimiento, ejerce una función administrativa, -*como anteriormente hemos expuesto*- y que la auténtica fase judicial comienza cuando el juez de menores recibe el expediente incoado por aquel; por lo que no puede ser extrapolable los parámetros recogidos en la LECRIM a la LORPM para paliar las fuentes restricciones que sufre tanto derecho de defensa como el de contradicción, en la etapa preliminar. Por otro lado, no faltan quienes sostienen una postura mixta o intermedia[1312], por la que la naturaleza de la fase preliminar

[1310]Vid. Circular de la Fiscalía General de Estado 1/2000*,* Boletín de información del Ministerio de Justicia, 15 de Enero 2000, p. 327 "(…) La instrucción del expediente, exceptuada las medidas cautelares, las diligencias restrictivas de los derechos fundamentales, la declaración del secreto y la preconstitución de la prueba, devine competencia y responsabilidad de Fiscal, desplazándose la tutela judicial efectiva sobre las vicisitudes acaecidas en el desarrollo de la investigación a una fase ulterior del proceso, tras la presentación del oportuno escrito de defensa (…)"

[1311]La polémica sobre lo que se ha denominado "metamorfosis del Ministerio Fiscal" no es nueva. Esta se inicia con la conocida Sentencia de TC de 36/1991 de 14 de Febrero, que declaró inconstitucional buena parte de los preceptos de la LTTM, que fueron considerados no conformes con las garantías constitucionales; declarando inconstitucional un proceso de naturaleza inquisitiva, que propició un vacio normativo a expensas de la promulgación de la nueva ley. Fue la Ley 4/1992 de5 de junio, la que atribuyó al MF la dirección de la investigación y la iniciativa procesal, de manera que quede preservada la imparcialidad del juzgador. Ocurre así, que las facultades que atribuía aquella ley al Fiscal son idénticas a las que actualmente asume.

[1312]Esta línea es mantenida por DE LA OLIVA SANTOS, Á/ARAGONESES MARTÍNEZ,

participa de elementos tanto administrativos como jurisdiccionales, debido a que durante esta etapa se producen actos procesales reservados a la exclusiva potestad jurisdiccional.

En nuestra opinión, no podemos compartir ninguna de las posturas recogidas en las líneas anteriores, en aras de preservar el derecho fundamental a la defensa que posee todo imputado. En este sentido, que se reconozca que en la fase preliminar del procedimiento se producen fuertes restricciones del derecho de defensa y del principio de contradicción conforme a una tarea administrativa, no significa que desde el punto de vista administrativo tales restricciones deban ser admisibles. Por otro lado, la LORPM contiene un ritual que sirve de complemento al código Penal, del que además absorbe sus tipos, las circunstancias modificativas de la responsabilidad, la protección a los bienes jurídicos, siendo supletoria en sus disposiciones a lo predeterminado en aquella, por lo que no cabe calificar, otra cosa, en aras de la seguridad jurídica, que su merecimiento como un norma que contiene disposiciones procesales de naturaleza judicial, pero con una fase preliminar injustificadamente inquisitiva. Es más, no entendemos que la necesidad de evitar los efectos desfavorables que en el menor puede producir la propia sustanciación del proceso o su duración excesiva, trate de remediarse justificando la falta de un encuentro personal obligatorio del menor con el instructor del expediente, quien puede instar la incoación del mismo y poner de manifiesto la existencia de indicios racionales de criminalidad sobre el infractor, sin oírlo personalmente. No compartimos, que dicha falta pueda ser colmada a través de su presencia en la fase audiencia ante el órgano judicial, como única posibilidad exculpatoria física del mismo, pues pretendiéndose evitar la estigmatización de menor en cuanto que se encuentra sometido a un procedimiento judicial, paradójicamente debe esperar a la cumplimentación de todas las fases procesales que van a tramitarse hasta llegar a la fase de audiencia, para al fin encontrarse

S/HINOJOSA SEGOVIA, R., Derecho Procesal Penal, Edit. Cera, 2004. También Vid. MONTERO AROCA, J/ ORTELLS RAMOS, M/ GÓMEZ COLOMER, J. L/ MONTÓN REDONDO, A., Derecho Jurisdiccional III. Tirant lo Blanch. Valencia. 2014.

físicamente con quien puede oír su versión de los hechos. De ésta realidad se infiere toda una suerte de *deshumanización procesal* de tal naturaleza, que hasta la fase de audiencia únicamente constan las circunstancias personales de identidad del menor, como únicos elementos de los que ha tomado consciencia el juzgado.[1313] Con todo, la brevedad del proceso no siempre se podrá conseguir, dada las dificultades procesales existente para la localización de testigos o incluso para recabar informes periciales, y demás avatares procedimentales, por lo que sería conveniente en todo caso, a pesar de los argumentos materiales proporcionados por la Sentencia del Tribunal constitucional antes mencionada, oír al menor con carácter previo a todo trámite procesal, dada las mayores posibilidades de alcanzar el sobreseimiento en aras de la salvaguarda del propio interés superior del menor, para precisamente evitar el sometimiento de mismo, a la dilación inherente a todo procedimiento judicial54 del que el proceso de menores tampoco escapa.

1.4.2.2.- Afectación al Derecho a la tutela judicial efectiva ex artículo 24 de la CE.

Una de las peculiaridades más llamativas de la institución del Ministerio Fiscal en este procedimiento, es que sus resoluciones poseen un carácter "no judicial". Estas resoluciones denominadas Decretos, tienen la característica insólita, de que no *puedan ser recurribles*, haciendo imposible su impugnación a pesar de ser desfavorable para el menor. Es decir, no cabe recurso alguno frente a la admisión de denuncia, como tampoco sobre los distintos archivos que pudieran recaer en la fase preliminar, ya sea por causa de edad, por causa de no constituir infracción penal, por prescripción o por concurrir una excusa absolutoria.

[1313]Realmente que el protagonismo y la participación del menor en el procedimiento de menores, hasta la llegada de la fase de audiencia, se reduzca a figurar de manera formal en el mismo, a través de una mera consignación de sus datos personales en el expediente, impide su participación efectiva y por tanto se acerca a una posible vulneración del derecho a un proceso judicial equitativo, en los términos referidos.

Igualmente cabe manifestar con la operatividad de las llamadas causas de exención de la responsabilidad criminal, referidas por el código Penal en sus artículos 20. 1, 20.2 y 20.3, para la enajenación mental, trastorno mental transitorio, intoxicación plena por ingestión de bebidas alcohólicas o drogas tóxicas, o alteración en la percepción con grave alteración de la conciencia de la realidad, pues la apreciación de las mismas permite al Ministerio Fiscal dar igualmente por concluido el expediente *de manera inapelable*, solicitando del juez de menores la aplicación de las medidas que corresponda, (artículos 5.2 y 7.1, letras d) y e), internamiento terapéutico o tratamiento ambulatorio), quien deberá resolver en Sentencia y no a través de un auto de sobreseimiento libre, al resolverse sobre la aplicación de una consecuencia jurídica relevante para los intereses del menor.

En todo caso, la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2000, buscó una respuesta jurídica ante el carácter inimpugnable de los Decretos emanados de los fiscales, afirmando que aquellas, no contienen un juicio definitivo sobre el fondo de la cuestión, sin que nada impida su revisión futura. En todo caso, la respuesta de la FGE en la Circular señalada, no produjo ningún efecto sedante o calmante acerca del carácter inimpugnable de las decisiones de los representantes jerarquizados de aquella institución, pues como ha venido declarando el Tribunal Constitucional de manera reiterada, el acceso al recurso, forma parte del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 de nuestra constitución, que sin embargo no ha sido teniendo en cuenta el legislador, en aras de garantizar la protección judicial efectiva sobre el desarrollo de la fase preliminar de la LORPM.

1.4.2.3.- Ausencia de una regulación específica sobre la asistencia jurídica de los menores en los centros de internamiento.

Las posibilidades beneficiosas que para el menor pudiera derivarse de la ejecución de la medida de internamiento, se encuentra en relación directa con la asistencia jurídica que aquél reciba durante el cumplimiento de la medida. La falta de contacto del menor con el letrado puede incidir en sus expectativas relativas a la modificación, sustitución o reducción de la medida impuesta.[1314]

La falta de asistencia jurídica durante el internamiento, ha sido una constante en los centros de Reforma de menores. La razón fundamental se encuentra en que algunos letrados se desentienden de la medida ejecutada, sin realizar ningún tipo de seguimiento a la misma. Debido a ello, el Defensor del Pueblo inició las correspondientes investigaciones sobre distintos colegios de abogados, porque además se había detectado que el departamento competente de alguna Comunidad Autónoma no facilitó a algún letrado los informes relativos al seguimiento y evolución del menor, contraviniendo lo establecido en el artículo 49 de la LORPM.

La desatención referida, dio lugar, a que determinados colegios de Abogados sean investigados. En concreto, en Mayo de 2004, se inició una investigación de oficio ante el Consejo Andaluz del Colegio de Abogados, con objeto de conocer los motivos por los que los abogados de oficio no visitaban a sus defendidos en los centros de internamiento.[1315] Esta iniciativa fue impulsada por el Defensor del Pueblo, de cuyo escrito se dio traslado a todos los colegios de Abogados de Andalucía. Del mismo modo, en el colegio de abogados de Madrid se tramitó y se realizó otra investigación sobre la asistencia jurídica de los letrados a los menores internados, como consecuencia de los datos facilitados al Defensor del Pueblo, por el instituto Madrileño del menor y la Familia durante el periodo comprendido entre el 1 de Septiembre 2002 y el 31 de Agosto de

[1314]Cfr. ORTÍZ GONZÁLEZ, L.A., Análisis legal y reglamentario de las medidas privativas de libertad. Especial consideración a las condiciones del internamiento en centro cerrado,según las actuaciones realizadas desde el Defensor del Pueblo, en la ley de responsabilidad penal del menor: situación actual, ob.cit,p. 74

[1315]Cfr. ORTÍZ GONZÁLEZ, L.A.,ob.cit,p.74

2003 sobre un total de 437 menores internados en 7 centros, de los que sólo fue visitado el 27 por ciento de los menores, recibiendo una sola visita.[1316]

Además, y en todo caso, también cabe denunciar la visión estrecha del propio Reglamento de menores en su regulación material sobre la necesidad de la asistencia jurídica en los centros de reforma. Es el punto 6 del artículo 41 del precitado Reglamento donde se establece que el abogado, en el momento de la visita, además de acreditarse, deberá presentar la "designación o documento en el que conste como defensor o representante del menor en la causas que se sigan contra él o por las cuales estuviere internado". Como afirma Ortiz García,[1317] "ignora el Reglamento que el menor puede necesitar una asesoría jurídica de un letrado para asesorarle en otras muchas materias, distintas de las que se refiere la LORPM". Cuestión ésta, que lleva a un nuevo germen comparativo en relación con el régimen interno que marca el derecho penitenciario de adultos, pues conforme a los artículos 48.2 y 4 de Reglamento penitenciario, se les permite a los internos recibir visitas de otros letrados,[1318] aunque no se encuentren personados en las causa, cuando hayan sido llamados expresamente por los internos a través de la Dirección del establecimiento o por sus familiares.

[1316]Cfr. ORTÍZ GARCÍA, L.A.,ob.cit,p.74

[1317]Cfr. ORTÍZ GARCÍA, L.A., ob.cit,p.77

[1318]Cfr. ORTÍZ GARCÍA, L.A., ob.cit,p.78. La Abogacía del General de Estado, en el informe que emitió al proyecto de Reglamento hizo constar que la normativa" debía marcar un mínimo de garantía, por lo que sería deseable en este párrafo 6, la previsión del artículo 48.2 y 4 del Reglamento General Penitenciario.

2.-EL DERECHO PENAL DE MENORES COMO DERECHO PENAL MÍNIMO.[1319]

2.1.-Significación.

El derecho penal juvenil debe caminar hacia la consecución de limitar la intervención a los casos estrictamente necesarios, adoptando en materia de respuesta punitiva mecanismos alternativos a las sanciones privativas de libertad con bases a adecuaciones político-criminales y criminológicas.[1320] En particular, si acudimos al interés del menor como principio informante, sería conveniente invertir los términos, afirmando que la pena privativa de libertad es en realidad la sanción alternativa y excepcional[1321]. En relación con esta posibilidad punitiva de coacción estatal, y

[1319]Vid. DE LA CUESTA AGUADO, P.M., Un derecho penal en la frontera del Caos, revista de estudios jurídicos y económicos de la fundación municipal universitaria de Algeciras, núm. 1, 1997,p.43. Este autor considera que el derecho penal mínimo debe permitir a la sociedad situarse en lo que los matemáticos y físicos denominan "estado crítico". El estado crítico será aquél estado en el que el equilibrio entre el orden y el desorden permita la máxima fluidez de las relaciones sociales,y como consecuencia,el mayor grado de satisfacción de las personas que integran dicha sociedad, es decir, aquél estado en el que la libertad de los individuos y la evolución social sea mayor. También BARATTA, A., La política criminal y el derecho penal de la Constitución: nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales, capítulo criminológico, Vol. 26, núm. 2, 1998. pp 33 y ss., para quien la actuación del derecho penal mínimo consiste en adelantar un esfuerzo continuo por el control de los mecanismos de criminalización, por la reforma de la legislación, de la policía y de la cárcel. Tal esfuerzo será dirigido a la realización de los principios constitucionales en materia penal y a la aplicación de los resultados de las más avanzadas investigaciones sobre el funcionamiento de los sistemas penales y sobre las políticas públicas de protección de los derechos.

[1320]Cfr MARTÍN RÍOS, M.P., Consideraciones acerca de la Circular 9/2011 de la FGE, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de reforma de menores, en Anuario de Justicia Penal de Menores. Edit. Astigi,p.175.También Vid. ROXIN,C/ARTZ GUNTHER/TIEDEMANN, K/., ob.cit,p. 33, "(...) en tales casos el legislador pretende ofrecer soluciones en lo posible a través de medidas sin carácter penal. En este sentido se dispone que con motivo de la comisión de un delito por un joven, puede ordenarse la aplicación de medidas educativas, que normalmente consisten en meras reglas de comportamiento para "promover y asegurar la educación del joven. De no bastar las medidas educativas, pueden aplicarse diversas medidas correctivas, como la reprensión, la imposición de realizar determinadas tareas y el arresto de jóvenes, que deben servir para hacerle presente que tiene que responder de sus hechos delictivos. Pero tales medidas todavía no presentan los efectos jurídicos de una pena."

[1321]Según el art.37.b) de la CDN, la privación de libertad es una medida excepcional y el último

con la relación existente entre la edad de ingreso a una prisión y la reincidencia, las investigaciones prácticas en la materia destacan que cuanto menor sea la edad de la persona que accede al sistema penal, más altas son las posibilidades de reincidencia[1322]

En este esquema, el sistema penal de menores debe ser estructurado en sus distintas dimensiones a través de un conjunto de principios que vengan a limitar la intervención y permita dar efectivo cumplimiento a la finalidad de lograr la reducción de hechos delictivos cometidos por menores, en quienes concurren, por el sólo hecho de serlo, deficiencias evolutivas que impiden una justa equiparación con el tratamiento jurídico dispensado a los delincuentes adultos.[1323] Por esto motivo, el sistema penal de menores debe huir de planteamientos sistémicos-funcionalistas,[1324] por

recurso, debiendo proceder por el periodo más breve posible. Por su parte la Regla 17.1 c) de Beijing prevé que sólo se impodrá la privación de libertad personal en el caso de que el joven sea condenado por un acto grave en el que exista violencia contra otra persona o por la reincidencia en cometer otros delitos graves, y siempre que no haya otra respuesta adecuada.

[1322]Citado por GIMÉNEZ SALINAS I COLOMER, E., La mediación y la reparación. Aproximación a un modelo en la mediación penal. Colección Justicia i Societat. Barcelona.1999. Pág 73. También puede consultarse, GARCÍA PÉREZ., La reforma de 2006 de la LORPM: la introducción del modelo de seguridad ciudadana, en JORGE BARREIRO, A./ FEIJOO SÁNCHEZ, B., ¿Qué hacer con los menores delincuentes?, en el nuevo derecho penal del menor desde una perspectiva interdisciplinar, Barcelona. 2008. Pág 31 y ss; en ésta obra se especifica el importante índice de reincidencia derivada de la aplicación del régimen cerrado, al ser aplicados a los menores más problemáticos y con peor pronóstico.

[1323]Entendemos que la diferenciación de los sistemas ha de ser un objetivo primordial. La propia CDN en su art. 40.3 señala que los Estados deben promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haberlas infringido. Como dice BERRÍOS DÍAZ, G., La ley de responsabilidad penal del adolescente como sistema de justicia:análisis y propuestas, política-criminal, Chile, 2011, p. 170**,** Alcanzar estas diferenciación o especialidad es un objetivo transversal que marcará en buena medida la dirección de otros objetivos, pues implica que quienes tienen el poder de tomar decisiones dentro de la justicia juvenil efectivamente lo ejerzan considerando las diferencias de quienes serán afectados por ellas.

[1324]Para SILVA-SÁNCHEZ, J.M., Aproximación al derecho penal contemporaneo, p. 305, el Derecho penal cumple, de facto, una función simbólica cuando su utilización tiene como principal-y a veces único-efecto de transmitir a la sociedad ciertos mensajes o contenidos valorativos, dirigidos en última instancia a sugerir una eficacia estatal en la resolución de los conflictos que no es tal en la realidad. También Vid. MUÑOZ CONDE, F., Derecho penal y control social, ob.cit,p. 28, para quien las teorías sistémicas, pretenden que la función del derecho penal se agote en garantizar el funcionamiento del sistema social. Añadiendo, que en última instancia, esta posibilidad conduciría a un derecho penal legitimador y reproductor de las injusticias sociales que al sustituir el concepto del bien jurídico por el de "funcionalidad del sistema" perdería el último punto de apoyo

ser inherente al menor su valor de individuo en pleno desarrollo evolutivo, que desde luego debe ser protegido,[1325] sin que el titular del ius puniendi esté legitimado para poner cortapisas al mismo a través de la sanción penal. Es decir, no puede concebirse un sistema penal de menores que se desentienda de la protección de los bienes jurídicos, y como tal, de garantizar el proceso evolutivo de los menores de manera adecuada y sin merma del mismo, en aras de otros fines que le son ajenos, como la seguridad y la firmeza en el cumplimiento de la norma. Estos planteamientos-sistémicos no miran al infractor para disuadirle, sino al ciudadano que cumple las leyes para tranquilizarle, con la finalidad de restablecer su confianza en las instituciones que se ha visto quebrantada por el delito[1326]. Por el contrario, la referida protección del individuo que no ha alcanzado la plena capacidad jurídica y social, es la que obliga al Estado a establecer unas medidas específicas frente a aquellas conductas desviadas constitutivas de delito, en las que rija por encima de todo, la prevención especial, tendente únicamente a resocializar o a enderezar el sistema socializador del menor, o simplemente a iniciar el proceso socializador mismo, evitando- en lo posible-la estigmatización y los efectos meramente retributivos que pudieran derivarse de una prevención general, en las medidas aplicadas al menor infractor por el ilícito penal cometido.[1327] En este sentido, no puede negarse, que uno de los aspectos diferenciadores del joven se encuentra en que debido a su estado de evolutivo es más fácilmente recuperable que el adulto y sus intereses coinciden en gran parte con los de la Sociedad cuya norma ha infringido, de ahí el amplio horizonte

---

que le queda para la crítica del derecho penal positivo.

[1325]Cfr. BENITEZ ORTÚZAR, I., Derecho penal de menores en el Estado Social y Democrático de Derecho: breve referencia a los principios que disciplinan el ius puniendi Estatal frente al joven infractor. I Congreso a Debate. ob.cit. pp. 54 y 55. "Pudiera decirse que la respuesta punitiva otorgada al sujeto responsable de sus actos que aún no alcanzado la mayoría de edad, deriva de una especie de " deber de garante" que asume el Estado respecto de aquellas personas a las que no se les reconoce capacidad en el tráfico jurídico. Aquellas personas que están aún en estado de desarrollo psicológico y biológico tutelado hasta su completa emancipación social que se alcanzará con la mayoría de edad".

[1326]Cfr. GARCÍA PABLOS., Derecho penal. Introducción. Madrid. 1995,p. 51

[1327]Cfr. BENITEZ ORTÚZAR, I., Derecho penal de menores en el Estado Social y Democrático de Derecho: breve referencia a los principios que disciplinan el ius puniendi Estatal frente al joven infractor, ob.cit,p. 55

llamado al ensayo cuyos resultados podrían ser extrapolados al derecho penal de Adultos.[1328] Esto lleva, a que la población debe percibir de primera mano, el criterio básico de que las necesidades sociales de la infancia y de la adolescencia, son el resultado de la ineficiencia o inexistencia de las políticas públicas.[1329] No le falta razón a Von Liszt cuando nos dice que la mejor política-criminal es una buena política social, tanto para la prevención de la criminalidad, como para la resocialización de los delincuentes.[1330]

En esencia el derecho penal de menores debe ser concebido como un derecho penal mínimo. Esta caracterización configura una intervención de la justicia juvenil que se asienta en un peldaño superior a aquél en el que se encuentra el carácter secundario propio del derecho penal de adultos y del que como derecho penal también participa el sistema penal de menores; de suerte, que llegada la necesidad de su aplicación y culminado el aspecto secundario, deben satisfacerse posteriormente los propios filtros inhibidores determinados por este sistema, antes de reactivar la intervención penal juvenil definitiva.[1331] Piénsese que la utilización inmediata y directa de la justicia juvenil como mecanismo de lucha contra la marginalidad social, supone reproducir la violencia a través del uso legítimo de la coerción estatal.[1332] Por esta razón, la salida más justa para del derecho penal juvenil

[1328]Cfr. MANZANARES SAMANIEGO, JOSÉ LUÍS., Mediación, reparación y conciliación en el proceso penal, Editorial Comares. Granada. 2007, p. 22.
[1329]Cfr. MARTÍN RÍOS, M.P., ob.cit,p. 176.
[1330]Vid. BERDUGO DE LA TORRE, I/ ARROYO ZAPATERO, L/ FERRÉ OLIVÉ, J.C/ GARCÍA RIVAS, N/ SERRANO PIEDECASAS, J. R/, TERRADILLOS BASCO, J., Curso de derecho Penal, Parte General, Ediciones Experiencia, SL, Barcelona, 2004, p. 82.
[1331]Según afirman ROXIN, C/ARTZ, GUNTHER/TIEDEMANN, K., ob.cit,p. 33., sólo cuando a pesar de haber sido aplicadas las anteriores medidas y no se han obtenido resultados positivos o cuando la culpabilidad sea grave, es cuando entran en juego los puntos de vista de la retribución y de la prevención general pero con una relevancia mucho menor que en el derecho penal de adultos.
[1332]Cfr. MARTÍN RÍOS, M.P., ob. cit,p.176. También Vid. ROLDÁN BARBERO, H., ¿Qué queda de la contestación social de los años 60 y 70 en la criminología actual?, en revista de derecho penal y criminología, 2002, núm. 10. pp. 221-222. Para quien el control social es un asunto de poder. En este sentido, RODRÍGUEZ MESA, MªJ., Las razones del derecho penal. Modelos de fundamentación y legitimación, en revista electrónica de derecho Penal y Crimonología, 2007, núm 9-10. pp.10:1-10:2,p. 10:3., identificando el control social como asunto de poder, expone que de este dato se han derivado dos importantes consecuencias para el Derecho penal y su función de control social., la concepción de la delincuencia como respuesta al conflicto de poderes, por una

se encuentra en el "derecho penal mínimo" que permite estructurar un sistema que entienda que toda intervención de los mecanismos formales de control social es violenta, y que también es violento el delito; procurando disminuir la violencia propia de todo sistema penal a fin de evitar la violencia que ocurriría, en caso de no tener lugar la solución penal.

El derecho penal mínimo, como decimos, conlleva particularizar la respuesta punitiva a partir de criterios resocializadores y educativos, sin olvidar que constituye al igual que el derecho penal de adultos, un instrumento de control social que actúa a través de prohibiciones y mandatos impuestos sobre el individuo.[1333] Y siendo cierto, que el derecho penal no es el único medio de control, existiendo múltiples instrumentos de control social disponible en cualquier sociedad organizada: opinión pública, sistema educativo, familia, religión, etc… la prevención contra la criminalidad derivada de la estructura juvenil, debe contar con una colaboración exhaustiva de naturaleza multidisciplinar.

A nuestro juicio, la esencia de esta concepción parte de su deber de mediatización tanto por la ineficacia previa del resto de los controles sociales, como por la aplicación de consideraciones político-criminales limitativas de la intervención, construidas a partir de principios naturales como el de necesidad[1334] o el interés del menor. Esta visión, nos permite afirmar de manera evidente, que

parte y la consideración del sistema penal como expresión de una violencia estructural, por otra.

[1333] Esta concepción del derecho penal, según RODRÍGUEZ MESA, MªJ., ob.cit,p. 10:14, obtiene su legitimación, en la medida en que se convierta en instrumento para la salvaguarda de una serie de bienes -que son los bienes jurídicos en cuanto presupuestos básicos de la convivencia social-que no deben lesionar ni con la realización del delito ni con la intervención punitiva en un Estado democrático, esta aludida función de protección de bienes jurídicos, ha de traducirse en la protección o tutela de los bienes jurídicos de " todos los ciudadanos" con independencia del lugar que ocupen en el sistema social, y con independencia, también, de que sean potenciales delincuentes o potenciales víctimas.

[1334]Con respecto a la necesidad, Vid. MORILLAS CUEVA, L., Los derechos humanos, homenaje al Excmo. Sr. D. Luís Portero García, Publicaciones de la Universidad de Granada, 2001, en el mismo sentido BENITEZ ORTÚZAR, I., El derecho penal de menores en el estado de social y democrático de derecho. Breve referencia a los principios que disciplinan el ius puniendi estatal respecto del

el legislador conculcaría los postulados mínimos si impusiera mandatos o prohibiciones en causas sobre hechos bagatelarios o que no generan un gran interés público en su persecución y sobre los que en definitiva, podría prescindirse de la acción penal[1335] a través de la aplicación de un criterio de oportunidad o de otras formas de terminación anticipada del proceso.[1336] De hecho, en los delitos leves y de mediana gravedad que son de lejos la mayoría en el ámbito de los menores, debe practicarse una mayor tolerancia para cubrir razones de prevención especial, en cuyo caso, la pena, tal y como afirma Roxín, puede quedarse por debajo de la medida de la culpabilidad y pueden producir eficacia todos los beneficios basados en las posibilidades de suspensión condicional de la pena, en la reconciliación civil y en el trabajo comunitario.[1337] Así, nada impide la desjudicialización y no incriminación de las formas imperfectas y de los actos preparatorios en el derecho penal de menores, salvo en los supuestos de delitos graves; y atendiendo a datos estadísticos que acreditan que la mayoría de los delitos cometidos por menores de edad son contra la propiedad, la despenalización de los delitos de hurto, hurto de uso de vehículos de motor, de los robos con fuerza

---

joven infractor, ob, cit,p. 60. "(...) A lo menor un día el derecho penal se muestra innecesario para la resolución de los conflictos sociales más graves, precisamente porque estos no existen, suprimidos por grandes dosis de solidaridad, igualdad y libertad. Mientras tanto y me temo por mucho tiempo, es imprescindible conseguir un derecho punitivo verdadero protector de los derechos humanos y una educación y un compromiso entre los ciudadanos que hagan inviable la destrucción gratuita, aberrante e incompresible de los bienes jurídicos del más alto nivel, entre ellos, la vida. Para que los hombre y mujeres, buenos, justos y comprometidos puedan aportar su sabiduría y bondad a una sociedad más libre, más equitativa y que ello lo pueden hacer sin temor, en paz (…)"

[1335]Siguiendo a GARCÍA PÉREZ, Los actuales principios rectores del derecho penal juvenil: un análisis crítico, en Revista de derecho penal y criminología, 2ª Época, núm.3. Uned, Madrid,p. 40, en referencia a la desjudicialización-diversión, expone que con éste último término se alude a una serie de técnicas tendentes a poner fin al proceso penal formal en fases anteriores a la constatación de la culpabilidad del menor, renunciando a la acusación o suspendiendo el proceso o incluso impidiendo que se inicie, no comunicando la policía la notitia criminis a los órganos de la administración de justicia. Además señala, como razones fundamentales para la desjudicialización, por un lado, la necesidad de evitar la estigmatización del infractor por medio del proceso penal y las sanciones en él impuestas, así como, la necesidad de descongestionar una Administración de Justicia sobrecargada de trabajo. En todo caso, el art.2 de la Recomendación NRO(87) 20 del Consejo de Europa, propone alentar el desarrollo de procedimientos de desjudicialización y de mediación "a fin de evitar a los menores la asunción por el sistema de justicia penal y las consecuencias derivada de ello"

[1336]Cfr. MARTÍN RIÓS, M. P, ob .cit,p. 165

[1337]Cfr. ROXIN,C., ob. cit,p. 83

en las cosas o los daños, frente a los que se recurrirá exclusivamente a medidas de reparación del daño causado.[1338] Como venimos afirmando el principio de intervención mínima alcanza su máxima intensidad en el derecho penal de menores, en aras de un efectivo cumplimiento de los superiores objetivos de la constitución[1339], con el añadido de tutelar el desarrollo evolutivo de todo menor.

Por otro lado, la intervención mínima del derecho penal entendido como un todo o como una unidad, debe expandirse ante la especialidad intrínseca del derecho penal de menores, cuya activación debe contar además con el fracaso previo de los frenos inhibitorios de su intervención especifica, que han de estar predeterminados en base al principio de legalidad. En este sentido, la intervención mínima del derecho penal no basta para justificar la activación del sistema penal de menores hasta sus últimas respuestas. Se busca derivar el delito y sus consecuencias a cauces informales de solución de conflictos, reservando la intervención punitiva para aquellos casos que son irresolubles[1340]. Véase, que ante la existencia de indicios racionales de criminalidad sobre un hecho típico previsto en el código penal de adultos y colmadas las exigencias de la intervención

[1338]Vid. PORTILLA CONTRERAS, G., Fundamentos teóricos de una alternativa al concepto de tradicional de inimputabilidad del menor, protección jurídica del menor, Comares, Granada, 1997,p. 131-133

[1339]Como afirma ZUÑIGA RODRÍGUEZ, E., La política criminal, Madrid, 2001. ob.cit,p. 50, el sistema de valores y principios contenido en la Constitución constituye sin duda el marco de referencia básico y fundamental de las valoraciones político-criminales que deben guiar cualquier programa de lucha contra la criminalidad. En el mismo sentido ARROYO ZAPATERO, L., Fundamento y función del sistema penal: el programa de la Constitución, revista de la Universidad de Castilla la Mancha, 1987,p. 99, para quien la Constitución no es una mera regla formal de atribución de competencias, sino que comprende también un amplísimo catálogo de prescripciones materiales, por lo que el ordenamiento penal forzosamente ha de ser comprendido e integrado a la luz de los principios constitucionales. También Vid, ARROYO ZAPATERO, L., Control constitucional del derecho y de la justicia penal, CPC, 1987,p. 385 y ss, en el que se hace referencia "al programa penal de la Constitución" que es entendido por LAMARCA PÉREZ, C., Posibilidades y límites de la dogmática penal, CPC, 1987,p. 547, como un conjunto de valores, principios y normas que sin determinar por completo las opciones legislativas, limitan y dotan de un sentido finalista a esta rama del ordenamiento jurídico.

[1340]Cfr. VERDE, C., La mediación penal juvenil, su evolución en el derecho comparado, en el libro de ponencia del X congreso de Nacional de Derecho Penal y Criminología. Facultad de derecho. Buenos Aires. 2002, citado por mismo autor en, Mediación sistema penal juvenil, Análisis en el derecho comparado. Estudios jurídicos, Facultad de derecho. Buenos Aires,p. 305. Disponible en www.juridicas.unam. mx/publica/librev/.pdf.

mínima a través de la tipicidad, no debe impedirse en el plano del derecho penal de menores, la supresión del procedimiento ante la justicia penal y la remisión a través de una nueva orientación a los servicios comunitarios; lo que permite inducir hacía la autonomía individual de este sistema.

Esta orientación mínima acerca del derecho penal de menores se infiere del artículo 40-3 b) de la CDN cuando refiere " siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán los derechos humanos y las garantías legales."[1341] Del mismo modo el artículo 11 de las Reglas de Beijing reclama la posibilidad de ocuparse de jóvenes infractores sin recurrir a los órganos encargados de su enjuiciamiento formal; lo que en definitiva faculta a la policía, al Ministerio Fiscal y a cualquier otra institución que tenga que ver con la delincuencia juvenil para que resuelva discrecionalmente estos casos, cuya decisión puede ser remitir al menor a una institución de la comunidad.[1342] Las directrices de Riad, por su parte, también son bastantes explicitas para justificar esta concepción. En concreto su artículo 58, refiere que el personal de la administración juvenil debe estar al corriente de los programas y posibilidades de remisión a otros servicios, y recurrir a ellos en la medida de lo posible "con el fin de sustraer a los jóvenes del sistema de justicia penal".

La búsqueda de ésta salida en el derecho penal de menor no supone que las consecuencias del delito deban permanecer ineficaces o inactivas, sino que la justicia de aplicación debe acudir a otras coordenadas especificas que configuren un derecho penal independiente, a través de una política-criminal que permita sobre todo buscar la manera de solucionar el conflicto generado por el delito cometido, más que procurar acudir a otras finalidades, pertenecientes al ámbito del derecho penal de adultos.

[1341]Vid. Art. 43.b) de la CDN.

[1342]Cfr. MARTÍN LÓPEZ, M,T., Delincuencia Juvenil y Normativa internacional, homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. Ediciones de la Universidad de Castilla- La mancha. Ediciones universidad Salamanca. Cuenca. 2001. También disponible en www.cienciaspenales.net,p. 352.

Este sistema ha de integrarse formal y materialmente de manera autónoma en único código, en el que se distingan las políticas sociales de la política-criminal y se recoja la defensa y reconocimiento de los derechos de los niños y adolescentes como una cuestión que depende de un adecuado desarrollo de políticas sociales, entendidas como responsabilidad conjunta en su diseño y ejecución[1343]. No se trata de prescindir de la política-criminal sino de integrarla de manera específica con una política social especializada en una única norma. Esto significa que no puede en mi opinión, prescindirse en la estructuración del sistema penal de menores de prioridades asociadas a la Justicia Social y educacional, siempre sin olvidar la proyección reparadora como eje central del sistema, en el que se integre; tanto el menor, la comunidad, como la propia víctima.

2.2.-El interés superior del menor: su función como configurado de la sanción educativa y como limite de la intervención penal.

2.2.1.-El interés superior del menor y su función como configurador de la sanción educativa.

No cabe desconocer que la conceptualización del principio del interés superior del menor[1344]

[1343]Cfr. BELOFF, M., Los nuevos sistema de justicia juvenil en América latina, en Justicia y derechos del niño.UNICEF, fondo de las Naciones Unidas para la Infancia. Disponible en www.unicef.cl. Pág 13.

[1344] Este concepto procedente del derecho anglosajón que se ha introducido en nuestro ordenamiento a través de la ratificación de determinados instrumentos internacionales. En la Inglaterra del S.XVIII la relación jurídica del padre con sus hijos pertenecía al ámbito del derecho de propiedad. En las separaciones matrimoniales, el padre conservaba esa titularidad, y podía recuperar la posesión de sus hijos que se encontraba en manos de su madre, ejercitando el llamado "habeas corpus". Sin embargo los repertorios de jurisprudencia recogen casos en que el tribunal denegó ese habeas corpus, basándose que ello parecía que era lo mejor para el menor. Estos casos como *Delaval, 1763, De Mannenville, 1804, Greenhill, 1836,* dieron origen a la reforma de la ley de custodia de menores de 1839, que consagra el cannon law, como 2 la doctrina de los años tiernos", por la que se concedía facultades a los tribunales para presumir que cada custodia de la madre correspondía a mejor interés del menor de 7 años. La presunción se amplió hasta los 16 años en 1873. Cfr. MARTÍN OSTOS., En torno al interés superior del menor, en anuario de justicia de menores, editorial Astigi, 2011, ob.cit,p. 43. "En la actualidad se observa una creciente presencia de la expresión interés superior del niño en los instrumentos jurídicos internacionales, como la

se encuentra muy desdibujado en la ciencia penal por cuanto pertenece a la categoría de los denominados conceptos jurídicos indeterminados, tan problemáticos e imprecisos. A diferencia del amplio estudio dogmático que se ha llevado a cabo sobre la existencia de consagrados principios que hoy nadie discute, imprescindibles para cumplimentar el sistema del hecho punible, tales como el de tipicidad o legalidad, sin embargo el principio relativo al interés del menor se encuentra en el fango de la indeterminación[1345] y en mi opinión sufriendo un escaso desarrollo dogmático y doctrinal desde un punto de vista jurídico-penal. Como advierte Roxin, constituye una de las tareas de la política-criminal más descuidadas hasta ahora por la ciencia penal.[1346] El principio del interés del menor es un principio de salvaguarda, que debe cumplir una función político-criminal que no debe circunscribirse exclusivamente a la fase de aplicación de la norma,[1347] sino que ha de ser el motor fundamental sobre el cual construir todo el sistema penal de menores en sus distintas dimensiones, sustantiva, procesal y ejecutiva. Se trata de conseguir la transversalidad de una norma jurídico-penal plenamente independiente, alejada del relativismo reformista insatisfecho,[1348] que

declaración de ginebra sobre los derechos del niño de 1924, en el que si bien no se habla de interés superior, se está en el comienzo de una especial preocupación internacional por el niño, también cabe mencionar el artículo 2.1, y 25.2 *de la declaración universal de los derechos humanos*, el artículo 6.1 y 14, del convenio p*ara la protección de los derechos humanos y de las libertades individuales,* el artículo 2, 25.6, 6.5, 10.b), 10.3, 14.1, 14.4,23.4, 24 *del pacto internacional de los derechos civiles y políticos,* y por último la *convención sobre los derechos del niño,* donde se menciona expresamente el interés superior del niño en diferentes ocasiones; así los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos atenderán primordialmente a dicho interés. Igualmente en su artículo 40.b) se recoge literalmente "el interés superior del niño" en los supuestos de que sea sometido a un procedimiento por infracción de ley penal".

[1345]Cfr. MARTÍN OSTOS., El interés del menor., ob.cit.p. 39. "Resulta evidente que el interés superior del menor, a modo de concepto jurídico indeterminado, no contiene límites concretos y claros. En consecuencia, se corre el riesgo de ser utilizado para legitimar decisiones que no se adecuen a lo que en realidad pretende su proclamación. Al no existir unanimidad en torno a su significado, cabe la producción de errores tanto en la teoría como en la práctica administrativa y judicial, utilizándose, no siempre con acierto, como esfuerzo de los propios argumentos o para fundamentar el dictado de una resolución"

[1346]Cfr. ROXIN, C.,ob.cit,p. 53.

[1347]Vid. STC, cit. Se refieren al interés del menor como "norte del órgano" o como "criterio que ha de presidir la actuación judicial".

[1348]Como venimos reiterando, las sucesivas reformas han supuesto un endurecimiento paulatino del sistema penal de menores, encontrando justificación en la alegación por parte del legislador, de que el interés superior del menor es perfectamente conciliable con otros bienes constitucionales, como la seguridad colectiva y la dispensación de un mayor grado de protección a las víctimas,

impida sucesivas e interminables modificaciones relativas al contexto punitivo de la misma,[1349] como también afectantes a su ámbito objetivo.[1350]

Este principio, guste o no a cierto convencionalismo social, posee un reconocimiento internacional que pasa por admitir un sustrato de significación beneficiosa para el menor en las distintas esferas jurídicas, pues parte intrínsecamente de que el infractor antes que infractor es ante todo "menor",[1351] y como tal, debe impedirse toda decisión que pudiera tener un efecto

endureciéndose el sistema e incrementando el periodo de internamiento en régimen cerrado, que en los casos especialmente graves pueden extenderse hasta un máximo de 10 años. Para CARMONA SALGADO.,ob.cit.p. 216, tal incremento temporal, no obedece a otro interés que el carcelario, en detrimento de otros intereses educacionales, cuya consagración debe inspirar la política-criminal del régimen penal de menores.

[1349]Cfr. NIETO GARCÍA.,ob.cit.p.30. Considera obvio, como puede observarse a través de las sucesivas reformas de la LORPM que el legislador no ha hecho uso de éste principio, como tampoco de otros derivados de mismo, porque ni el relativo a la flexibilidad de las medidas, ni el de su carácter esencialmente educativo ha servido para justificar las inquietudes reformistas del legislador. Las sucesivas modificaciones ocasionadas en la LORPM producen un endurecimiento paulatino de ésta, a través de principios y postulados propios del régimen penal de adultos, que vacían de contenido y dejan sin vigencia efectiva aquellos principios básicos inspiradores de la naturaleza original de la LO 5/2000.

[1350] No es nueva la pretensión reformista relativa a incluir a menores de edad inferior a los 14 años en el ámbito de la responsabilidad penal; modificación que ya ha sido demandada por la Fiscalía General del Estado, en su propuesta a través del informe del Pleno del Consejo Fiscal de 20 de Diciembre de 200. Cfr. DOLZ LAGO, Anuario de Justicia de Memores, ob.cit. 2011.,ob.cit,p. 68. " El informe del Pleno del Consejo Fiscal de fecha 20 de Diciembre de 2005 sobre el anteproyecto de reforma de la LORPM, sobre este particular, tras constatar que no pueden quedar sin intervención los menores de edades inferiores a 14 años cuando cometen hechos graves, afirma: "(...Desde el punto de vista de la praxis , existen supuestos en los que menores de 12 y 13 años han iniciado la senda de la delincuencia grave (fundamentalmente robos con violencia con empleo de armas) (…) y es cierto que esa preocupación podría tener respuesta , como algunos sectores doctrinales propugnan y explícitamente pretende el texto del artículo 3 de la LORPM, en una adecuada reacción del sistema civil de protección de menores. Pero no es menos cierto que en plano de la realidad, a menos a fecha de hoy, semejante previsión legal arroja un desmembrado fruto, y aporta en consecuencia escaso sustento a esa posición. (..) Ante esta realidad constatada, podría optarse por una de las posibles vías: Una romper con la presunción iuris et de iure de que por debajo de 14 años no es exigible al menor, ningún tipo de responsabilidad, cuyo fundamento no está claro científicamente, y abordar en consecuencia el tratamiento de los menores de 12 y 13 años dentro del Sistema de la Ley penal juvenil. Articulando, eso sí, un amplio margen para aplicar el principio de oportunidad, que debería operar sobre todo tipo delitos, tanto graves como menos graves, de modo que el principio fuera el de no intervención en la generalidad de los supuestos, pero dejando un portillo abierto para tales intervenciones cuando sean absolutamente imprescindibles."

[1351]Vid. MARTÍN OSTOS., ob.cit,p. 39.

contraproducente para el mismo. El principio del superior interés del menor se ha definido como un principio general inspirador de toda la legislación relativa al menor y que no se concreta en una serie de derechos o garantías particulares, aunque lógicamente también los incluya. Por medio del mismo el legislador manifiesta la voluntad de aspirar siempre a la consecución del bien superior del menor, por encima de otros intereses que pudiera haber en conflicto[1352].

En este sentido, se funda en la consideración social de la evidente debilidad del menor o lo que es lo mismo en su comprensible vulnerabilidad,[1353] condición que induce a buscar términos más adecuados para el plano teórico. Por esta razón, si atendemos a este principio, debe abandonarse la denominación "menores"[1354] que constituye una referencia negativa al identificarlos por lo que no tienen, no saben o no son capaces, para hacerlo de manera afirmativa, como "niños", "niñas" y adolescentes sujetos plenos de derecho.[1355] Del mismo modo, también cabe hacer inversión en el uso del términos referido a las penas en el derecho penal de adultos, pues no se trata tanto de buscar alternativas a la pena de privativa de libertad, como especificar tajantemente que lo alternativo y excepcional es la privación de libertad. Por otro lado, el interés del menor debe ser ensalzado en un grado excluyente puesto que la búsqueda de su equiparación o compatibilidad con otros intereses, como el de pretender lograr una mayor proporcionalidad entre la respuesta sancionadora y la gravedad del hecho cometido, obstaculiza los efectos productores de su sistema, entre los que se encuentra aquél que impide la entrada de normas endurecedoras, contrarias a este principio fundamentador.

La doctrina que se muestra a favor de esta conciliación o compatibilidad del interés del

[1352]Cfr. MARTÍN OSTOS., ob,cit,p. p. 47
[1353]Cfr. MARTÍN OSTOS.,ob.cit,p. 48.
[1354] La generalidad de los países de América latina han abandonado la denominación "menores" a excepción del Salvador.
[1355]Cfr. BELOFF, M., ob.cit,p.14.

menor con otros principios y en concreto con la búsqueda de la proporcionalidad sancionadora con la gravedad del hecho cometido, atiende fundamentalmente a la Exposición de Motivos de la LORPM según la cual el interés del menor es perfectamente compatible con el objetivo de pretender una mayor proporcionalidad entre la respuesta sancionadora y la gravedad del hecho cometido, sosteniendo que el sistema sigue dejando en manos del juez, en último caso, la valoración y la ponderación de ambos principios de modo flexible y a favor de la óptima individualización de la respuesta. Argumentan, que de otro modo, nos llevaría a entender de un modo trivial que el interés superior del menor es no sólo superior sino único y excluyente, frente a otros bienes constitucionales a cuyo aseguramiento obedece toda forma punitiva o correccional.[1356]

En nuestra opinión, ésta posición aniquila lo que de singular posee el pretendido ámbito jurídico penal de menores que no pierde su carácter de norma correccional por proclamar el carácter excluyente del principio del interés del menor, y si la respuesta sancionadora se hace proporcional al hecho como en el procedimiento de adultos, es decir una vez acreditado el presupuesto de hecho, la consecuencia jurídica viene dada por el código penal con la proporcionalidad que resulta de la tipificación penal, entonces el interés del menor resultará irrelevante, al condicionar la respuesta al automatismo legal sin las consideraciones que singularizan la respuesta a los menores infractores.[1357] En particular, la proclamación del interés de menor debe afianzarse en la legislación penal de menores de una manera objetiva y excluyente, al ser tal principio incompatible con un automatismo punitivo similar al que provoca la tipicidad de adultos, dado que la sanción derivada del ámbito jurídico-penal de menores se mueve dentro del parámetro de la flexibilidad en la imposición de la consecuencia jurídica y las medidas deben elegirse no en proporción al daño

[1356]Cfr. MARTÍN OSTOS., ob.cit,p. 45.
[1357]Vid. GARCÍA PÉREZ, O.,La introducción del modelos de Seguridad ciudadana en la Justicia de Menores, en La ley de responsabilidad Penal del Menor: Situación actual., ob.cit., Nota pie, Voto particular del CGPJ sobre la última reforma de la LORPM,p. 431.

causado, sino en atención a las características de la persona y de sus necesidades personales.[1358]

Por otro lado, es conveniente depurar en el ámbito de la consecuencia jurídica que corresponda, que la salvaguarda excluyente de tal principio no coincide necesariamente con lo más cómodo para el menor en tanto que debe ser ayudado a educarse y desarrollarse, y tales consecuencias no están exentas de sacrificios.[1359.] De hecho es frecuente, porque así está gobernado procedimentalamente, que todos los intervinientes en la ejecución de una medida informan sobre lo más conveniente para el menor con la contrapartida natural de que al menor no le interese lo que más le pudiera convenir[1360] y es en este punto donde entra uno de los elementos que de penal posee el sistema de menores, pues a través de instrumentos como la obligatoriedad del cumplimiento de la medida, bien sea la inicialmente impuesta o la sustituida, se pretende taimar el camino hacía su socialización. Esto significa que las medidas socioeducativas van a constituir la sanción principal

[1358]Cfr. BUENO ARUS, F.,ob.cit,p. 309.
[1359]Cfr. BUENO ARÚS, F.,ob.cit,p. 291.
[1360]Cfr. ALTAVA-LAVALL, en Justicia Penal de menores y jóvenes.,ob.cit.p.373. "que éste interés ha de ser primordial pero no exclusivo, suponiendo ello que el menor debe ser considerado como un ser individual, independiente de sus padres o de las personas de quienes depende, debiéndose tener asimismo en cuenta el interés del resto de las personas involucradas en el entorno del menor, máxime, dada la importancia en que aparece el papel de la familia, respecto a los menores en nuestra sociedad". No obstante, en nuestra opinión, el interés del menor es una expectativa jurídica de cuyo título es acreedor en exclusiva el propio menor, perteneciendo de plano a su cualidad como persona en fase de desarrollo; esto supone y es lo que ocurre en ocasiones, que el propio entorno familiar no posee las condiciones necesarias para consolidar y desarrollar adecuadamente aquél principio, y en todo caso, y cuando la posee, el interés familiar puede no ser coincidente con el visionado técnicamente. Un claro ejemplo gráfico de lo expuesto, es fácilmente observable con los menores extranjeros, a partir de la repatriación, existiendo resoluciones como el Auto del juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 15 de Madrid de fecha 20 de Junio de 2006, donde se dispone en su fundamento jurídico cuarto, que la familia no tiene capacidad para velar por la integridad del menor ni para procurarle cuidado y que " de reagruparlo, viviría una situación de mayor desprotección y vulnerabilidad social". También se llega a suspender la ejecución de la repatriación, en el auto de 22 de Junio de 2006 del Juzgado contencioso administrativo nº18 de Madrid, en el supuesto en el que el menor se encontraba embarcado en el avión, al no haber sido oído el menor en el trámite de audiencia pudiendo resultar afectado el derecho a la tutela judicial efectiva. Previamente en un auto de 6 de Abril del 2006, (Juzgado de los contencioso n14 de Madrid), se acordaba nombrar defensor judicial al menor, por existir conflicto de intereses entre el menor y las instituciones de tutela "debiendo primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legitimo que pudiera concurrir". Vid. NIETO, LC., Los derechos de los menores extranjeros. Consejo General del Poder judicial. Centro de documentación judicial. 2006. pp. 27-28.

pero que en tanto que compuestas por prohibiciones y mandatos no dejan de tener connotación negativa porque implican una restricción de derechos,[1361] y a pesar de que signifiquen la mínima intervención posible de carácter penal, tampoco dejan de ser sanciones,[1362] por lo que es preciso que los operadores jurídicos no recurran a ellas en aquellos casos que no hubieran sido sancionados, produciendo en realidad un efecto contrario al ampliar la intervención jurídico-penal.[1363]

No obstante, la intervención penal a través de la función educativa no ha sido una cuestión pacifica en el ámbito de la dogmática-penal. Foerster en 1912, escribía que educación en vez de pena, es un lema equivoco, porque la pena misma es la portadora imprescindible del proceso generador de la educación. Este autor ponía la comparativa de que poner a un delincuente real en la educación asistencial antes que sea colocado en el lugar correcto a su delito a través de una pena precisa, es lo mismo que coser una herida, sin antes haberla limpiado y sin antes haber puesto en actividad las propias fuerzas del organismo para la expulsión de la infección.[1364] Sin embargo para Lange, debía proclamarse "no educación en vez de pena" sino: "educación a través de la pena e inseparable de su correlato", tratando de aplicar tanto como sea posible, en el campo de las medidas educativas, el pensamiento pedagógico de la expiación.[1365] Por su parte Peters, entendía que el pensamiento educativo no está en contradicción indisoluble con la idea retributiva o lo que es lo

[1361]Vid. BARATTA, A., Elementos de un nuevo derecho para la infancia y la adolescencia, Ministerio de Justicia del salvador y otros (editor), La niñez y la adolescencia en conflicto con la ley penal, San Salvador. Editorial Hombres de Maíz, 1995. pp. 47-62., para este autor estas medidas comportan una restricción de derechos y teniendo como título jurídico la realización culpable de una figura delictiva, son sanciones negativas, aunque su finalidad sea reeducar.

[1362]Cfr. COUSO, J., Principio educativo y resocialización en el derecho penal juvenil, en justicia y derecho juvenil, Unicef, VVAA, ob.cit,p. 225. "Kant y Hegel, entendían que la pena preventivo especial, que en cierta forma se dirige a modificar la personalidad del individuo por medio de la fuerza, representa una lesión a la dignidad humana."

[1363]Cfr. MARTÍN RÍOS, M, P.,Consideraciones acerca de la circular 9/2011 de la FGE sobre criterios de actuación especializada del Ministerios Fiscal en Materia de Reforma de Menores. Anuario de Justicia de Menores. Edit. Astigi. 2011,p.165.

[1364]Cfr FOERSTER. Schaffstein/Miehe.1912, citado por ALBRECHT. P.A., Derecho penal de menores. Edit. PPU. Barcelona.1990,p.97

[1365]Cfr. LANGE, 1964, citado por ALBERCHT.,ob.cit,p. 97.

mismo, el sometimiento a un orden, el tener que estar dispuesto al orden, la vinculación respecto de la comunidad y la obligación de reconocer los derechos de otros.[1366] En todo caso, el ataque más frontal que pudo hacerse acerca del uso de la intervención educativa como pena en el sistema penal, lo protagonizó V. Liszt, al señalar que no se puede dudar de que la bondad del mejoramiento es independiente de la perpetración de una acción punible y llegaba a preguntarse ¿No es más equivoco impartir únicamente el cuidado estatal a los que han caído en delito?.[1367] Pues bien, esta visión de la función de la sanción penal, puede ser interpretada, afirmando que si la aplicación del derecho penal fuese sólo un acto de beneficencia y ayuda constructiva de socialización, eventualmente se podría estar de acuerdo con el entusiasmo estatal social, con lo cual, para un menor, no podrá darse algo mejor que ser aprehendido por las sanciones educativas de la ley penal de Menores.[1368] Siguiendo esta crítica posición, también sería fácil sostener que constituiría un inmenso perjuicio para el menor, que el abogado o la familia pretendiera una absolución a toda costa, legitimando las mentiras del interesado y la de los falsos testigos con o sin juramento.[1369] No obstante, Albrecht salva esta posición, partiendo de la diferenciación entre "educación" en el sentido derivado de la pedagogía, y la educación procedente del ejercicio coactivo del Estado, que tiene como único objetivo " la dirección parcial del comportamiento, en el sentido de la exigencia de un comportamiento legal."[1370]

En nuestra opinión, la pretensión educativa como manifestación de la salvaguarda del interés del menor se encuentra legitimada desde el momento en que al menor como sujeto de derecho no sólo le corresponde los derechos que pudieran corresponderle al adulto, sino que además le corresponden los derivados de su consideración de sujeto en pleno desarrollo evolutivo, y con ello,

[1366]Cfr. PETERS 1961, citado por ALBERCHT.,ob.cit,p.97
[1367]Cfr. VON LISZT. 1982, Simonsohn.969, 38. En el mismo sentido ALBRECHT.,ob.cit,p. 94.
[1368]Cfr. ALBRECHT.,ob.cit,p. 95
[1369]Cfr. BUENO ARÚS, F.,ob.cit,p. 291.
[1370]Cfr. ALBRECHT. P.A., ob.cit, pp. 108-109.

de manera maximizada por esta condición, aspectos relacionados con la dignidad, con la autonomía moral y con el libre desarrollo de la personalidad, de suerte que la fuerza coactiva del Estado a través de la sanción penal no puede ignorar este reconocimiento ni atentar contra el mismo. Cabe entonces preguntarse si está o no el Estado legitimado para privar mediante la fuerza coactiva de la sanción penal el derecho del menor a su propio desarrollo evolutivo y la respuesta debe ser negativa, cuando la sanción penal escape a fines educacionales[1371] o de otra naturaleza incompatibles con el interés del menor, porque de otro modo se estaría vulnerando el derecho a su propio desarrollo. Esto significa también, que la coacción Estatal debe centrarse exclusivamente en fines educacionales, a pesar de que el menor, no coopere o no quiera ser resocializado.[1372] En este sentido, nada legitima al Estado a determinar penas aflictivas que invadan, entorpezcan o afecten a la evolución necesaria para la construcción del adulto con la capacidad necesaria y adecuada para vivir en sociedad, fuera de la búsqueda de la educación.[1373] Por tal motivo, comportamimos opinión con Roxin, para quien la culpabilidad del acto propio del derecho común retrocede aquí ante un derecho penal del autor. Así, en tanto que el tribunal se límite a la aplicación de estrictas medidas educativas, el hecho cometido por el menor, se limitará a tener un valor sintomático para su pronóstico social, aunque también, en los medios correctivos y en las penas, la idea de la compensación proporcional del hecho debe ceder ante el pronóstico educativo.[1374]

[1371]Roxin afirma con base a la prevención especial socializadora que la pena para jóvenes ha de determinarse de tal modo que resulte posible el efecto reeducador, (…) se renuncia al efecto imitador de la pena que proporciona el principio de culpabilidad cuando resulte necesario para alcanzar el fin de la reeducación y no resulta del todo desproporcionada con la culpabilidad del autor. Vid. ROXIN,C., La parte general del derecho penal sustantivo en ROXIN, ARZT, TIEDEMANN, Introducción al derecho penal procesal. 1989,p. 33. En el mismo sentido MAURACH., Derecho Penal. Barcelona Boch. Volumen II, traducido por J.CÓRDOBA RODA.1962,p. 592.

[1372]Vid. ROXIN, C., **S**trafrencht. Allgemeiner Teil, Gudlagen Der aufbau verbre chenlehre, 2ªed, Münchem, 1994, par. 3, rn38.

[1373]Cfr. La jurisprudencia constitucional Alemana, niega que el Estado tenga la misión de mejora a los ciudadanos, Vid. ROXIN, C., ult.ob.cit, par. 3, m17 y 38.

[1374]Cfr. ROXIN,C., La parte general del derecho penal sustantivo, ob.cit, p. 33.

Se trata en nuestra opinión de una cuestión que entra en el debate sobre el respeto a garantías específicas que corresponden a la condición de personas que están creciendo. Por eso, deslegitimar la función educativa de la sanción estatal implica admitir de manera exclusiva que el menor es sujeto de derecho al igual que los adultos, lo que permitiría englobar y no diferenciar, la respuesta penal. A título de ejemplo, fue a través de esta equiparación de estatus jurídico la que llevó a que los niños en Norteamérica pagaran un alto precio, pues fueron tratados igual que los adultos. Si bien, a partir de la CDN la comunidad internacional aprendió la lección, aplicando al derecho penal de menores sus propios fundamentos, y considerando que el menor no es ni media persona ni persona incompleta, sino una persona que está en desarrollo evolutivo. Las personas son personas completas en cada momento de su crecimiento.[1375] En realidad, la educación en sentido jurídico-penal requiere de un profundo desarrollo por parte del legislador y de una construcción técnica que beba de posibilidades socializadoras, entendiendo ésta, como la internacionalización de un sistema de normas de comportamiento que permite a la mayoría de los hombres llevar una vida ordenada y conforme a la ley.[1376]

Sin embargo, el principio del interés del menor manifestado en el sentido educativo de la consecuencia penal, puede configurarse como insuficiente a efectos preventivos generales, si bien, lo relevante en este sistema de justicia es el valor resocializador que produce la reparación y conciliación entre el autor y la víctima, de modo autónomo. Del mismo modo, el principio de culpabilidad, fundamenta una menor responsabilidad (cuando no su exención), y en consecuencia unas penas menos severas, en atención a las menores competencias sociales, capacidad de autocontrol y posibilidades alternativas de comportamiento de los adolescentes y más aún para los

[1375]Vid. BELOFF, M., Algunas confusiones en torno a las consecuencias jurídicas de la conducta transgresora de la ley penal en los nuevos sistemas de justicia juvenil latinoamericanos. En adolescentes y responsabilidad Penal, Ad Hoc, Buenos Aires, 2001. Nota al pie,p. 11
[1376]Cfr. ALBRECHT, P,A.,ob.cit,p. 101.

que tienen más desventajas.[1377] Así, conforme al interés del menor, esta culpabilidad se entiende en sentido inverso, en el sentido de que se centra en el autor, pero no para intensificar su carga sobre el más peligroso, sino para no exigir a cada uno más que lo que podía haber dado.[1378]

En conclusión, se trata de conseguir un modelo de justicia que encuentre un equilibrio entre lo judicial y lo educativo, y para lo cual la responsabilidad penal del joven pasa a primer plano y el hecho cometido va a ser el punto de referencia del proceso y de las medidas a aplicar, donde adquiere especial relevancia su orientación educativa; y precisamente el respeto constante a su superior interés permite el mantenimiento de esa finalidad educativa del procedimiento a pesar de la merecida sanción que le pueda corresponder.[1379]

En todo caso, para que el pensamiento educativo en la intervención penal no venga a constituir una mera construcción teórica es preciso atender al interés del menor como medio legitimador para que la prevención especial a través de la pena en sentido educativo, pase por encima de la compensación de culpabilidad; aunque obviamente se necesita una construcción del sistema penal de menores que abarque sus tres dimensiones, tanto sustantiva, procesal y ejecutiva, y que parta de la edificación del concepto jurídico-penal del interés del menor.

2.2.2.- El interés del menor como principio limitativo de la intervención penal.

Como ocurre con el derecho penal de adultos, la consideración del derecho penal de menores como instrumento de control social, obliga a admitir que éste se encuentra delimitado por unos principios que suponen un límite al intervencionismo estatal en la libertad individual del ser

[1377]Cfr. COUSO, J., ob.cit,p. 227
[1378]Cfr. COUSO, J., ob.cit,p. 227.
[1379]Cfr. ALTAVA-LAVALL.,ob, cit,p. 357.

humano.[1380] De ahí, que un sistema penal está justificado sí, y si sólo, minimiza la violencia arbitraria en la sociedad, reduciendo la violencia punitiva y maximiza la tutela de derechos, alcanzando dicho fin en la medida en que se satisfaga las garantías penales y procesales del derecho penal mínimo. La legitimación del derecho penal requiere, pues, el establecimiento de límites a su titular[1381], que encuentran su fundamentación en la propia naturaleza del derecho penal, de un lado, y de otro, en la plasmación constitucional de Estado como un Estado Social y democrático de derecho.[1382]

En éste sentido, el núcleo fundamentor y limitador de todo el sistema punitivo de menores, sin perjuicio de los generales derivados del derecho penal de adultos,[1383] se encuentra en el llamado "interés del menor." Cuando el infractor es menor de edad, la construcción de una respuesta punitiva ha de estar centrada en la educación e inserción del menor en la sociedad.[1384.] Atendiendo a los instrumentos internacionales que marcan la importancia que posee el principio del interés de menor para el derecho, a nuestra constitución, y a los derechos fundamentales, convenimos con Roxin[1385] en que la política-criminal no busca combatir la criminalidad a cualquier precio, sino combatirla con los medios de un Estado de Derecho (...) y que también forman parte de la política-criminal componentes limitadores de la intervención, y estos deben ser hechos dogmáticamente fructíferos de igual manera que sus objetivos preventivos. Por este motivo, resulta obligado sistematizar los efectos que podía producir la consagración real del principio del interés del menor

[1380]Cfr. BENITEZ ORTÚZAR, I., El derecho penal de menores en el Estado Social y Democrático de Derecho: Breve referencias a los principios que disciplinan el ius puniendi estatal respecto del joven infractor. ob.cit,p. 65

[1381]Cfr. RODRÍGUEZ MESA, Mª, J., ob.cit,p. 10:20.

[1382]Cfr. BENITEZ ORTÚZAR, I., ult.ob.cit,p. 66

[1383] A estos efectos, podemos señalar el principio de igualdad consagrado en el artículo 14 de la CE, el principio "ne bis in indem" derivado del artículo 25 de la CE, o el principio de presunción de inocencia del artículo 24 de la CE.

[1384]Cfr. BENITEZ ORTÚZAR, I., El derecho penal de menores en el Estado Social y Democrático de Derecho: Breve referencias a los principios que disciplinan el ius puniendi estatal respecto del joven infractor. ob.cit,p. 62

[1385]Cfr. ROXIN, C., La teoría del Delito en la discusión actual. ob.cit,p. 51.

con carácter excluyente sobre cualesquiera otros intereses compatibilizables, siendo uno de ellos el servir de límite a la intervención.

En primer lugar, el efecto de tal proclamación excluyente, supondría de manera meridianamente clara, la determinación de la superioridad del plano político-criminal sobre el normativista-sistémico, al integrar los tipos penales con carácter necesario el concepto natural del interés del menor. Además, el carácter excluyente del principio, permitiría configurar una *ratio teleológica*, que sin complejos, marcaría unos objetivos de intervención, perfectamente definidos y no necesariamente coincidentes con el derecho penal de adultos, objetivos que evitarían la intromisión de reformas marcadas por diferentes perspectivas finalistas, populares y electoralistas. De hecho, la superioridad de este principio frente a otros intereses tutelables, encuentra un fuerte apoyo internacional en los artículos 3 y 40 de la CDN, como también en la clausula general que se contiene en el artículo 2 de la LO 1/1996, que hace prevalecer, como decimos, este principio sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir, completándose con otro, como es el carácter educativo de las medidas que se adopten.[1386]

En este sentido, también estamos con Albrecht[1387] cuando afirma que el derecho pena del menores, es derecho penal. No es derecho Social, no está programado para la ayuda, sino que sirve al control social. A menudo, este sencillo hecho no es considerado en los debates de euforia reformista para el bienestar social. Por eso es indicado poner al descubierto y limitar conforme a los principios de un Estado de derecho el pensamiento "educativo" dominante (por lo general sólo terminológicamente), que tiene que mantenerse sobre todo en el discurso penal de menores.

La proclamación de la autonomía del derecho penal de menores no parte de una mera

[1386] Cfr. NIETO GARCIA, L.C.,ob.cit,p. 32
[1387] Cfr. ALBRECHT.,ob.cit. 1990.

distinción formal y lingüística, y del otorgamiento de un procedimiento especial que posee graves signos de muestra experimental, sino más bien de un sistema normativo independiente que se nutre de sus propios principios inmanentes, y que deben inspirar una política-criminal tan propia y particular,[1388] que impida la influencia de otras políticas-criminales derivadas del régimen penal de adultos. Se hace evidente por tanto que la subsistencia de una política-criminal unitaria, impide la consolidación y maduración de un sistema penal de menores, que necesita ser dotado de un sustrato independiente, inspirada en los principios expuestos. Esta transposición del régimen de mayores al ámbito penal de los menores, se ha observado de manera flagrante, tal y como venimos repitiendo, en las respectivas modificaciones de la LORPM, sin que ni siquiera se pretendiera con ellas, equilibrar principios, sino más bien introducir parámetros del derecho penal de adultos ante una presión importante, sin esperar siquiera su entrada en vigor;[1389] políticas que encontrarían obstáculos, por la proclamación excluyente defendida.

En segundo lugar, el superior interés del menor, proclamado de manera excluyente, supondría de igual modo, la posibilidad de introducir consideraciones político-criminales autónomas en la hermenéutica de la tipicidad simbiótica con la de adultos, -*son de aplicación los mismos tipos*-derivadas del ámbito social y jurídico en el que se desenvuelve la vida y las necesidades personales del menor, erigiéndose tal principio, en un criterio empírico[1390], y en un contenido previo integrador de las distintas valoraciones dogmáticas, constituyéndose en una

[1388]Vid. ROXIN C: "Strafecht-Allgemeiner Teil". I, 3. Ed, 1997,pp. 4-5. Para este autor, nuestra LORPM expresa la aspiración a una construcción normativa del sistema, que se corresponde con su "ámbito jurídico propio", en sus tres dimensiones: la sustantiva, la procesal, y la ejecutiva.
[1389] Cfr. NIETO GARCIA, L.C.,ob.cit,p. 22.
[1390]Puede observarse que en este segundo efecto, existe una clara oposición con la concepción teórico-sistemática, que no reconocen datos previos que proporcionen un contenido concreto a las valoraciones deducidas de las necesidades sociales de estabilización o que puedan estorbar a esas valoraciones. Un pertinente ejemplo de ello es el ya mencionado concepto de imputabilidad, para la cual, según la concepción funcional de JAKOBS, no importa la constitución psíquica del autor, sino solamente una atribución de las necesidades de preservación del sistema que se tengan por preponderantes.

posible causa delimitadora de la intervención.

En este aspecto, existen supuestos en los que esta causa delimitadora de la intervención viene de sobra determinada por la ley, porque tratándose de menores y para algunos casos, es la legislación civil la que acude directamente al principio del interés del menor para evitar los perjuicios que pudieran derivarse de su reconocida incapacidad; por lo que en esos supuestos concretos, el sustrato material para la consideración político-criminal es dado por atribución legal, aunque desde el punto de vista normativo-sistémico podría resultar indiferente. Baste observar el supuesto por el que un menor de 15 años con todas sus limitaciones civiles para poder disponer de sus propios bienes, tal y como prescribe el Código Civil, desatiende las obligaciones económicas derivadas del nacimiento de un hijo que se encuentra en custodia de su expareja; en este caso, acudiendo a una visión formalista o normativista de la tipicidad penal de adultos o bien con fundamento en otros pretendidos equiparables principios de naturaleza retributiva, como el de la proporcionalidad,- *tal y como ofrece la reforma protagonizada en la LORPM*- le sería imputable el delito de impago de pensiones del artículo 227 del CP. No obstante, desde el punto de vista de un hipotética función político-criminal derivada del sistema penal de menores, éste hecho quedaría sin respuesta penal, pues no debe ser exigible a ningún menor de 15 años que asuma responsabilidad económica familiar alguna, pues precisamente en su interés y para evitarles perjuicios, -tal y como se desprende la legislación civil- no se le permite realizar para si mismo ni por si mismo, negocios ni actos jurídicos de clase alguna, sin la correspondiente autorización judicial. Del mismo modo, en otros tipos, como los de *omisión pura,* debe informar el criterio del interés del menor y por tanto excluirse la intervención penal por propio mandato legal. Como es sabido, en estos tipos omisivos, la norma impone el mandato o la obligación de actuar ante la existencia de un peligro manifiesto y grave, exigencia que implica como bien describe el tipo, la condición de que la actuación se realice por quien pueda hacerlo *sin riesgo propio ni de tercero*, requisito que se opone frontalmente a los

perjuicios que a los que puede exponerse el menor, dada con carácter general, su minuscapacidad para los actos de la vida, si se le impone la obligación de actuar. En todo caso, cabe preguntarse, si tiene algún sentido político-criminal concebir una responsabilidad penal de los menores con un extensión, en cuanto a los presupuestos de la intervención, idéntica a la de adultos; si por ejemplo, resulta sensato un sistema que permite castigar a menores de edad por la comisión de delitos comunes como las falsedades, abusos sexuales, la corrupción de menores, delitos contra la honor o en general los delitos imprudentes o la faltas.

Pues bien, en nuestra opinión, no tiene sentido político-criminal alguno extender por remisión directa esta tipicidad de adultos al derecho penal de menores, a salvo se persiga la defensa de otros intereses preponderantes diferenciados del principio de salvaguarda del interés del menor, y se niegue el carácter excluyente del mismo, haciéndose caso omiso, al hecho de que en determinados tipos penales las circunstancias personales del autor o la realización de actos de conciliación o reparación a la víctima, permite entender que la intervención judicial podría ser innecesaria o contraproducente con los fines socializadores del joven. Un ejemplo claro de ello, se manifiesta en la tipificación de la imprudencia leve cuando es cometida por menores, dado que la culpabilidad a éste nivel, se encuentra en el grado más bajo, no pueden esperarse efectos preventivos de una punición en éste ámbito[1391] o dicho de otro modo, imponiendo una medida no se impedirá la existencia de descuidos en el obrar de la sociedad y mucho menos cuando el autor del mismo sea un menor de edad, en quienes prevalece a través de una hermenéutica favorable en su interés, dada la inmadurez inherente, el mero descuido, incluso el atrevimiento y la osadía en muchos contextos causales, que en definitiva, se alejan de la culpa.

[1391] Vid. ROXIN, C.,ob.cit,p. 64.

No obstante, se objetará, que los casos arriba ejemplificados no son suficientemente graves y que desde el punto de vista de la aplicación del derecho, quizás no tendría entrada la plasmación legal de criterios retribucionistas o proporcionales, porque la LORPM, aunque no con carácter excluyente, atiende igualmente al interés del menor. No obstante, en delitos graves, como los relativos *a la libertad e indemnidad sexual*, la intervención penal, también debe ser excluida atendiendo a criterios político-criminales derivados del principio relativo a la salvaguarda del interés del menor. Y cabe subrayar, que desde luego, estos delitos son graves, hasta el punto que conforme a los artículos 13 y 33 del CP, se encuentran castigados con penas de esa naturaleza, por lo que las posibilidades de desjudicialización conforme a la LORPM quedaría realmente limitada.

En la comisión de hechos relacionados con esta categoría delictiva, el principio del interés del menor, puede prevenir sobre todo la producción del "etiquetaje de menores como delincuentes sexuales"[1392], tal y como advierte la ATSA (Association for Treatment of Abuses), materializándose en supuestos en los que en el plano natural, *no existe asimetría de edades,* configurándose como factor incompatible con la verdadera libertad de decisión, que hace imposible una actividad sexual común. Piénsese, en el supuesto en que un menor de 13 años de edad que contacta por Internet con otros menores de edades comprendidas entre los 10 y los 12 años, les proponga la realización de determinadas prácticas sexuales (masturbación) a fin de ser vistos por una webcam[1393]; o el hecho de que un menor de 13 años cumplidos, mantenga tocamientos genitales con una menor de 12 años edad, quien posee la presunción iuris et de iure de inexistencia de consentimiento.

[1392]Cfr. Dictamen 4/2011, de la FGE sobre tratamiento de Delitos cometidos por menores contra la indemnidad sexual de otros menores en supuestos de escasa entidad, p.7. "Debe huirse de las respuestas estereotipadas para tratar de llegar a cada caso a la solución adecuada, a partir del abanico de posibilidades que la LORPM ofrece, sopesando las peculiaridades inherentes a los menores como seres en evolución y evitando operar *con* los esquemas propios del derecho penal de adultos, teniendo presente el fuerte componente del etiquetaje inherente a as condenas formales por hechos relativos a la delincuencia sexual."

[1393]Este supuesto fue planteado para la reflexión, por la Fiscalía Provincial de Burgos, en su memoria correspondiente al año 2008.

Pues bien, en estos casos, como en otros que pueden plantearse, falta la asimetría de edad necesaria para afectar a la libertad de decisión, sin que el tipo penal, ni el referente a los abusos sexuales tipificado en el artículo 183.1 del CP o los relativos a la pornografía infantil, recojan expresamente la necesidad de ese elemento, que debe ser integrado en el tipo, en base a consideraciones político-criminales del derecho penal juvenil, basado en el principio rector del interés del menor. En este aspecto, es significativo, que en diferentes legislaciones de derecho comparado se recoja expresamente el criterio de la asimetría[1394]. Así, el Código Penal Italiano, en su artículo 609-ter, determina que la conducta no será punible cuando el atacante no tenga con la víctima la diferencia de tres años, excluyéndose los casos en los que hubiera existido violencia, intimidación, engaño o abuso de incapacidad. En Suiza, tampoco se castigan estas conductas cuando la diferencia de edad es menor de tres años. Y en Austria, si la edad del autor no supera la de la víctima en más de 4 años, salvo que haya lesiones graves o se haya producido la muerte del menor, no se impone pena, salvo que la menor víctima no haya cumplido los 12 años de edad.

La inexistencia de configuración expresa de este elemento natural en los tipos de delitos sexuales, ha llevado en nuestro derecho a la FGE, a defender que en determinados casos de contacto sexuales con menores de similar edad sin la concurrencia de violencia e intimidación, prevalimiento o engaño, y pese a encajar formalmente en los tipos contra la indemnidad sexual, se encuentra justificado el archivo (16 LORPM) por no ser los hechos constitutivos de infracción penal, cuando no se alcance un mínimo de antijuridicidad[1395]. Aunque claro, el archivo deberá producirse una vez

[1394] No solo se regula expresamente la asimetría como una causa de exclusión de la tipicidad en determinados países Europeos, también en América de Sur, en concreto Chile, en el artículo 4 de la Ley 20.084, parte de la edad mínima de 14 años para las relaciones sexuales, y establece como factor de corrección el que, según los casos, debe existir entre aquella y el imputado una diferencia de dos años.

[1395] Vid. Dictamen 4/2011, de la Fiscalía General del Estado, sobre tratamiento de delitos cometidos por menores contra la indemnidad sexual de otros menores en supuestos de escasa entidad.

iniciado las primeras actuaciones policiales y procesales, que pueden determinar injustamente la detención del menor, por parte de las fuerzas y cuerpo de Seguridad del Estado. Además, y en todo caso, en el ámbito de la Unión Europea, el borrador de 2010 de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo- COM(2010)94 final 2010/0064, -relativa a la lucha contra los abusos sexuales, la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil, por la que se deroga la Decisión marco 2004/68/JAI, en su artículo 8, bajo la rubrica *actividades sexuales consensuadas entre iguales*, dispone que las previsiones contenidas en el artículo 3.3 (penalidad prevista para los abusos sexuales) no regirán respecto a actividades consensuadas entre niños o relativas a personas con similar edad y desarrollo psicológico y físico o madurez, siempre que tales actos no impliquen ningún tipo de abuso. Del igual modo, dentro de los delitos sexuales, el delito de pornografía infantil queda desdibujado en determinadas circunstancias que deben ser valoradas político-criminalmente, atendiendo a los pormenores derivados del proceso de socialización y maduración, a la que es *inherente la curiosidad de aquellos,* de tal manera que el supuesto podría alejarse de ser calificada de antijurídica y culpable. Piénsese en la conducta que la doctrina norteamericana denomina *sexting*, y que abarcaría supuestos en los que los menores de edad elaboran material de si mismo, con connotaciones sexuales, para enviarlas a otros menores con la finalidad de provocar simplemente una respuesta sexual.[1396]

Por último, la casuística puede llegar a ser tan elevada, que pueden presentarse sucesos de *asimetría invertida* cuya solución se debe a los criterios propios de la imputación objetiva, de tal modo que no llegan a generar un riesgo para el bien jurídicamente protegido, y por lo tanto, tampoco deben ser considerados típicos, como el supuesto por el que un menor de 14 años que exhibe material pornográfico a otro de 16 años. Realmente lo expuesto, pretende que la matización del elemento valorativo de la tipicidad, se lleve a cabo en consonancia con el contenido

[1396]Cfr. Dictamen 4/2011 de la Fiscalía General del Estado.,ob.cit,p. 12

prenormativo del interés superior del menor, lo que en ocasiones puede llevarnos a valorar un "sentido social" del tipo que lo diferencie sustancialmente del tipo derivado del régimen penal de adultos. Este sentido social de la tipicidad, en mi opinión, abre un portillo digno de consideración y estudio detallado, dado que en el ámbito jurídico de los menores, podrían considerarse típicos, aquellos hechos que se consideren *educacionalmente necesarios* desde un punto de vista preventivo, cuestión que reduciría la antijuridicidad al contexto cultural de los propios menores, que se concreta de manera efectiva en cada una de las esferas de socialización.

A esta posibilidad es sostenida por Albrecht[1397], cuando afirma qué las medidas socioeducativas pueden ser ordenadas en el caso particular a través de la eliminación de las deficiencias educativas[1398], las cuales tienen que aparecer en el hecho punible ya que estas medidas sólo pueden ordenarse con motivo de un hecho de esta naturaleza, y considerando además la proporcionalidad entre el mismo y la consecuencia jurídica. Esto puede observarse perfectamente en supuestos donde cabría argüir el denominado *error de prohibición. En efecto,* piénsese el caso, en el que el padre de un menor de 14 años de edad, ha enseñado y reiterado a su hijo que *"en ningún caso se deje pegar"*, " y que *"si le pegan, lo correcto es que pegue"*; pues bien esta enseñanza determina la existencia de un elemento normativo intermedio, *contra legem,* que hace jurídicamente entendible que la lesiones que puede ocasionar este menor en otro, fueron debidas a que el mismo obraba en la creencia de que lo hacía correctamente, originándose la impunidad de la conducta.

[1397]Vid. ALBRECHT, A.,ob.cit,p. 213 y ss.

[1398] El problema que puede plantease se encuentra en la posibilidad de que el Estado a través de la imposición de medidas socioeducativas se inmiscuya en un derecho constitucional que viene a garantizar el cumplimiento del deber educativo a través de los progenitores, en tanto que tal y como dice ALBERCHT supondría una agresión al legítimo ejercicio de este derecho. Este autor, en la obra citada, además propone la necesidad de participación efectiva de los legitimados para la educación en las reacciones educativas en el procedimiento penal de menores.

Del mismo modo, no entendemos como puede ser causa de internamiento, y por tanto de agravación, el hecho de que el menor actúe en grupo, habida cuenta de que el carácter grupal de las actividades de los menores, no es sino una plasmación natural de una forma de actuar, que forma parte integrante de su socialización y que en la mayoría de los casos le proporciona un valor positivo.[1399] El voto particular al informe del Consejo General del poder judicial[1400] criticaba esta circunstancia, porque el hecho de que además de desconocer el comportamiento grupal de los adolescentes, que sería de aplicación con mucha frecuencia, supone un supuesto de discriminación con respecto a los adultos, ya que para estos, el " actuar en grupo" por sí mismo no produce efectos jurídicos especiales, a salvo en aquellas otras formas típicas también aplicables a los menores como el conjunto de tipos penales.

El tercer efecto inmediato, que provocaría el carácter excluyente del principio del interés del menor forma parte del entramado relativo a la consecuencia jurídica a imponer, esto es, a la elección de la medida, y que supone taxativamente sustituir el principio de proporcionalidad gobernador del régimen penal de adultos por el principio de flexibilidad en la elección de las mismas. El interés del menor cumple una función básica como elemento valorativo que han de tener en cuenta todos los órganos que participan en el proceso de menores, que les ha de marcar la pauta a la hora de proponer o adoptar una de las medidas educativas[1401], facultándose al juez de Menores, asistido por el equipo técnico, para la adopción de la que resulte más conveniente a los intereses del menor.

En consecuencia, si los que se pretende es crear como diría Roxin, un sistema penal de menores, con un ámbito jurídico propio, con sus dimensiones sustantivas, procesales y ejecutivas,

[1399]Cfr. GARCÍA PÉREZ, O.,ob.cit,p. 432
[1400]Ref. En nota a pie, de GARCIA PÉREZ, O.,ob.cit,p. 432.
[1401]Vid. ALTAVA LAVALL,Justicia Penal de menores.,ob.cit,p. 370.

debe partirse en el contexto creador normativista de la proclamación del interés del menor como un criterio único y excluyente, lo que supone un desarrollo exhaustivo del mismo hasta alcanzar cotas equiparables a los consagrados principios penales de la legislación penal de adultos.

3.-LA JUSTICIA RESTAURATIVA COMO MODELO CAPAZ DE AFRONTAR LA DELINCUENCIA JUVENIL.[1402]

3.1.- Fundamentos.

No puede obviarse que vivimos unos tiempos caracterizados por un uso desmesurado del derecho penal. El corte retributivo[1403] se encuentra tan presente en el espíritu del legislador que posterga la función de reinserción de las penas en pro de contentar al rigor punitivo, convirtiéndose en un extraño talismán capaz de dar respuestas a todo tipo de problemas sociales como el machismo, las relaciones de dominación en la violencia de genero, la desigualdad social, la drogodependencia o la precariedad, que en definitiva, laten detrás de la criminalidad urbana.[1404] De

[1402] Aunque es difícil determinar el origen de este modelo de justicia, lo cierto es, que en sus comienzos, se observa cierto ligamen con la justicia juvenil. Siguiendo a DOMINGO DE LA FUENTE, V., Justicia restaurativa y mediación penal, en revista de derecho penal Lex Nova, nº 23. Valladolid.2008, se recoge el siguiente acontecimiento: " En 1974, la primera Corte que ordenó una Sentencia de justicia restaurativa fue realizada en Kitchener, Ontario. Dos jóvenes, capturados tras una parranda bandolina que dejó 22 propiedades dañadas, lo hicieron y gradualmente pudieron restituir el daño que habían causado. El éxito de este caso permitió el establecimiento de primer programa de justicia restaurativa, conocido como programa de restauración entre víctima y ofensores. En Elkart, Indiana el programa fue iniciado a pequeña escala en 1977- 1978 por agentes de la libertad condicional que habían aprendido del modelo de Ontario. Para 1979, este programa se había convertido en la base de una organización no lucrativa llamada "el centro para Justicia Comunitaria".

[1403] En realidad la justicia retributiva se agota en si misma, por su esterilidad. Buen ejemplo de ello, lo tenemos en la Edad Media Inglesa, en el reinado de Guillermo I el conquistador, donde se gestó un procedimiento penal que dejaba de lado los intereses de las víctimas, al imponer el cobro de multas que servían para incrementar las arcas reales, porque se consideraba que el delito constituía un atentado contra la paz del Rey; antecedente remoto de la concepción que hoy día se tiene de la justicia retributiva.

[1404]Cfr. MARTÍN RIÓS, JC., ob.cit,p.5

ahí que las consecuencias que se puedan derivar en un menor en conflicto con la ley pueden ser negativas. En particular, su estigmatización por el proceso penal en atención al hecho de que todas las medidas o tratamiento que agrupan a infractores producen un fenómeno de etiquetamiento que generalmente repercute en el mismo, y tiende a que el joven vuelva a cometer otras infracciones.[1405] Este "modelo de litigiosidad" tampoco es asumible por la administración de justicia que determina todos su esfuerzos de tiempo y dinero a pesar de la palpable carencia de medios personales y materiales en resolver asuntos de mayor relevancia o gravedad, sin que sea producente en lineas político-criminales, provocando una genérica insatisfacción en los destinatarios y usuarios de la justicia, que se muestran insatisfechos por sus resultados.[1406]

Cuando el propio sistema penal al que determinados sectores de la dogmática le asignan funciones de confirmación de la vigencia de la norma y de preservación y restablecimiento de la paz social, genera un exceso de violencia que perturba los fines que lo legitiman, se torna inhábil para preservar y restablecer precisamente esa paz social buscada, bloqueándose la administración de justicia y generándose "desconfianza" por la insatisfacción de los resultados. De ahí que los modelos totémicos funcionalistas, a través del cauce procesal, revierten la confianza y seguridad pretendida, proporcionando un sorpresiva inseguridad y desconfianza hacia aquella, que se traslada a las normas.[1407]

[1405]Cfr. HIGTON, E.I/ÁLVAREZ, G.S/GREGORIO, C.G., La resolución alternativa de conflictos y sistema penal. La mediación penal y los sistemas víctima y victimario. Edit. ADHOC. Buenos aires. 1998,p. 60

[1406]Cfr. PERULERO GARCÍA., Mecanismos de viabilidad para la mediación en el proceso penal, en mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbito, Tecnos, Madrid, 2011,p. 454.

[1407] Sobre estos resultados negativos para los destinatarios de la administración de justicia, son habituales en el ámbito de la violencia doméstica, en el que puede detectarse la violencia ejercida por el sistema procesal penal, sin que éste ofrezca otras posibilidades de remedio. Imaginemos dos hermanos convivientes en un mismo domicilio familiar, hombre y mujer, el primero de 25 años de edad y el segunda de 22, entre quienes surge una discusión motivada por acceder a un determinado programa televisivo y que lleva a que el varón agreda a su hermana dándole repetidos golpes en la cara y en el cuerpo, causándole lesiones. Resulta que la mujer no denuncia, pero "*la notitia criminis"* llega al juzgado no por su denuncia expresa, a la sazón hermana del agresor, sino por el llamado "parte judicial" de los servicios sanitarios correspondientes, incoándose el procedimiento

El modelo restaurativo nace como reacción por parte de un buen número de sectores muy heterogéneo[1408] a la insatisfacción del modelo clásico en la respuesta al delito, a las reales consecuencias de la pena privativa de libertad, al abandono de la víctima en el proceso penal y a la creciente complejidad y conflictividad social. La justicia restaurativa se caracteriza por el cambio en el punto de observación del fenómeno criminal, que ahora pasa a ser el conflicto surgido entre las

penal correspondiente y ordenándose la detención del hermano agresor; quien, tanto en su declaración ante la guardia civil como en el juzgado, mantiene que fue una pelea entre hermanos y que otras veces le tocaba a él recibir los arañazos, reiterando que no consideraba que estos hechos fueran delito alguno. En este contexto procesal, añadimos que la mujer renuncia tanto a las acciones civiles y penales, aunque declara que su hermano es bastante impulsivo y que a veces se peleaban entre ellos. No obstante, a pesar de la inexistencia de denuncia expresa de la víctima, el Ministerio Fiscal no solicita el archivo, instando la continuación del procedimiento, cuya instrucción llega a durar más de un año y medio. A tales efectos, el Ministerio Público solicita una orden de prohibición de acercamiento y de comunicación, por lo que el presunto agresor se ve obligado a abandonar el domicilio familiar en el que vivía con sus padres y sus hermanos, sin que el núcleo familiar llegue a comprender la medida impuesta. Como se vislumbra, la repercusión familiar y social es cruenta, pues por una lado sus padres no se explican en qué lugar va a vivir su joven hijo, su hermana no quiere que su hermano se aleje de ella, y por último, el afectado tampoco comprende que lo que había hecho tuviera tanta relevancia como para romper a su familia de ese modo, durante un tiempo que además en aquél momento se presentaba incierto. Además, la situación social del joven disminuye, porque se ve obligado a residir junto con unos amigos de la misma edad, que mal viven en un piso alquilado durante el tiempo del procedimiento, sin que tal ambiente favorezca la estabilidad social, que ya poseía cuando vivía con su familia. Una vez acabada la instrucción y llegada la vista oral después de un año y medio, los hermanos se reconcilian, acogiéndose a su derecho a no declarar conforme al artículo 416 de la LECRM, dictándose sentencia absolutoria. Pues bien, atendiendo a éste caso, la violencia ejercida por el proceso es tal, que originó en los protagonistas una gran desconfianza en el funcionamiento de la administración de Justicia.

[1408]Entre estos sectores se encuentra la doctrina abolicionista, que en Europa cuenta con algunos partidarios entre los criminólogos – más que entre juristas- que se basa en la idea de que los clásicos inconvenientes del Derecho penal estatal predominan sobre sus ventajas. Parte de que con un aparato de justicia al servicio de la lucha contra el crimen no se puede conseguir aquello que no se pueda avanzar mediante al eliminación de las causas sociales de la delincuencia y si se diere el caso, a través de medidas extraestatales de mediación, actividades dirigidas a la reparación del daño y otras semejantes tan buenas o menores. Vid. ROXIN, C., Fundamentos político-criminales del derecho penal. 1ª Edit. Buenos Aires. Hammurabi. 2008,p. 338

partes implicadas en el fenómeno delictivo.[1409] No obstante, en su origen,[1410] el legislador se olvida de las necesidades de las víctimas, quienes tienen el sentimiento natural que en el proceso penal vienen a cumplir una mera función probatoria, sobre la que sustentar la acusación del Ministerio Publico, como meros servidores del proceso. Dilema, que con razón, incrementa el grado de frustración e impotencia de las mismas frente al Infractor y frente al Estado, ante la inexistencia eficazmente desarrollada de mecanismos de expresión y de gestión dialogada, que amainen la tensión generada por el conflicto derivado del delito.

Es fácil observar las dificultades prácticas que puede encontrar una víctima de un hecho delictivo para simplemente obtener información fluida de su propia causa.[1411] Las víctimas requieren

[1409]Es importante resaltar, que la idea de justicia restaurativa debe vincularse a concepto clásico de restablecer la paz social, y no al resarcimiento de la víctima. Como afirma CÁMARA ARROYO, S., Justicia restaurativa: marco internacional y su desarrollo en América Latina, en revista de justicia restaurativa, nº1, Octubre de 2011,p. 12, algún autor ha mencionado que éste pensamiento se encontraría en la filosofía clásica de Aristóteles, para quien el objeto de la justicia es restaurar un orden alterado por una acción ilícita. Ciertamente, si consultamos ARISTÓTELES, La política, ob.cit. Pol. 1253 a 35-37., en ella se hace una importante analogía entre el orden de la comunidad en su conjunto y el concepto de justicia.

[1410] Por lo que respecta al origen de la justicia restaurativa, numerosos autores se remontan a la famosa lex Talionis Babilónicas como antecedentes de la compensación, pasando más adelante, a considerar las restituciones económicas por la comisión de delitos durante al edad media. Vid, FUNES I ARTIAGA,J.,Mediación y justicia juvenil. Fundació Jaume Callís. Barcelona. 1995,p. 27. También Vid. ROIG TORRES, M., La reparación del daño causado por el Delito. Aspectos civiles y penales. Tirant lo Blanch. Valencia, 2000. pp. 33 y ss. En el mismo sentido GALAIN PALERMO, P., La reparación del daño a la víctima del delito. Tirant lo Blanch. Valencia. 2010,p. 126. Otros en cambio acuden a la justicia restaurativa de Canadá y de los EEUU iniciada en los años setenta. Vid, LAMARCA PÉREZ, C., La mediación penal: una alternativa a la solución de conflictos, en colegio oficial de psicólogo de Madrid: Mediación: Una alternativa extrajurídica. Colegio oficial de psicólogos, delegación de Madrid, 1995,p. 134. También vid, LARRAURI PIJOAN, E., La reparación, en CID MOLINE, L/LARRAURI PIJOAN, E (coord), penas alternativas a la prisión. Bosch, Barcelona, 1997,p. 173. Por otro lado, no faltan quienes como TAMARIT SUMALLA, J.M.,La reparación a la víctima en el derecho penal, estudio y crítica de las muevas tendencias político-criminales. Fundació Jaume Callís, Barcelona, 1994,p. 105, ven el origen de la justicia restaurativa en los pueblos germánicos.

[1411] Es significativo en este aspecto las vivencias de las victimas en los pasillos de los juzgados- *en los que no existen salas de esperas para ellas*- a las que se les priva de su protagonismo como perjudicadas, cuando no son parte, en las denominadas conformidades. Ni el Juez ni el Fiscal, tiene obligación de escucharlas. No entran en la Sala. Y simplemente se les comunica por el agente judicial, que como el abogado defensor y el Fiscal han llegado a una conformidad, ya pueden marcharse. (La explicación de la que es acreedora la víctima corre a cargo del Ministerio Fiscal

un conocimiento preciso sobre sus expectativas con respecto al resultado del juicio, así como sobre la posibilidad de obtener una reparación adecuada a lo que necesitan.[1412] Tan es así, que estas necesidades han tenido repercusión en la Unión Europea a través de la Decisión Marco (2001/220/JAI) del Consejo de la Unión Europa relativo al "Estatuto de la Víctima en el Proceso Penal" que recoge unas bases de actuación, de las que el Estado Español, ha hecho caso omiso.

A paliar estos desequilibrios, y con la pretensión de hacer retornar a los sujetos intervinientes en el hecho delictivo al momento anterior a la comisión del injusto, debe configurarse un modelo de justicia que vaya encaminada hacía unos fines genéricos de integración y reparación. Nace por ello, con una vocación sanadora, el concepto de justicia Restaurativa, cuyo promotor principal fue el endocrinólogo y profesor David Wexler[1413]quien combina para configurar adecuadamente este modelo, tres elementos fundamentales: La víctima, la rehabilitación y la pacificación social, siempre con la finalidad de restaurar el daño causado en el plano personal, pero también el irrogado a la sociedad. El elemento clave que toma para su configuración es la satisfacción de las necesidades materiales, físicas y emocionales de los ciudadanos implicados en los procesos penales, así como de la colectividad. Se trata de arbitrar un proceso en el que el infractor y la víctima se erijan en dueños del conflicto con la finalidad de conseguir una comunicación directa entre ellas.

En éste ámbito destaca Nils Christie[1414] que el conflicto no es de hecho algo que deba

conforme a la Instrucción de la Fiscalía General del Estado 8/10).

[1412]Cfr. DOMINGO DE LA FUENTE, V.,Necesidades de las víctimas, cuando el delito llega a los Tribunales, en ¿ qué es justicia restaurativa?. Disponible en www.justiciarestaurativa.org. 2015.

[1413]Vid. WINICK, B Y WEXLER, D., Judging in a therapeutic key: therapeutic jurisprudente and the courts. North Carolina. 2003, citado por RÍOS MARTÍN, JC., ob.cit,p. 13.

[1414]Cfr. CHRISTIE, NILS., Los conflictos como pertenencia, en los delitos y la víctimas. Buenos Aires. Editorial Ad-Hoc. 1992, citado por BRENES QUESADA, C., ob.cit,p. 29. Disponible en es.cribd.com/doc/91795489/CHRISTIE-MILS-Los-conflictos-como-pertenencia#scribd.

resolverse, sino que también debe poseerse. Para este autor, el sistema de justicia penal es el resultado del robo por parte del Estado del conflicto entre la víctima y el delincuente, lo que representa una pérdida real y seria. En nuestra opinión, si bien nos mostramos conforme con las posibilidades de disposición del conflicto por los generadores del mismo, tampoco cabe reducir la resolución de éste a modo de " justicia privada", sino que el Estado y la comunidad deben intervenir en aquella posibilidad.

Por eso, lo llamativo de este modelo de justicia es la pretensión de trasladar el estudio del fenómeno criminal del delito al conflicto, o dicho de otro modo, lo relevante de la comisión de un hecho delictivo se encuentra en que éste origina un conflicto entre las partes implicadas en el delito. Un conflicto, que como cualquier otro, lejos de ser aludido o negado es una realidad intersubjetiva que ha de intentar ser gestionada de la mejor de las maneras.[1415]

Por lo que respecta a nuestro derecho, la justicia Restaurativa suele definirse identificándola plenamente con una de las herramientas con las que puede llegarse a su consecución, esto es, con la mediación; que en realidad constituye la técnica jurídico-procedimental más utilizada dentro del desarrollo de este modelo de justicia. Desde luego, si algo la caracteriza, es la existencia de cierta idea difuminada en su conceptualización pues ha generado diversas interpretaciones en los países en los que se ha pretendido su aplicación.

La justicia restaurativa se ha definido como la filosofía y el método de resolver los conflictos penales que atienden primordialmente a la protección de la víctima y al establecimiento de la paz social, mediante el diálogo comunicativo y el encuentro personal entre los directamente afectados, con el objeto de satisfacer de modo efectivo las necesidades puesta de manifiesto por los

[1415]Cfr. SARRADO SOLDEVILLA., La mediación en uno de sus ámbitos de aplicación: La justicia Penal Catalana. Edu.Soc., 1998,p. 101

mismos, devolviéndolas una parte significativa de la disponibilidad sobre el proceso y sus eventuales soluciones, procurando la responsabilización del infractor y la reparación de las heridas personales y sociales provocadas por el delito.[1416] Otra manera de definir la Justicia Restaurativa es la de entenderla como un sistema de resolución de conflictos que tiene como finalidad llevar a los integrados en la tensión delictual a la situación previa a la comisión del hecho delictivo[1417], con pretensiones de integración social para el infractor. Esta pretensión se justifica, porque uno de los polos de este modelo de justicia es la lesión previa a la comisión material del delito que puede padecer el infractor[1418] y que de alguna manera incide en la conducta delictiva. Valga como ejemplo, el hecho de que la mayoría de los delitos cometidos por adictos a sustancias psicoactivas, lo hacen por mantener su adición, y en muchos casos los ofensores sexuales, especialmente los pedófilos, han sido víctimas de la misma conducta en su niñez o adolescencia, y por tanto repiten la actividad delictiva de su niñez[1419] Por su parte, Howard Zehr[1420] la entiende como un proceso que involucra en la medida de lo posible a los afectados por el delito, para que colectivamente puedan identificar y abordar los daños ocasionados por el delito. Las Naciones Unidas llegan a definirla como una respuesta evolucionada del crimen que respeta la dignidad y equidad de cada persona, y promueve la armonía social a través de "la sanación" de la víctima, infractor y comunidad.[1421]

[1416]Definición formulada por RÍOS MARTÍN/ MARTÍNEZ ESCAMILLA/ GALLEGO DÍAZ/ JIMÉNEZ ARBELO/., Servicio de planificación y análisis de la actividad judicial del CGPJ, 2008, en www. icasal.com/pdf/.../info %MedPenal%20Estatal%20CGPJ.doc.

[1417] Vid. FRIEDMAN VOLOSKY, LORELY., Justicia Restaurativa. Nuevas formas de tratamiento para delincuentes juveniles. Publicaciones de derecho penal Europeo e Internacional. Disponible en www.cienciaspenales.net.p.3. Para estos autores, la Justicia Restaurativa construye el concepto de dominio (pertenencia) destacando con ello, el derecho de toda persona a sí mismo, a su integración, al contexto que lo rodea, su red de relaciones, sus bienes, y la percepción de que lugar ocupa en la comunidad".

[1418] A este respecto son esclarecedoras las palabras de NILS CHRISTIE, Los límites del dolor, FCE, México, 1984, " La pobreza, la miseria y la falta de educación se han de combatir por medio de escuelas y ayuda social, pero nunca a través de las prisiones"

[1419]Cfr. BRENES QUESADA, C, ob.cit,p. 51

[1420]Cfr. HOWARD ZEHR, El pequeño libro sobre justicia restaurativa. Intercourse, 2002, citado por DOMINGO DE LA FUENTE, V., ob.cit.

[1421]Cfr. BRENES QUESADA, C, ob.cit, p. 50. El concepto de comunidad es discutido. Algunas veces se identifica con una ubicación geográfica, - el barrio en el que la víctima o el delincuente vive-, otros entiende que el concepto no debe ser geográfico enfatizando la idea de conectividad y

Como se observa en cada una de estas definiciones, si algo caracteriza a la justicia restaurativa es su espíritu integrador. De hecho, la declaración de Viena[1422] sobre la delincuencia y la Justicia: frente a los retos del S.XXI, motivó el desarrollo de políticas, procedimientos y programas de justicia restaurativa que fuesen respetuosos con los derechos, necesidades e intereses de las víctimas, los delincuentes, y todas las demás partes.

Además de su evidente carácter integral, este modelo de justicia responde a un conjunto de principios básicos que se estiman necesarios para lograr la efectividad de su implementación. Así, en Agosto de 2002, el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas adoptó una resolución convocando a los Estados Miembros que están implementando programas de justicia Restaurativa, a hacer uso del conjunto de unos principios básicos, sobre la utilización de programas de justicia restaurativa en materia penal. Estos principios ofrecen una guía importante para los creadores de políticas, las organizaciones comunitarias y los funcionarios de la justicia penal involucrados en el desarrollo de respuestas de justicia restaurativa a la delincuencia en su sociedad. Del mismo modo, en 2005 la declaración del décimo primer Congreso de las Naciones Unidas, instó a los Estados Miembros a reconocer la importancia de desarrollar aún más, políticas, procedimientos y programas de justicia restaurativa que incluyan alternativas a los procesos judiciales.

También la Directiva 2012/29 del parlamento Europeo y del Consejo de Europa de 25 de

relaciones: comunidad de Atención. John Braithwite, sugiere que el término debe ser comunidad de interés, entendiéndola como la disposición de los miembros de tomar medidas a nombre de la comunidad, que no solo adoptarán para sí, sino que van muy positivamente en detrimento de sus intereses propios. Las comunidades de interés se caracterizan por un sentir fundamental de deber, reciprocidad y pertenencia. Este interés puede estar en la víctima o el delincuente y ese interés puede estar o no motivado por la compasión, puede estar en reducir el crimen en el área donde el crimen ocurrió, y podría estar en la justicia restaurativa y como es aplicada.

[1422] DECLARACIÓN DE VIENA SOBRE DELITO Y JUSTICIA: ENFRENTANDO LOS RETOS DEL SIGLO VEINTIUNO, 10º Congreso de las Naciones Unidas sobre la prevención del delito y el tratamiento a delincuentes. Viena 10-17 de Abril de 2000, A/CONF.184/4/Rev.3, párrafo 29.

Octubre de 2012 establece una definición de justicia restaurativa, aunque desde nuestro punto vista, lo hace de manera insuficiente, al restringir su concepto al de cualquier proceso que permita a la víctima y al infractor participar activamente, si dan su consentimiento libre para ello en los problemas resultantes de la infracción penal, con la ayuda de un tercero imparcial. Sin embargo, esta definición no puede cuanto menos ser criticada, en tanto en cuanto omite la presencia de "la comunidad"[1423] como posible afectada de manera indirecta por la comisión del Delito. Y lo mismo cabe decir con respecto aquellos conceptos que identifican la justicia restaurativa con la mera satisfacción o reparación del daño, a cargo o impuesto unilateralmente por el Estado, o lo que es lo mismo, con el logro del establecimiento de una relación tendente a dar solución al conflicto entre víctima y Estado, obviando la intervención de infractor.

En este mismo sentido, como acertadamente exponen Macold&Wachtel[1424] cuando la justicia penal involucra a una sola de las partes interesadas, como en los casos en los cuales se logra una compensación financiera concedida por el Estado o una prestación de servicio comunitario impuesta al agresor, el proceso solamente produce efectos parcialmente restaurativos, porque únicamente cuando las tres principales partes interesadas están involucradas estaríamos ante la presencia de una pretensión de justicia restaurativa plena, pues solucionar el conflicto también pasa por adecuar la

[1423]Para ROXIN, C., ult.ob.cit,p. 340. Para quien la situación de los delincuentes tampoco mejoraría si se quisiera ceder el control del crimen a una mediación fuera del Estado. Pues, ¿ Quien debería establecer y supervisar esas instancias de control?¿ Quién debería garantizar la seguridad jurídica e impedir la arbitrariedad? Y sobre todo: ¿ Como puede evitarse que los asuman el control no sean personas justas y de mentalidad social, sino los socialmente poderosos y que éstos no opriman y estigmaticen a los débiles?. Como expone: " La solución en favor del control del crimen frente a las reglas impuestas por la justicia y garantizadas estatalmente, borraría los límites entre el derecho y el injusto, e invitaría a tomarse la justicia por su mano y de esta forma arrasaría la paz social. Finalmente tampoco se ve claro cómo debería poderse reaccionar sin un derecho penal estatal de forma contundente y eficaz frente a delitos contra la colectividad (como infracciones contra el medio ambiente o la hacienda pública u otros delitos económicos).". En tal sentido, no puede prescindirse de la comunidad en la disposición de la vigencia de la norma jurídico penal.

[1424]Vid. MCOLD&WACHTEL (2003) citado por SCHIMTZ JEAN; Avances en América Latina y Control, en Observatorio de Justicia Internacional. 2014. Disponible en Internet: www.oijj.org/es/interviews/interview-to-jean-schimtz.

voluntad del infractor a los valores necesarios para la convivencia pacifica de la sociedad y el primer paso es lograr su compromiso con el proceso. Por este motivo, se hace preciso promover un contacto beneficioso entre la víctima y el infractor que simbolice la búsqueda de la integración social omitiendo exclusiones desmoralizantes, en el bien entendido que el comportamiento delictivo posee una proyección extensiva que afecta a la ley, a la víctima, a los familiares, al delincuente y a la propia comunidad. Por ello, en el desarrollo práctico de éste modelo, no puede faltar ninguno de los polos en tensión.[1425]

De ahí, que la razón de ser de la aplicación de este modelo de justicia a los jóvenes infractores se encuentre en que la justicia retributiva determina el estigma de la comisión del delito que afecta a sus vida en pleno desarrollo evolutivo, y por ende, a sus familias, a sus relaciones personales, llegando a mermar a largo plazo sus expectativas laborales. Estas lesiones postdelictuales que puede originar el sistema deben ser integradas en la respuesta al delito. En este aspecto, entendemos que únicamente la justicia restitutiva puede ser eficaz para la salvaguarda del principio del interés superior del menor, con el empleo de los diferentes programas desarrollados, en los que debe participar la víctima y la comunidad. Este modelo de justicia constituye en realidad el tipo de respuesta que para los profesionales en derecho penal juvenil contiene los rasgos esenciales que deberían ser objeto de aplicación. Se trata que el niño o el joven se responsabilice de sus actos, considerándolos ilegales, para enfrentarse a sus consecuencias.[1426]

Por último, la pretensión de este modelo de justicia de hacer retornar al momento anterior a la comisión del injusto, no debe ser confundido con posiciones de naturaleza sistémica en aras a la confirmación de la vigencia de la norma. El sistema restaurativo permite precisamente lo contrario,

[1425]Tal y como afirma ROXIN, C., ult.ob.cit,p. 340, " Ni siquiera en el Estado de Derecho podrá el abolicionismo arrebatarle el futuro al Derecho Penal".

[1426] Vid. INOCCENTI, ob .cit,p.17. El hecho de que el menor se enfrente a las consecuencias de su propio hecho delictivo, permite diferenciar este Sistema del Modelo asistencial.

esto es, disponer del vigor normativo por la partes afectadas en el conflicto, confirmado no la abstracción normativista pretendida, sino el reconocimiento de la víctima y del infractor de la capacidad de neutralizar o restaurar su propio conflicto,[1427] siempre interviniendo la comunidad en representación de la norma infringida. En realidad, en el modelo restaurativo el conflicto intersubjetivo absorbe el vigor de la norma, particularizándola al caso concreto y conviviendo con sus destinatarios hasta los límites reparadores. Éste modelo de justicia apuesta por la responsabilidad social y el principio de derecho penal mínimo coadyuva a preservar su dimensión preventivo especial: la responsabilidad ética del infractor.[1428]

En conclusión, atendiendo al significado y fundamento de la justicia restaurativa entendemos que es en el derecho penal de menores donde se dan las condiciones más favorables para la aplicación de los planes de conciliación delincuente-victima, visto el carácter especial de las normas aplicables a la población juvenil, constituyendo un marco apropiado para fomentar estos mecanismos de la justicia reparadora.[1429]

En todo caso, las formulas restaurativas son más accesible a los jóvenes infractores. Las victimas de hechos delictivos cometidos por menores de edad, ostentan una mayor predisposición

[1427] Para ROXIN, C., ult.ob.cit,p. 339, si estas suposiciones son realistas, el futuro del Derecho penal debería encontrarse de hecho sólo en su supresión. Continúa diciendo, que desgraciadamente las consecuencias sociales y románticas que podrían extraer de esta concepción son demasiado fuertes. Una sociedad sin derecho penal presupondría ante todo que a través del control de natalidad, de mercados comunes, y a través del tratamiento razonable de los recursos de nuestro mundo se podría crear una sociedad que eliminaría progresivamente las causas de la criminalidad y de esta forma ser reduciría drásticamente la delincuencia en el sentido actual. Pero este presupuesto se basa en concepciones erróneas. Una de ellas, es que las condiciones sociales determinan más el como que el sí de la criminalidad: si capas enteras de la población pasan hambre, se origina una gran criminalidad de la pobreza: si la mayoría vive en buenas relaciones económicas, se desarrolla una criminalidad del bienestar que de debe al afán de poseer cada vez más y así adquirir prestigio social.
[1428]Cfr. DOMINGO DE LA FUENTE, V., Justicia restaurativa y mediación penal, en revista de derecho penal Lex Nova, nº 23/2008,p. 4
[1429]Cfr. SANZ HERMIDA, A.M., Víctimas de delitos:derechos, protección y asistencia. Iustel. Madrid. 2009,p. 137.

para conciliar la infracción cometida con aquél, dada su condición de menores de edad y porque el menor infractor es más fácilmente recuperable que el adulto. Además, es importante tener en cuenta que principios claves del sistema penal de menores, como la flexibilidad y la intervención mínima, constituyen condiciones para la implementación eficaz de la justicia restaurativa, sin desdeñar en absoluto la función primaria relativa al valor de la reeducación y resocialización de las medidas, perseguida por la justicia juvenil.

3.2.- La reparación y la teoría de la pena.

Roxin[1430] elabora un concepto particular acerca de la justicia restaurativa, desde una perspectiva puramente dogmática, al lado de la pena y de la medida de seguridad, como una "tercera vía", entendida como "vía reparadora". El atractivo del fomento del instituto de la reparación en el derecho penal, radica, en su efecto preventivo general en su mejor sentido. Si bien no es necesariamente la única vía, la paz jurídica se ve restablecida en los pequeños delitos fundamentalmente con el resarcimiento de la víctima y la conciliación entre ésta y el autor[1431]. En este sentido, también compartimos opinión con Giménez-Salinas, para quien la finalidad reparadora es ideal para la justicia de menores, por su escaso valor estigmatizante, su alto valor pedagógico, su concepción de medida educativa y su carácter de menor represión.[1432]

[1430]Vid. ROXIN, C., Evolución de la política-criminal, el Derecho penal y el proceso penal. Edit, Tirant Lo Blanch. Valencia. 2000. pp. 34 y 35. Roxin, pone de manifesto que la única conquista político-criminal importante del derecho penal Alemán en los últimos 20 años, es la inclusión de la idea de reparación en el sistema sancionatorio. (Código penal Alemán en el parágrafo 46a, que prevé que en caso de conciliación entre el autor y la víctima o de una propuesta seria de reparación , la pena se atenué e incluso pueda prescindirse de ella si se trata de pena privativa de libertad inferior a un año.). También el mismo autor respecto a la reparación en el sistema de los fines de la pena, en Wiedergutmachung und Strafrecht, edit, Schöch 1987,p. 37, donde manifiesta expresamente "que tanto la relevancia sancionadora de la reparación y el acuerdo entre el autor y la víctima es un ejemplo modélico de la política-criminal y el motivo por el que desde hace ya quince años que me he comprometido con ella".

[1431]Cfr. ROXIN, C.,ult.ob.cit,p. 35.

[1432]Cfr. GIMÉNEZ-SALINAS., La mediación en el sistema de justicia juvenil: una visión desde el derecho comparado, en Eguzkilore, Cuaderno del instituto Vasco de Criminología, nº10, San

Tal y como afirma Roxin, la vía reparadora produce tanto efectos preventivos generales como efectos preventivos especiales. Así, el hecho de que el joven infractor se haya esforzado por reconciliarse con la víctima, que haya empredido todos los esfuerzos para la reparación del daño, que haga trabajos en interés de la generalidad o que se someta voluntariamente a una terapia social que exija una intervención muy personal, puede ser contemplado por la generalidad, en el sentido de que el infractor quiere retornar a la legalidad a través de acciones autorresponsables, algo que sirve a la paz jurídica, crea confianza y facilita la reinserción social del delincuente.[1433] Del mismo modo, es adecuada para la prevención especial, dado que el autor se ve obligado a enfrentarse internamente con el hecho y sus consecuencias, a ayudar a la víctima mediante prestaciones activas, y en definitiva, a desplegar una tarea resocializadora. La reparación además, evita las consecuencia desocilizadoras de otras sanciones, y por ello es satisfactoria desde el punto de vista de la socialización.[1434]Por este motivo, es difícilmente sostenible la tesis de Hegel cuando criticaba la finalidad de la pena de la prevención especial como aquella con la que se trata al ser humano como a un perro contra quien se levanta el palo[1435], dado que la reparación supone que de manera autorresponsable el sujeto trabaja para sí mismo, para dar solución al conflicto que ha generado con su actuar.[1436] El fundamento de la reparación, reside, por tanto, en que el menor infractor asuma la responsabilidad de su actuación y proceda a reparar el daño causado, lo que resulta altamente beneficioso tanto para el menor como para la víctima.[1437]

Sebastián, 1996,p. 207

[1433]Cfr. ROXIN.C., Teoría del Delito en la discusión actual,ob.cit,p. 87

[1434]Cfr. ROXIN, C., Evolución de la política-criminal, el Derecho penal y el proceso penal,p. 36.

[1435]Vid. HEGEL, en su discusión con FEUERBACH., Grundlinien der Philosophie des Reschts, 1821, citado por ROXIN, C., Teoría del Delito en la discusión actual,p. 87

[1436]Cfr. ROXIN, C., últ.ob.cit,p. 87

[1437]Vid. MARTUCCI, P.P., La conciliazione con la victima nel proceso minorile, en tutela della vittima e mediazione penale, Giuffre, Milán, 1995,p. 162. Como afirma este autor, la reparación ejercita una específica acción educativa en cuanto que estimula la reflexión del menor sobre su culpabilidad, pudiendo disuadirlo de reiterar comportamientos similares en el futuro.

En consecuencia entendemos, que la reparación posee capacidad para erigirse en una alternativa a la pena[1438], existiendo la posibilidad de considerar la reparación dentro de un efecto "premial" del derecho penal antes que meramente sancionador, y que desde luego, en el sistema penal de menores cumpliría una función útil como reforzamiento positivo. Esta posibilidad, también es expuesta por Roxin, cuando afirma que si volcamos nuestra mirada hacia los nuevos métodos de sanción, tales como la compensación autor-víctima, la reparación civil prestada bajo esfuerzos personales y también el trabajo comunitario, se observa un comportamiento activo del condenado en vez de una simple actitud de soportar las medidas coercitivas estatales.[1439]

Sin embargo, tampoco cabe confundir la reparación en sentido penal con la reparación en sentido civil.[1440] La reparación del daño en el ámbito penal incluye aspectos sociales relacionados con los fines de la pena, que no pueden ser cubiertos con la responsabilidad civil del daño, y van más allá de la misma. En este sentido, no es nada desdeñable configurar la reparación como una sanción en sí misma, pues trata de valorar positivamente el comportamiento posterior del delincuente, que no tiene por qué reducirse exclusivamente al aspecto material, sino que también puede extenderse hacia la reparación simbólica. El fundamento de admitir la reparación como una

[1438]Para LARRAURI, E., La reparación, en penas alternativas a la prisión. Edit. Bosch. Barcelona, p. 175, la consideración de la reparación dentro de los fines de la pena podría entenderse legitimada desde y a partir del principio de subsidiariedad de la pena de prisión, la reorientación hacia la víctima y la no desocialización del delincuente.

[1439]Cfr. ROXIN, C., ult.ob.cit,p. 86

[1440]Vid. Siguiendo a ALBIN ESER., ob.cit,p. 24, normalmente cuando se realizan actos de reparación del daño, la consecuencia jurídica penal prevista en la mayoría de las legislaciones es la atenuación de pena. La satisfacción total del daño material se deja en manos de la víctima y del derecho civil, al ser considerada como una consecuencia que se deriva del delito de naturaleza exclusivamente civil. Como si se tratara de una cuestión que depende de la esfera privada del ofendido en la que el derecho público nada tiene que hacer, o de la que no corresponde que se ocupe. Para una corriente doctrinal penal, se debe poner fina a la evolución por separado del proceso civil orientado a la reparación de la víctima y el proceso penal orientado a la penalización del autor. También Vid. GIMÉNEZ-SALINAS, ult.ob.cit,p. 201, para quien la reparación penal no se puede confundir con la indemnización de civil a las víctimas porque ambas, no siempre coinciden, ni siquiera en los criterios que rigen su ponderación son iguales. Por su parte, SILVA SÁNCHEZ, p. 196, afirma que la reparación a la victima, tal y como se plantea en la moderna discusión jurídico-penal, poco tiene que ver conceptual mente con la reparación del daño.

opción punitiva, puede encontrarse en la " no necesidad de pena" o en la " no necesidad de medida de seguridad"[1441] sin que falten autores que pretendan verlo desde la óptica de las condiciones objetivas de punibilidad como " elementos adicionales del delito" que deben añadirse al injusto y a la culpabilidad, cuando desde la óptica de la necesidad de pena configuren determinados tipos penales.[1442]

En todo caso, dotar de fundamento a la reparación del daño como una pena en sí mismo, no resulta fácil. Dentro de la teoría de la pena suelen diferenciarse tres funciones primordiales, a saber: la función retributiva, la preventiva, y la función reparadora. Ocurre que cuando tratamos con menores infractores cuya personalidad se encuentra en pleno desarrollo evolutivo, la tercera función referida ocupa un aspecto relevante como base fundamental y necesaria para la construcción de un sistema del derecho penal de menores de naturaleza independiente. La importancia de la función reparadora, debe apoyarse en origen quebrando el axioma de que el derecho penal debe buscar la verdad material, en indagar en la solución del conflicto generado por el delito.[1443] Se trata de alejar al menor infractor de ser objeto de influjos, sea que sirvan estos a la retribución, al tratamiento preventivo-especial o a la influencia en la generalidad.[1444]

[1441]Vid. H. OTTO., Strafwürdigkeit und strafbedürftigkeit als eigenständige delikkategorien, en Gedächtnisschrift für Schröder, München, 1978,p. 53, para quien al momento de valorar un comportamiento como perjudicial se recurre al " merecimiento de pena" que corresponde a la dañosidad social; mientras que la necesariedad de pena es la respuesta a la finalidad de la pena y se deduce del principio de subsidiaridad. Entonces la pena no será necesaria cuando no ofrezca una posibilidad cierta de prevenir o corregir la dañosidad social.

[1442]Vid. GALAIN PALERMO, P., ¿La reparación del daño como tercera vía punitiva?. Especial consideración a la posición de Claus Roxin. Redur 3. 2005,p. 200

[1443]Cfr. MUÑOZ CONDE, F., La búsqueda de la verdad material en el proceso penal, lección inaugural. Pablo Olavide. Curso 1998-1999

[1444]Cfr ROXIN,C., ob.cit,p. 86.

3.3.-La Justicia restaurativa en el Marco de la Unión Europea.

La efectividad de la justicia restaurativa se incrementa de manera exponencial cuando es aplicada a hechos cometidos por menores infractores porque sin duda, a través de ella, se les permite achicar distancias con respecto a las convenciones sociales aceptadas, evitando el etiquetamiento. Por el contrario, apostar por el sometimiento pleno del menor a un proceso judicial formal permite que una vez que es etiquetado como delincuente, posea el estigma de la criminalidad y es probable que sus profesores y futuros jefes no le consideran fiables, generándose entonces, las bases de la reincidencia.[1445] Siguiendo a Edwin Lemert, podemos explicar debidamente este efecto, al distinguir entre el primer acto de transgresión, al que denominó desviación primaria, y el segundo, llamado desviación secundaria, que se produce cuando un individuo llega aceptar su etiqueta y se considera así mismo como un desviado.[1446]

Esta caracterización utilizada por Lemert la ejemplifica brillantemente Giddins, cuando se refiere a que un hecho delictivo cometido por un menor consistente en el destrozo de un escaparate, una noche de un Sábado que ha salido con sus amigos, puede generar diferentes consecuencias político-criminales para el menor. Así, si la sociedad acepta el hecho como una manifestación de una euforia excesiva propia de la juventud, el hecho delictivo será considerado como un acto primario de aquél que en aquella ocasión actuó de una manera demasiado camorrista, y será simplemente amonestado; en cambio, si se judicializa el hecho hasta sus últimas consecuencias, con la imposición de una condena condicional y con la obligación de que el menor comparezca ante al juzgado cada cierto tiempo, el incidente puede convertirse en el primer paso de un proceso de desviación secundaria. El proceso de aprendizaje de la desviación suele verse acentuado por las

[1445]Cfr. GIDDENS A., Sociología, Alianza Editorial, S.A, Madrid. 2000,p. 238.
[1446]Cfr. LEMERT, E., Human Deviance, Social Problems and Social Control, Englewood Cliffs, Pretice-Hall. 1972, citado por GIDDENS, A., ob,cit,p. 238

mismas organizaciones que supuestamente se encargan de corregir la conducta desviada: cárceles y reformatorios.[1447] Por tanto, este proceso de aprendizaje debe ser a toda costa evitado, para lo cual, el menor infractor, debe en la medida de lo posible mantenerse alejado del proceso judicial. Para Martín Wright,[1448] el sistema penal estigmatiza a una de las partes en el conflicto como delincuente, pues le pone antecedentes penales, la pena se hace trascendental al tener consecuencias para toda la vida, y en el caso de existir, acaba con la relación entre los involucrados.

Por esta razón, los distintos instrumentos internacionales, poseen un espíritu de rechazo hacía aquella estigmatización, buscando la senda de la rehabilitación y la integración social. En concreto las directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil, (Directrices de Riad), adoptadas por la Asamblea de la ONU, mediante Resolución 45/2012, de 14 de Diciembre de 1990, contempla en su Regla número 10, "Deberá prestarse especial atención a las políticas de prevención que favorezcan la socialización y la integración eficaces de todos los niños y jóvenes, en particular por conducto de la familia, la comunidad, los grupos de jóvenes que se encuentran en condiciones similares, la escuela, la formación profesional y el medio laboral, así como mediante la acción de organizaciones voluntarias. Se deberá respetar debidamente el desarrollo personal de los niños y jóvenes y aceptarlos, en pié de igualdad, como participes en los procesos de socialización e integración".

Del mismo modo, y en relación con la utilización de los procesos judiciales para solucionar los conflictos con los menores nos dicen las Reglas de Beijing, en el artículo 11.1 " (…) Se examinará la posibilidad cuando proceda, de ocuparse de los menores delincuentes sin recurrir a las

[1447]Vid. GIDDINGS, A.,ob. cit,p. 238

[1448]Vid. WRIGHT MARTÍN, Derecho, justicia e idoneidad para su fin: hacia una respuesta restaurativa para la delincuencia, Conclusiones del I congreso Internacional sobre justicia restaurativa y Mediación penal, Dimensiones Teóricas y Repercusiones prácticas, celebrado en la facultad de la Universidad de Burgos. España. 2010.

autoridades competentes(...)", aunque también en esta misma linea, el artículo 43.3 b) de la CDN nos dice: "siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a estos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales".

Ahora bien, ya de manera más evidente y utilizando el término "justicia restitutiva" el artículo 3 de la Observación número 10 del Comité de los Derechos del niño de la organización de las Naciones Unidas, nos dice: "(...) la protección del interés superior del niño significa, por ejemplo, que los tradicionales objetivos de la justicia penal, a saber, represión/castigo, deben ser sustituidos por los de rehabilitación y justicia restitutiva cuando se trate de menores delincuentes. Esto puede hacerse al mismo tiempo que se presta atención a una efectiva seguridad pública (…)".

En definitiva, queda acreditado, que el espíritu de estos instrumentos internacionales, en relación con la justicia de menores, tiende hacía la búsqueda de sistemas y medidas alternativas o bien de servicios complementarios, dentro de los cuales, se encuentra la Justicia restaurativa.

3.4.-Manifestaciones del modelo de justicia restaurativa en la LORPM.

3.4.1- El principio de Oportunidad.

No puede negarse que la LORPM ha constituido un serio avance en el tratamiento de la Justicia de Menores. Esta norma abandona definitivamente el sentimiento paternalista derivado del antiguo sistema tutelar para introducirse en un modelo responsabilizador guiado por un conjunto de medidas que son impuestas a través de un proceso, que pretende respetar las garantías judiciales constitucionalmente previstas. La LORPM también admite en su seno, mecanismos o herramientas

propias de la llamada " justicia restaurativa" mediante el principio de oportunidad, la reparación y la mediación penal. En realidad, la proliferación de esta idea en los sistemas modernos no es nueva. En los años ochenta, Alemania, ofreció planes de lucha contra la criminalidad juvenil a través de técnicas reparadoras en las que se emplearon la disculpa personal, la compensación del daño, el pago de resarcimiento por perjuicios morales, las prestaciones de trabajo en beneficio de la víctima y las acciones conjuntas de damnificados por el delito, devolución de objetos y regalos, como un gesto simbólico de reconciliación.

Gimeno-Sendra[1449] define el principio de oportunidad como la facultad que al titular de la acción penal le asiste, para disponer bajo determinadas condiciones, de su ejercicio con independencia de que haya acreditado la existencia de un hecho punible contra un autor determinado. Para Montero Aroca[1450] el principio de oportunidad supone reconocer al titular de la acción penal la facultad para disponer del proceso, bajo determinadas circunstancias, con independencia de que se haya acreditado la existencia de un hecho punible cometido por un autor. Este principio aplicado a la justicia de menores responde debidamente a las exigencias del principio de intervención mínima[1451] y a las derivadas del carácter secundario del derecho penal. En concreto la LORPM regula en sus artículos 17,18,19, 32 y 36 varios momentos procesales, en los que puede llegarse al sobreseimiento. No obstante, esta facultad no es libre y discrecional, sino que como bien recoge la LORPM tratamos en sus requisitos, con un principio de oportunidad reglado. Por esta razón, conforme al artículo 18 de la LORPM, el Ministerio Fiscal podrá desistir de la incoación del expediente cuando los hechos denunciados constituyan delitos menos graves sin violencia o intimidación en las personas o faltas tipificadas en el Código Penal o en Leyes especiales. Por su

[1449]Cfr. GIMENO SENDRA., Los procedimientos penales simplificados, Poder Judicial,1986, núm. Esp II,p. 34

[1450]Cfr. MONTERO AROCA, j., Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón, Titant lo Blanch, Valencia, 1997,p. 71

[1451]Vid. URBANO CASTRILLO, E/DE LA ROSA, J,M., Comentarios a la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor, Aranzadi, Navarra, 2001. pp. 35 y 36.

parte, el artículo 19 de la la LORPM atendiendo a posibilidades reparatorias, regula el sobreseimiento del expediente, por conciliación o reparación entre el menor y la víctima para el caso de delitos menos graves o falta. Según esta disposición, el Ministerio Fiscal podrá desistir de la continuación del expediente, en aquellos casos, sin violencia o intimidación graves, en que el menor se haya conciliado con la víctima o haya asumido el compromiso de reparar el daño a la víctima o al perjudicado. El mismo determina que será el equipo técnico quien asuma las funciones de mediador.

Con esta regulación, los criterios de prevención especial y de respeto al interés superior del menor encuentran su baluarte fundamental en la función ejercida por el Ministerio Fiscal.[1452] No obstante, a partir de la reforma en 2003 la justicia retributiva afecta de manera directa al instituto del principio de oportunidad, con la atribución de potestades ilimitadas a la acusación particular[1453], que de manera externa al principio del interés superior del menor, puede peticionar la continuación del proceso, que de alguna manera merma la virtualidad práctica de éste principio. Es decir, habrá situaciones en las que el Ministerio Fiscal valore la necesidad de utilizar la oportunidad en cualquiera de sus instancias, pero el impulso ilimitado que la acusación particular puede ejercer durante el proceso, permite que la dirección del Ministerio Fiscal no tenga fuerza, como tampoco

[1452]Vid. MONTERO AROCA., ob.cit,p. 72. También Vid. LANDROVE DÍAZ, G., Marco operativo de la Ley Reguladora de la responsabilidad penal de los menores, en la Ley, año XXI, NÚM. 5084, 27 de Junio de 2000,p. 5. Para quienes el principio de oportunidad otorga amplias facultades al Ministerio Público, para no ejercitar la acción penal bajo determinadas condiciones, con lo que no se llegaría abrir o la fase preliminar o el Juicio Oral, a pesar de la constancia de la existencia de un hecho delictivo.

[1453]La LO 15/2003, de 25 de Noviembre, por la que se modifica el Código Penal en su Disposición Segunda, introduce en el procedimiento de menores la figura de la acusación particular, que defendida por CIU, había sido expresamente rechazada en el artículo 25 de la LORPM porque "pudiera tener para el menor un efecto contraproducente" y ser incompatible con " el superior interés del menor" (E.M, núm 7). Y es que, con el enfrentamiento de las partes, el proceso penal ordinario se convierte en un duelo, un drama o una comedia, en que de hecho todo vale para resultar absuelto o ser condenado. Vid. BUENO ARÚS, F., La ley de responsabilidad penal del menor: compromisos internacionales. Análisis de la imputabilidad penal y la respuesta penal, ob.cit,p. 293.

sus disposiciones en su función de garante del superior interés del menor.[1454] A partir de este momento, la cualidad protectora del Ministerio Fiscal, queda arrinconada en el procedimiento, sin que nadie tutele ni garantice dicho principio fundamental.

En síntesis, para que pueda tener lugar el sometimiento del menor a un programa de reparación o mediación según la LORPM, además de los requisitos objetivos anteriormente manifestados relativos al hecho cometido, serán necesario otros de naturaleza voluntarista. En primer lugar, que el menor admita su responsabilidad en el hecho, en segundo lugar, que asuma ante el equipo técnico el compromiso de conciliarse con la víctima, reparando el daño o en su defecto cumpliendo la medida educativa que el imponga el equipo técnico, y en tercer lugar, que el menor no esté incapacitado para dar cumplimiento a su compromiso.

Atendiendo a estos requisitos, puede extraerse que los relativos a los elementos objetivos referidos al hecho punible, restringen la eficacia de ésta pretendida muestra de justicia restaurativa recogida por la Ley, en el entendido de que la práctica de la mediación, no producirá efectos de sobreseimiento del expediente, fuera de los supuestos establecidos, sin perjuicio de la aplicación de la atenuante de reparación del artículo 21.5 del CP dado que la LORPM reduce su eficacia exculpante a casos de delitos de menor gravedad, que rozan hechos bagatelarios. Esto supone, que ante un delito de Robo con Violencia o Intimidación cometido por un menor mayor de 14 años, en ningún caso podrá darse el sobreseimiento del expediente instado, a pesar de que exista predisposición en la víctima y en el menor infractor para llegar a algún acuerdo conciliatorio.

Con igual motivación, el elemento temporal para que el Ministerio Fiscal solicite el sobreseimiento por conciliación o reparación, se encuentra tasado en la Ley; algo que veda la

[1454]Cfr. FRANCÉS LECUMBERRI PAZ, El principio de oportunidad y la Justicia Restaurativa, INDRET, Revista para el análisis del Derecho. Barcelona.2012,p. 4

posibilidad de acogerse al programa de reparación, si inicialmente es rechazado por el menor infractor, generándose una situación procesal injusta y divergente con el plano material, ante la posibilidad de que el menor y la víctima hayan podido conciliarse a través de controles informales como la familia o la comunidad. Por ello, entendemos que la adopción de un modelo restaurativo pleno no impide que sus principios fundamentales puedan ser utilizado en cualquier fase del procedimiento. En Bélgica, por ejemplo, la mediación puede plantearse cuando el jurado de los procesos judiciales ya ha decidido enjuiciar al sospechoso.

Para concluir, cabe especificar que la LORPM reduce la fuente mediadora al equipo técnico, sin que prevea si quiera, la posibilidad de establecer programas restaurativos fuera del ambiente judicial a través de controles informales que puedan constituirse en espacio de solución conocidas como "zonas restaurativas". En este aspecto, a titulo de ejemplo, parece interesante dotar a la escuela de la capacidad de utilizar la mediación u otros soportes tendentes a la reparación del daño o bien contemplar el desvío desde el procedimiento judicial a la cumplimentación de programas encaminados a ello. Se trata en definitiva de suspender el derecho penal para llegar a los controles informales, con la finalidad de proporcionar una respuesta educativa, sin criminalizar el comportamiento del individuo. Lamentablemente desde nuestro punto de vista, la LORPM no acude a la justicia restaurativa plena para solucionar el conflicto propiciado por los menores infractores y su única manifestación a través de la conciliación o reparación, cuenta con notables deficiencias, quedándose a medio camino entre la retribución y la restauración.

3.4.2.-La mediación como instrumento de conciliación y reparación del daño.

Stangeland[1455] define la mediación como una forma de arreglar conflictos directamente entre las partes, con un intermediario respetado por ambos. Otros autores como Manzanares Samaniego, prefieren destacar su relación con la justicia restaurativa, entendiéndola como eje y manifestación más importante de ésta, afirmando que suele caerse en el error, de asimilar ambos conceptos así como sus fundamentos y efectos. Como bien indica, la idea de justicia restaurativa precede a la de mediación que sería instrumento de aquella, el más cualificado pero no el único.[1456] También, Roldán Barbero[1457] pone como pilares básicos de la mediación, el perdón, la reparación del daño y la prestación de un trabajo o servicio de la comunidad o incluso de la propia víctima. De ahí que entienda que la mediación debe ser depurada de ribetes penales o sancionadores para que desaparezca el fraude de etiquetas y las medidas adoptadas tengan verdaderamente un carácter restaurativo en lugar de punitivo.[1458]

Por otro lado, esta posibilidad de disponer del conflicto no ha estado exento de críticas. Se objeta principalmente que la mediación carece de garantías procesales y que en realidad supone una privatización de la justicia, de suerte que ha de ser considerada como un retroceso en la forma de resolver el conflicto. No obstante, en nuestra opinión, no existe ningún motivo natural para no

[1455]Vid. STANGELAND, PER., El papel del criminólogo en la cooperación internacional, en modernas tendencias en las ciencia del derecho penal y la criminología, UNED, Madrid, 2001,p. 251

[1456]Vid. MANZANARES SAMANIEGO, J.L., ob.cit,p. 5

[1457]Vid. ROLDÁN BARBERO, H., La mediación penal: entre el orden legal y la voluntad de mejorar, Doctrina, 2003, pp. 118 y ss.

[1458] A este respecto son esclarecedoras las palabras de NILS CHRISTIE, Los límites del dolor, FCE, México, 1984, " La pobreza, la miseria y la falta de educación se han de combatir por medio de escuelas y ayuda social, pero nunca a través de las prisiones"

disponer, no ya del conflicto[1459], sino de la tensión que el mismo provoca en las partes inmersas en el mismo, siempre que en su formalidad, no se prescinda de cierto control por parte de la comunidad. En todo caso, la investigación empírica ha avalado la eficacia de los programas de mediación sobre la base de la existencia de una voluntad libre de las partes de participar en el programa propuesto, y en el logro de un acuerdo satisfactorio entre las mismas, cuya consecución no depende sólo de ellas, sino también del papel conciliador del mediador.[1460]

Pues bien, nuestro sistema de justicia Español posee una plasmación de "justicia restaurativa" en la regulación del instituto de la mediación.[1461] Su consagración legal fue fruto del

[1459]Interesante sobre el potencial de la disposición es la doctrina formulada por MANNOZZI, GRACIA.,La mediazione nell´ordinamento giuridico italiano: uno sguardo d´insieme, en MANNOZZI (cord) , Mediazione e diritto penale, dalla punizione del reo alla composizione con la victtima, Univ.insubria-Fac di giurisprudenza,Guiffré, 2004, Millano,p. 39, quien diferencia la posibilidad de mediar en un delito, mediar en un hecho y mediar en un conflicto y con esto determinaremos qué se va a mediar en el proceso penal. En cuanto mediar en un delito, advierte el autor la imposibilidad de mediar el delito: esto es, nunca se podrá negociar el contenido del precepto penal. Lo que está en discusión en la mediación no es obviamente la definición penal del conflicto, que es dada por el ordenamiento y que debe ser reconocida por las partes. Como también nos dice FRANCÉS LECUMBERRI, PAZ., El principio de oportunidad y la justicia restaurativa, en INDRET, revista para el análisis del Derecho, Barcelona. 2012,p. 34, disponible en www.indret.com, para quién lo que se media no es el hecho, dado que las partes involucradas en el conflicto, normalmente, están en desacuerdo no sobre la existencia del hecho, pero sí sobre el significado del hecho, a través de un interpretación subjetiva. Así, en el proceso de mediación, lo que se va a mediar va a ser el conflicto surgido por el hecho delictivo.

[1460]Vid. QUERALT, J.J.,Víctimas y garantías:algunos cabos sueltos, en SILVA SÁNCHEZ (Ed), Política criminal y nuevo derecho penal, libro homenaje a Claus Roxin, Bosch, Barcelona, 1997.

[1461] La mediación en asuntos penales dentro de la jurisdicción de adultos no está contemplada, si bien tampoco está prohibida, con las excepciones relativas a la violencia de genero en los términos establecidos en la LO 1/2004 de protección integral contra la violencia de género, a pesar de que otros países ofrecen una regulación en la ley (Nueva Zelanda, Austria, Alemania, Bélgica, Francia, Finlandia o Noruega entre otros). En todo caso, existe una Decisión Marco de la Unión Europea (UE) en 2001, de obligado cumplimiento, pero sin efecto directo, que exige el adecuado impulso para su implementación en los Estados Miembros de la UE. Sin embargo, la mediación familiar se encuentra regulada en normas autonómicas. Véase, Andalucía (2009), Valencia (2001), Galicia (2001), Canarias (2003), Castilla la Mancha (2005), Baleares (2006), Cataluña (2001), Madríd (2007), País Vasco (2008) y Asturias (2007). A pesar de estas circunstancias, tampoco cabe afirmar con rotundidad que nuestro ordenamiento no atiende debidamente a algunos de los efectos derivados de la justicia restaurativa, pues regula en el artículo 21.7 del CP la llamada atenuante de reparación del daño, así como la colaboración con la justicia configurada igualmente como atenuante en el artículo 21.4 del mismo cuerpo legal, y que actuando juntas, producen una atenuación privilegiada de conformidad con los parámetros del artículo 66 del CP. Es más, existen

cumplimiento de la Recomendación(87) 21 del Consejo de Europa en cuanto a la aplicación de procesos de desjudicialización y mediación en el ámbito de menores.[1462] Concretamente el art. 19.3 de la LORPM[1463] habilita al equipo técnico para realizar funciones de mediación entre el menor infractor y la víctima, dentro de una mediación típicamente intrajudicial.[1464]

La regulación que ofrece la LORPM es excesivamente parca, pues apenas presta atención a la mediación en sí misma, otorgarle un papel medial o meramente instrumental para llegar a la solución final consistente en la conciliación o en la reparación del daño. Por este motivo, este instituto sólo se permitirá cuando concurran los requisitos exigidos para la conciliación que la LORPM regula en dos momentos y que pueden ser catalogados de pre-sentenciales y post-sentenciales.

En particular, los supuestos anteriores a la sentencia que permiten la conciliación son: 1.- Que el hecho imputado al menor constituya delito menos grave o falta, 2.- Atendiendo a la gravedad y circunstancia de los hechos y del menor, de modo particular a la falta de violencia o intimidación graves[1465] en la comisión de los hechos. Por su parte, la conciliación post-sentencial aparece

tipos penales específicos, en los que se atenúa la pena atendiendo a la reparación del daño, como la detención ilegal y secuestro-163 del CP-, el delito contra la Hacienda Pública tipificado en el artículo 305.4 del CP, o la restitución directa o indirecta del vehículo a motor o ciclomotor sustraído -244.1 del CP-, así como los relativos al patrimonio histórico- 321 del CP- o contra los recursos naturales y el medio ambiente- 325 y ss, del CP. Por otro lado, en la dimensión ejecutiva también encontramos ciertos elementos restaurativos. Así, el artículo 91.2 del CP contempla la participación en programas de reparación del daño para el adelantamiento de los cómputos de libertad condicional de 90 días por años efectivamente cumplido. Incluso el artículo 88 del CP, requiere para la sustitución de la pena de prisión, el esfuerzo por reparar el daños causado.

[1462]Cfr. MARTÍN DIZ, FERNANDO., La mediación: sistema complementario de la administración de justicia, Centro de documentación jurídica, CGPJ, Madrid, 2010,p. 392.

[1463]Vid. Art. 19.3 de la LORPM, " El correspondiente equipo técnico realizará las funciones mediación entre el menor y la víctima o perjudicado, a los efectos indicados en los apartados anteriores, e informará al Ministerio Fiscal de los compromisos adquiridos y de su grado de cumplimiento".

[1464]Cfr. MARTÍN DIZ, F., ob.cit,p. 392

[1465] En nuestra opinión, el requisito de la violencia o intimidación no es un requisito imprescindible, En este sentido, la doctrina se encuentra divida. A favor de la que ésta posición, Vid. ORNOSA

regulada en el artículo 51.2 de la LORPM y habilita una suerte de mediación caracterizada por producirse de forma paralela a la continuación del proceso penal con posterioridad incluso a la imposición de una medida por el juez de menores; de manera, que su celebración no evita la declaración de responsabilidad penal del menor sino que constituye una vía para dejar sin efecto la medida impuesta.[1466] Como se extrae de la regulación, en esta tipología de conciliación no será necesaria que se cumplan los requisitos del artículo 19 anteriormente citado, y será la suma o puesta en común de la conciliación y el tiempo cumplido de la medida impuesta, lo que puede dar lugar a que el juez estime que sea suficiente reproche para el menor y entienda conveniente su finalización. Del mismo modo, la medida puede ser sustituida por otra. En este caso, tal y como advierte Heinz, habría que investigar si las medidas alternativas de diversión no se presentan más onerosas en lo que se refiere a su forma concreta en función del grado de injerencia y duración en comparación con las sanciones formales.[1467]

Por último, uno de los problemas en relación con estas técnicas de solución de conflictos es la escasa tradición existente en nuestro país, lo que genera desconfianza y existencia de prejuicios

---

FERNÁNDEZ, Derecho penal de menores, ob.cit,p. 525. Por su parte, DOLZ LAGO, La nueva responsabilidad penal del menor: comentarios a la Ley Orgánica 5/2000 de 12 de Enero, en revista general de derecho, 2000**,p.**126, entiende que el artículo 19 LORPM exige la no concurrencia de violencia o intimidación sólo para las faltas o los delitos menos graves. En todo caso, tales circunstancias serán objeto de valoración por parte del Ministerio Fiscal, al objeto de continuar con el expediente. Esta facultad la otorga el Art. 19.1 de la LORPM, en donde se dispone que se informará la Ministerio Fiscal, quien una vez comprobadas las circunstancias concurrentes, puede acordar, tras esta mediación, desistir de la continuación del expediente, quedando condicionada la continuación de la instrucción o el sobreseimiento al cumplimiento por el menor infractor de la conciliación o reparación aceptadas en el marco de la mediación efectuada por el equipo técnico. Vid. Arts. 19. 4 y 5 de la LORPM.

[1466]Vid. MARTÍN DIZ, F., ob.cit,p. 394. También Vid. SANZ HERMIDA, en GONZÁLEZ CUELLAR/SANZ HERMIDA/ORTÍZ PRADILLO, La mediación como método de conflictos, 2010,p. 168, para quien la referencia de "dejar sin efecto la medida" ha de ser interpretado en el sentido de suspender la medida como también de sustituirla.

[1467]Vid. DÜNKEL, F., Reacciones en los campos de la administración de justicia y de la pedagogía social a la delincuencia infantil y juvenil: un estudio comparado a escala Europa, en ORNOSA FERNÁNDEZ (dir)., La responsabilidad penal de los menores: aspectos sustantivos y procesales, CDJ, III, CGPJ, Madrid, 2011,p. 162

ante éstas posibilidades novedosas, que requerirán una especial concienciación tanto para las víctimas como para los autores.

3.4.3.-Breve referencia al uso de determinados programas restaurativos en la justicia de menores.

Los programas restaurativos son utilizados para solucionar los conflictos que origina el menor en contradicción con la ley y son beneficiosos por la disminución de la coacción estatal a través de la duración y la formalidad del proceso, así como por su valor educativo y por su capacidad para disuadir de la utilización de otras medidas como las privativas de libertad. Estos programas suelen ser creados al margen del sistema de justicia penal, utilizando para ello "la técnica de desvío" a través de las escuelas o la comunidad, en los que se utilizan, la mediación de compañeros o el círculo de solución de conflictos, que pueden dar respuestas al tratamiento de peleas, robos o vandalismo en centro escolar.

Como decimos, estos programas restaurativos aplicados a Jóvenes delincuentes son utilizados en numerosos países del mundo. De manera natural se ha ido gestando un movimiento restaurativo internacional y hoy la lista de países con sistemas de este tipo incluye a: Nueva Zelanda, Australia, Canadá, Irlanda, Eslovenia, Italia, Alemania, Gran Bretaña, Holanda, Japón, Chile, Argentina y Colombia.[1468] Si bien, el movimiento de admisión de este modelo dentro del panorama internacional, cuenta con cierta tradición, a través de distintas experiencias puestas en práctica por algunos Estados.

[1468]Cfr. BRENES QUESADA,C., Justicia restaurativa, Una herramienta para la solución al fenómeno de la criminalidad costarricense. Universidad Fídélitas. Costa Rica. 2009,p. 138. Disponible en www.justiciarestaurativa.org.

En concreto, el sistema de justicia juvenil de Porto Alegre, en su *acta de niño y adolescente de 1990* ya permitía que el Juez que presidía la corte juvenil pudiera suspender los procedimientos legales para jóvenes implicados por primera vez en delitos no muy serios para utilizar sanciones como el servicio comunitario y la reparación.

En Inglaterra y Gales, un método ampliamente usado con características restaurativas, es el uso de los llamados "paneles restaurativos" a los que son remitidos los delincuentes jóvenes primarios de edades comprendidas entre los 10 y los 17 años. El panel establece un plan de acción a través del cual el joven pueda reparar o solucionar sus problemas. Los jóvenes que reinciden pueden obtener una orden reparadora. También se utilizan los llamados YOT de Oxfordshire, (Equipo de delincuentes Juveniles) que tiene como meta consultar a cada una de las víctimas de cada caso, ofreciendo una oportunidad de contacto con el delincuente joven o la oportunidad de decidir el enfoque de su reparación. Las víctimas que no quieren reunirse con el delincuente o recibir reparación, pueden elegir las posibilidades establecidas por un manual, en qué proyecto reparador local quieren que el delincuente participe.

En Canadá,[1469]la llamada *acta de justicia penal juvenil* ha incrementado específicamente la participación de la policía como agentes de remisión frontal a programas restaurativos y a las prácticas restaurativas patrocinadas por ella misma, marcando un regreso a su papel de guardiana

[1469]Vid. ÁLVAREZ RAMOS, F., Mediación penal juvenil y otras soluciones extrajudiciales, en International e-journal of criminal Science, artículo 3, nº3, 2008. Disponible en Dialnet,p. 4. Este autor refiere que un recurso muy utilizado en Canadá en relación con delitos de naturaleza sexual es el llamado *"círculo de apoyo"* que se aplica a los agresores sexuales adultos. Los integrantes de las comunidades religiosas pactan un convenio o acuerdo de responsabilidad y de apoyo a los ex-reclusos. Esta práctica trata de elevar la seguridad jurídica puesto que compromete al agresor a seguir un plan de reintegración tras el cumplimiento de la pena principal. También en Canadá se utilizan los llamados *"círculos de paz"* recurso consistente en una especie de mediación, muy extendido entre los aborígenes y que toma éste nombre por tomar asiento en círculo durante el encuentro.

de la paz.[1470] Esta función encomendada a la policía viene a constituir un primer nivel restaurativo que fomenta la unión de lazos entre las fuerzas del orden y la comunidad. Fue en este país, en Ontario, donde tuvo lugar el experimento "Kitchener" en el año 1974, llevado a cabo por una comunidad Menonita, bajo la vigilancia de jueces, donde se logró que dos jóvenes que realizaron actos de vandalismo, repararan los daños ocasionados mediante fórmulas individualizadas acordadas con cada uno de los 24 afectados. Tras el éxito del experimento, Canadá ha realizado múltiples programas con altos niveles de satisfacción.[1471] El primer programa que utilizó, fue el conocido como Programa de reconciliación entre víctima y delincuente.

En Rehartar (Indiana) este programa de reconciliación fue iniciado en pequeña escala por Agentes de la Libertad Condicional que habrían aprendido del modelo de Ontario. De hecho, en 1979 este programa se había convertido en la base de una organización no lucrativa llamada " El centro para justicia Comunitaria".[1472] Por su parte, en Nueva Zelanda[1473] en el año 1989 se creó lo que se conoce como "conferencia de grupos familiares" en la comunidad indígena Maori que finalmente lo introdujo en su sistema juvenil. También Australia recoge estas " conferencias de

[1470]Vid. UNITED NATIONS; Manual de Justicia restaurativa, New York, 2006,p. 62. Disponible en Internet: www.unodoc.org>crimeprevention.

[1471]Cfr. WRIGHT, MARTIN., Mediación y Justicia Restaurativa, en biblioteca virtual del instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM, disponible en www.juridicas.unam.mx,p. 32

[1472]Cfr. BRENES QUESADA, C., ob .cit. pp, 37-38

[1473]Nueva Zelanda en 1985 aprobó la New Zealand Criminal Justice Act, que estableció la reparación como posible contenido de la Sentencia complementando otras posibles condenas. En su origen esta ley contemplaba dicha posibilidad sólo para delitos contra la propiedad o posibles perjuicios que se hubieren podido ocasionar a la víctima. En 1987 se modifica este ordenamiento adicionando el elemento a valorar del daño emocional causado a la víctima como elemento a ponderar para la determinación de la reparación, lamentablemente esto era determinado por el tribunal sin considerar al fiscal ni al delincuente, en su lugar se solicitaba un informe a la policía o a cualquier persona que pudiera auxiliar en la determinación. En la actualidad este informe garantiza un equilibrio porque evita presiones o ejercicio de poder de una parte sobre otra, y elementos de valoración judicial. Vid, GALAWEY, B., The Zealand Experiencie Implementing the Reparation Sentence, en MESSMER/OTTO (Edit), Restaurative Justice Research Perspective, Dordrecht-Boston- London, Kluver, 1996,p. 6. En vista del resultado obtenido, se extendió su aplicación al sistema de justicia penal con adultos jóvenes (17 y 20 años) a través de la "Conferencia del Grupo Familiar". Hoy en día es aplicable a la justicia de adultos.

grupos familiares" aunque centrándolas en el ámbito municipal. Uno de los proyectos más interesantes fue el desarrollado por el departamento de policía de Wagga Wagga y que ha poseído una gran difusión internacional. En este sistema, las conferencias[1474] son coordinadas por oficiales de policía uniformados o por personal escolar, considerándose adecuada a la policía para derivar casos, así como para hacer advertencias formales por hechos de Bagatela. Normalmente, se eligen para esta labor sargentos de policía con experiencia y formación especializada en coordinación de grupos y resolución de conflictos.[1475] Estos modelos se basan en la teoría de Braithwaite, sobre " la vergüenza reintegradora" que enfatiza en la posibilidad de cambio de comportamiento del joven agresor. Se considera que la justicia juvenil no representa sólo una incapacidad de autocontrol por parte del joven, sino que también es un síntoma de que el sistema familiar y el control comunitario están fallando. Las Conferencias facilitan la posibilidad de que sea la vergüenza un elemento necesario para restablecer el daño hecho y evitar que se vuelva a repetir, y terminan con una ceremonia de perdón y de reintegración en la comunidad. Desde mi punto de vista, lo interesante de esta forma de solucionar los conflictos, es que el joven concibe la amenaza de perder el estatus relacional, como una amenaza real, sin que ésta pueda ser hecha por el Estado, pues únicamente puede venir de aquellos que tiene una relación directa con la persona a la que se le está cuestionando el comportamiento.[1476]

[1474]Cfr. ROMERA ANTÓN, CARLOS., Conferencias comunitarias y justicia restaurativa, en la mediación civil y penal. Un año de experiencia. Estudios de derecho judicial, CGPJ, Madrid, 2007. Pág198. Este autor explica como se llevan a cabo las conferencias. En primer lugar, es requisito imprescindible que el joven que haya infringido la ley, reconozca voluntariamente los hechos, siempre en presencia de sus padres o de sus representantes legales, por escrito o mediantegrabación. Todo éste trámite se lleva a cabo en la comisaria de policía. Una vez cumplimentado éste requisito, deberá pasar por un panel de policías que decidirán la conveniencia o no de la conferencia. El espacio físico donde se realizan las conferencias es la comisaria, cuestión problemática, y que ha sido objeto de críticas, al considerar que tal espacio nunca es neutral. Posteriormente la conferencia termina con una ceremonia de perdón y arrepentimiento, que significa la aceptación simbólica y la reintegración de la persona en su comunidad.

[1475]Cfr. ROMERA ANTÓN, C.,ob,cit. Pág196.

[1476]Cfr. ROMERA ANTÓN, C., ob.cit,p. 199.

Dentro del modelo restaurativo destaca como complemento fundamental para la consecución de estos programas el denominado "compromiso de no reincidir" que en alguno ocasión se ha valorado por sí sola, de manera determinante. Uno de los ejemplos más claro acerca de la importancia de tal compromiso, tuvo lugar en Mozambique, en el año 1982, cuando su presidente Samora Machel reunió en un aula a los presos y mercenarios de Sudáfrica, y les pidió que se arrepintieran de lo que habían hecho en ese territorio y acto seguido, ante su declaración de arrepentimiento, todos fueron dejados en libertad.[1477]

En EEUU, destaca la conciliación post-delictual y consiste en que la víctima y el agresor se reúnan tras sentencia judicial y durante el cumplimiento de la misma. Se aplica para determinados delitos graves, como intento de homicidio, violación, etc., con el objeto de aportar a la víctima una satisfacción moral y promover el arrepentimiento del condenado.[1478] Como hemos referido en el apartado correspondiente, esta posibilidad conciliadora existe en nuestro sistema de justicia juvenil permitiendo modificar la medida impuesta al afectado por la misma.

Un elemento común en los países de Europa de Este y Oeste es la aplicación de elementos de justicia restaurativa para los jóvenes infractores. Normalmente se utilizan las prácticas más comunes como la reconciliación, reparación[1479], la mediación o las disculpas para la víctima, que llevan utilizándose unos 15 años. Los primeros proyectos pilotos de mediación fueron introducidos en 1990 en países como Eslovenia y en República Checa, que fueron incorporados como salidas informales del proceso, conocidos como técnicas de diversión.[1480]

[1477]Cfr. FRIEDMAN VOLOSKY, LORELY.,ob. cit,p. 5.
[1478]Cfr. ÁLVAREZ RAMOS, F., ob.cit,p. 4
[1479]Vid. DÜNKEL F/CASTRO MORALES, ob.cit,p. 7, ponen de manifiesto que la reparación víctima-ofensor ha tenido una significancia cuantitativa en la praxis de las cortes juveniles de Alemania y Austria.(8 % de todas las sanciones juveniles impuestas) Y si consideramos al trabajo o servicio comunitario como un sanción restaurativa, el número de jóvenes y jóvenes adultos aumentaría en un tercio.
[1480]Cfr. DÜNKEL, F/CASTRO MORALES., ob.cit,p. 7.

BIBLIOGRAFÍA

ABEL SOUTO, M., Internamientos penales de menores en la LO 5/2000 y su Reglamento de 20 de Junio de 2004, en Anuario de derecho penal y ciencias penales. Ministerio de Justicia. Tomo LVII. 2004.

ABEL SOUTO, M., Las medidas del nuevo derecho penal juvenil (consideraciones en torno al artículo 7 de la Ley penal del menor), actualidad penal, versión digital, nº6 de 2002.

AIZPURUA GÓNZALEZ, EVA/FERNÁNDEZ-MOLINA, E., ¿Procedimiento de adultos para delitos mayores?, una aproximación a la opinión pública hacia la transferencia de los menores infractores a tribunales ordinarios. Revista electrónica de ciencia penal y criminología. 2014, núm 16-16. pp. 6:1-16:18. Disponible en internet: http://criminet.urg.es/recpc/16/recpc 16-16.pdf.

ALÁEZ CORRAL, B., Minoría de edad y Derechos Fundamentales. Técnos. Madrid, 2003, también disponible en www.unioviedo.es.

ALBRECHT, P.A., El derecho penal en la intervención de la política populista, en la insostenible situación del derecho penal. Carlos María Romeo Casabona. (dir). Edit. Comares. Granada. 1999.

ALBRECHT, P.A., Jugendstrafrecht, 3ª Ed. C.H. Beck, Munich, 2000.

ALBRECHT. P.A., Derecho penal de menores. Edit. PPU, Barcelona, 1990.

ALVARADO PLANAS, J., Historia del Pensamiento Jurídico Primitivo. Edición a cura de Tomás de Montagut. Universidad Pompea Fabra. Dedicada a la memoria de Tomás y Valiente. 1997.

ÁLVAREZ MARTÍNEZ, C., Comentarios al código penal, Tomo I. Establecimiento tipográfico de J. González y A. Vicente, Madrid, 1848.

ÁLVAREZ RAMOS, F., Mediación penal juvenil y otras soluciones extrajudiciales, en International e-journal of criminal Science, artículo 3, nº3, 2008. Disponible en Dialnet.

ANTÓN ONECA, J., La utopía penal de Dorado Montero, tomo II, libro I. Universidad de Salamanca. 1950.

ANTÓN ONECA,J., Derecho penal conforme al código penal de 1928. Parte general. T.I, Madrid, 1929.

ANTÓN ONECA. J., Derecho penal., 2º Edición, anotada y corregida por José Julián Hernández y Luís Beneytez Merino. Editorial Akal, Madrid, 1986.

ARISTÓTELES, De la educación durante la primera infancia, la política. Libro IV, Capítulo 15.

ARISTÓTELES., Ética a Nicómaco. Traducción y notas de Julio Pallí Bonet. Gredos, Barcelona, 2007.

ARISTÓTELES., La constitución de Atenas, traducción y estudio preliminar de Antonio Tovar, Centro de estudios Políticos y constitucionales.

ARROM LOSCOS, R., El proceso penal con implicación de menores. Universitat de les illes Balears. Ediciones IUB.Colección Assaigs Jurídics 8. 2003.

ARROYO ZAPATERO, L., Control constitucional del derecho y de la justicia penal, CPC, 1987.

ARROYO ZAPATERO, L., Fundamento y función del sistema penal: el programa de la Constitución, revista de la Universidad de Castilla la Mancha, 1987.

ATTI, UMBERTO., Sistema italiano de justicia de menores, en legislación de menores en el s. XXI:análisis de derecho comparado. Estudios de derecho judicial nº18, CGPJ, Madrid, 2000.

BACHOFEN, J.J., El matriarcado. Una investigación sobre la ginecocracia en el mundo antiguo según su naturaleza religiosa y jurídica. Editorial Akal/ Universitaria. 1985.

BARATTA, A., Elementos de un nuevo derecho para la infancia y la adolescencia, Ministerio de Justicia del salvador y otros (editor), la niñez y la adolescencia en conflicto con la ley penal, San Salvador. Editorial Hombres de Maíz, 1995.

BARATTA, A., La política criminal y el derecho penal de la Constitución: nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales, capítulo criminológico, Vol. 26, núm. 2, 1998.

BARMAT N.,La mediación ante el delito, Lerner, Córdoba,2000.

BARRY GOLDSON., New Punitiveness. *The politics of child incarceration*. Youth Justice. London. Sage: 386-400.

BARTOLI, R., La justicia penal juvenil en Italia, en Revista de Estudios Jurídicos nº12/12 (segunda época). Universidad de Jaén (España). Versión electrónica: rej.ujaen.es.

BAZÁN DÍAZ, I, Delincuencia y criminalidad en el País Vasco en la transición de la Edad Media a la Edad Moderna,Vitoria. 1995.

BELOF, M., Los nuevos sistema de justicia juvenil en América latina, en Justicia y derechos del niño.Unicef, fondo de las Naciones Unidas para la Infancia. Disponible en www.unicef.cl.

BELOFF, M., Algunas confusiones en torno a las consecuencias jurídicas de la conducta transgresora de la ley penal en los nuevos sistemas de justicia juvenil latinoamericanos, en adolescentes y responsabilidad Penal, Ad Hoc, Buenos Aires, 2001.

BELOFF,M./CILLERO, M/GARCÍA MÉNDEZ, E/LORETO QUIJADA, M/PINTO, GIMOL/GÓMEZ, ALEJANDRO/FALCA, SUSANA (eds)., BELOF, M., Los nuevos sistemas de justicia juvenil en América Latina, en Justicia y derechos del niño, númº8. Unicef. 2005.

BENITEZ ORTÚZAR, I., Derecho penal de menores en el Estado Social y Democrático de Derecho: breve referencia a los principios que disciplinan el ius puniendi Estatal frente al joven infractor. I Congreso a Debate de Justicia penal juvenil, VVAA, Dykinson, Madrid, 2010.

BENITO LÓPEZ, RAQUEL., Algunas cuestiones sobre el régimen disciplinario en los centros de internamiento de menores, RJUAM, nº 18. 2008.

BERDUGO DE LA TORRE, I/ ARROYO ZAPATERO, L/ FERRÉ OLIVÉ, J.C/ GARCÍA RIVAS, N/ SERRANO PIEDECASAS, J. R/, TERRADILLOS BASCO, J., Curso de derecho Penal, parte general, ediciones experiencia, SL,Barcelona, 2004.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., La evolución del Derecho Penal contemporaneo y la unión internacional del Derecho Penal, ed. Universidad pontificia de Salamanca. 1982.

BERDUGO, I., Enfrentamiento del P. Cámara con Dorado Montero, Salamanca, 1984.

BERISTAIN IPIÑA, A., El proyecto de Código Penal de 1980, víctima de estructuras, sección doctrinal. disponible en Http:/www.boe.es>abrir_pdf>id=AN.

BERISTAIN IPIÑA, A., Medidas penales en Derecho contemporáneo, teoría, legislación positiva y realización práctica, editorial Reus, Madrid.

BERISTAIN IPIÑA, A., Menores infractores-víctimas ante las Naciones Unidas y el Consejo de Europa, cuaderno del instituto Vasco de Criminología, nº10, San Sebastián, 1996.

BERISTAIN PIÑA, A., El proyecto de Código Penal de 1980, víctima de estructuras, sección doctrinal. disponible en https:/www.boe.es>abrir_pdf>id=AN.

BERNUZ BENEITEZ, Mª.J., Educar y controlar: la intervención comunitaria en la Justicia de Menores, en Revista electrónica de ciencia penal y criminología, núm. 11-12.

BERNUZ BENEITEZ, Mª. J., Justicia de menores Española y Nuevas Tendencias Penales, la regulación del núcleo duro de la delincuencia juvenil, revista Electrónica de ciencia penal y criminología, núm, 07-12, 2005.

BERRÍOS DÍAZ, G., La ley de responsabilidad penal del adolescente como sistema de justicia:análisis y propuestas, política-criminal, Chile, 2011.

BOLDOVA PASAMAR, M.A.,¿Queda algo del derecho de corrección de los padres a los hijos?, en revista de derecho penal y criminología, 3º Época, nº5. 2011.

BRAVO, AMAIA/SIERRA, Mª JESUS/DEL VALLE JORGE., Evaluación de resultados de la ley de responsabilidad penal del menores. Reincidencia y factores asociados. Universidad de Oviedo. Psicothema. 2009.

BRENES QUESADA, C., Justicia restaurativa: una herramienta para la solución al fenómeno de a criminalidad costarricense. Universidad Fidélitas. Tesis doctoral.Costa Rica, 2009. Disponible en www.justiciarestaurativa.org.

BRUCKMÜLLER, K., Austria a protection model, en Jünger-Tass, J y Decker, S.H. (Eds): International Handbook of juvenile justice. Springer, New York. 2006.

BUENO ARÚS, F., Cuestiones relevantes en la aplicación de la LO 5/2000, de responsabilidad penal del menor. Universidad Pontificia de Comillas, Madrid.

BUENO ARÚS, F., Menor edad: imputabilidad o inimputabilidad sui generis. Influencia en este punto de la ley orgánica reguladora de la responsabilidad penal del menor, en actual doctrina de la imputabilidad penal. VVAA. Estudios de derecho judicial. CGPJ. Madrid. 2006.

BUENO ARÚS, FRANCISCO., La ley de responsabilidad penal del menor: compromisos internacionales, análisis de la imputación penal y la respuesta penal, en la Ley de Responsabilidad penal del Menor: situación actual. Cuadernos de derecho judicial. CGPJ. Madrid. 2006.

CABRAL DOS SANTOS, M.A., Criança e criminalidade no inio do século, en DEL PRIORE, M. (org), Historia das crianças no Brasil, Contexto,São Paulo, 1999.

CADALSO Y MANZANO, F., Diccionario de legislación Penal, procesal y de prisiones. Vol.III, Madrid, 1896,

CADALSO Y MANZANO, F., Los presidios españoles y las colonias penales. Centro editorial Góngora, Madrid, 1891.

CADENA SERRANO, F.A., Las medidas previstas en la LO 5/2000, de 12 de Enero de responsabilidad penal de los menores., en la responsabilidad penal de los menores: aspectos sustantivos y procesales, CGPJ, Madrid, 2001.

CALAMBRUS LARA, J., Las relaciones paterno-filiales en la legislación visigoda. Instituto de

Historia del derecho. Granada. 1991.

CÁMARA ARROYO, S., Justicia restaurativa: marco internacional y su desarrollo en América Latina, en revista de justicia restaurativa, nº1, Octubre de 2011.

CÁMARA ARROYO, S.,Anuario de Justicia penal de menores. Edit. Astigi. 2010.

CANCIO MELIÁ M,. Derecho penal del Enemigo y delito de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el código penal español después de la LO 7/2000. Jueces para la Democracia 44. 2002.

CANCIO MELIA, M/FEIJÓO SÁNCHEZ, B (Edit)., Teoría funcional de la pena y la culpabilidad. Civitas. Madrid, 2008.

CANO PAÑOS, M.A., ¿ Es conveniente un endurecimiento del Derecho Penal juvenil, una toma de posición crítica, en ADPCP, 2002.

CANTARERO BANDRÉS, R., Los menores y el Derecho penal, en Derecho Privado y Constitución, (ejemplar dedicado a: monográfico sobre protección de menores), número 7, 1995.

CARMONA SALGADO, C., Negativa influencia de algunos medios en las víctimas de delitos graves y en las políticas criminales inspiradoras de las reformas penales de los últimos tiempos, en Homenaje a Landrove Díaz. VVAA.

CARMONA SALGADO, C., Las medidas y sus criterios de determinación en la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, en garantías del imputado en el proceso penal. Protección jurídica de menores. Formación de fiscales especialistas en menores. Estudios jurídicos, Ministerio Fiscal I, 2002.

CASABO RUIZ, J.R.,Los orígenes de la codificación penal en España: el plan del código penal de 1787, en ADPCP, t. XXII, fasc.II, 1969, pp.313-342.

CASTÁN VÁZQUEZ, J.M, Art. 154, en comentarios al Código Civil y compilaciones forales, (Dir. Albadalejo) tomo III, Vol.2.

CEREZO MIR, Curso de Derecho Penal Español, III, teoría jurídica del Delito, 2ª reimpresión, Técnos, Madrid, 2001.

CERVELLÓ DONDERIS, V., La medida de internamiento en el derecho penal del menor, Tirant lo Blanch. Monografías. Valencia. 2009.

CEZÓN GONZÁLEZ, C., La nueva Ley Orgánica de la responsabilidad penal de los menores. Bosch. Barcelona, 2011.

CHRISTIE, NILS., Los conflictos como pertenencia, en los delitos y la víctimas. Buenos Aires. Editorial Ad-Hoc. 1992.

CLARKSON AND KEATING., Criminal Law: Test and Materiales. London. 1990.

COLÁS TURÉGANO., A., Cumplimiento de las medida de internamiento en régimen cerrado en centro penitenciario. Problemas de su aplicación práctica, en Revista General de Derecho Penal, nº 14, Iustel , 2010.

ROXIN, C., La teoría del Delito, en la discusión actual. Editorial jurídica GRIJLEY E.I.R.L, Lima, 2007.

CLAVIJERO F.J., Historia Antigua de México, colección Sepan Cuantos, México, Editorial Porrua,númº29, 1982.

COBO DEL ROSAL, M / VIVES ANTÓN, T., Derecho Penal. Parte General. Tirant lo Blanch Valencia. 1990.

COMPAY CERVERA, I., Dos modelos teóricos sobre el tratamiento jurídico debido a niños. Universidad Carlos III. Editorial. Instituto de derechos Humanos, Bartolomé de casas. Madrid. 2000.

CONCEPCIÓN ARENAL., Artículos sobre beneficencia y prisiones, en Obras completas, XX.3º, Madrid, 1900.

CÓRDOBA RODA, J., La ley de responsabilidad penal de lo menores:aspectos críticos. Revista jurídica de Cataluña., num. 2, 2002.

COSTA, F., El delito y la pena en la historia de la Filosofía. Editorial Hispano Americana. México. 1953.

COUSO, J., El derecho a un juzgamiento especializado de los jóvenes infractores en el derecho comparado, política criminal, Vol. 7, nº3 (Julio 2012), art.1, pp.1-73. Disponible en internet: http://www.politicacriminal.cl/Vol_07/n_13/Vol7N13A1.pdf].

COUSO, J., Principio eductivo y resocialización en el derecho penal juvenil, en justicia y derecho juvenil, Unicef.

COY, E/TORRENTE G., Intervención con menores infractores:su evolución en España. Servicio de publicaciones de la Universidad de Murcia, en anales de psicología. Vol. 13. 1999.

CRUZ CRUZ, E., El concepto de menores infractores, en Biblioteca jurídica virtual del instituto de investigaciones jurídicas de la Unam, Disponible en www.jurídicas.unam.mx.

CRUZ Y CRUZ, E., Los menores de edad infractores de la ley penal. Tesis doctoral. Universidad complutense de Madrid. 2010.

CUELLO CONTRERAS, J., El nuevo derecho penal de menores, Civitas, Madrid. 2000.

CUELLO CONTRERAS, J., El nuevo derecho penal de menores. Comentarios a la LO5/2000, de 12 de Enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, Bosch, Barcelona. 2001.

CUELLO CONTRERAS, J., Reflexiones sobre la capacidad de culpabilidad del menor y su tratamiento educativo. Con una aportación al tratamiento de delincuentes jóvenes con trastorno narcisista de la personalidad, DYKINSON

CUELLO CALÓN, E., Exposición del Código penal reformado de 1932, Barcelona.

CUELLO CALÓN, E., Criminalidad infantil y Juvenil. Editorial Bosch, Barcelona, 1934.

CUELLO CALÓN, E., La infancia Antigua y Abandonada en la antigua legislación española. Revista penitenciaria. Año II. Madrid. 1905.

CUELLO CALÓN, E, Los Tribunales para niños. Madrid, victoriano Suárez,1917.

DEFENSOR DEL PUEBLO., Centros de protección de menores con trastornos de conducta y en situación de dificultad social. Informes, estudios y documentos. 2009.

DE HINOJOSA Y NAVEROS, E., El elemento Germánico en el Derecho Español. Centro de estudios jurídicos. Madrid. 1915.

DE LA CUESTA AGUADO, P.M., Un derecho penal en la frontera del Caos, revista de estudios jurídicos y económicos de la fundación municipal universitaria de Algeciras, núm. 1, 1997.

DE LA OLIVA SANTOS, Á/ARAGONESES MARTÍNEZ, S/HINOJOSA SEGOVIA, R., Derecho Procesal Penal, Edit. Cera, 2004.

DOLZ LAGO, M.J., ¿ Endurecimiento simbólico de la ley del menor?, Anuario de Justicia Penal de Menores. Edit. Astigui. 2006.

DOLZ LAGO, M.J., El Fiscal y la reforma de menores: Balance de experiencias tras la ley Orgánica de la ley 4/1992. Fiscalía General del Estado, memoria de 1994, Madrid, 1995.

DOLZ LAGO, M.J., La nueva responsabilidad penal del menor: comentarios a la Ley Orgánica 5/2000 de 12 de Enero, en revista general de derecho, 2000.

DOLZ-LAGO, J.M., Propuestas de reforma entre el populismo y el realismo, en anuario de justicia penal de menores. Edit. Astigi.

DOLZ-LAGO, M, J., Algunas consideraciones sobre la entrada y registro e intervenciones postales,

telegráficas y telefónicas, en el proceso penal de menores, en anuario de justicia de menores, edit. Astigi. 2010.

DOMINGO DE LA FUENTE, V., Justicia restaurativa y mediación penal, en revista de derecho penal Lex Nova, nº 23, Valladolid. 2008

DOMINGO DE LA FUENTE, V., Necesidades de las víctimas, cuando el delito llega a los Tribunales, en ¿ qué es justicia restaurativa?. Disponible en www.justiciarestaurativa.org. 2015.

DORADO MONTERO, P, El derecho protector de los Criminales. Analecta. Pamplona. 1999.

DORADO MONTERO, P., Contribución al estudio de la Historia Primitiva en España. Revista de legislación. Madrid. 1901.

DORADO MONTERO, P., Los peritos y la Justicia Criminal. Hijos de Reus. Madrid. 1906.

DU BOYS, A., Historia del derecho penal de España, traducida al castellano, anotada y adicionada por VICENTE y CARAVANTES, Madrid, 1872.

DUCE MAURICIO/COUSO JAIME., El derecho a juzgamiento especializado de los jóvenes infractores en el derecho comparado. Política Criminal. Vol.7, nº 13, 2012. Pág.6. Disponible en www.políticacriminal.cl/Vol_07/n_13.pdf.

DÜNKEL F., Jugendstrafrecht europäischen vergleich im Licht aktueller Empfehlungen des Europarats. Neue Kriminalpolitik 2010.

DÜNKEL, F., Juvenile justice in Germany, en Dünkel F, Grzywa, J., Horsfield, P y Pruin, I (Eds): Juvenile justice systems in Europe Current Situation and reform Developments. Volumen II, Forum Veralg Godesberg, mönchengladbach (Alemania), 2010.

DÜNKEL,F/KALMTHOUT,A/SCHÜLER-SPRINGORUM, H., Entwichlungstendenzen und Reformstrategien im Jugendstrafrech im europäisch Vergleich, Ed. Forum verlag Godesberg Gmh, Mönchengaldbach, 1997.

DÜNKEN, F/CASTRO MORALES, A., Sistemas de justicia juvenil y política criminal en Europa. Universidad de Greifswald.

E, SCHMIDÄUSER., Objektive Strafbarkeitsbedingungen, en Zstw, 71, Berlin, 1995.

EISENBERG, U., Jugendgerichtsgesetz, Munich: Beck, 11ª edición, 2006 § 3 número marginal 3.

EL INNOCCENTI DIGEST., Justicia Juvenil. Unicef. Disponible en internet: **http://www.unicef.cl/archivos_documento/102/digest3s.pdf.**

ESTRABÓN., Geografía de Iberia. Traducido por Javier Gómez Espelosin. Alianza Editorial, S.A. Madrid. 2007.

ESTRELLA RUIZ, M., Revista de Jurisprudencia, Nº2. Octubre 2009.

FARSON, R., Birthrights, en Gross, Beatrice y Gross, Ronald (eds)., The Childrens Right Movement, Anchor Press/Doubleday, New York. 1977.

FERNÁNDEZ BARRAGAN, M.L., La medida de internamiento de régimen cerrado de los menores infractores: recursos contra las infracciones disciplinarias, en Anuario de Justicia de Menores. Editorial Astigui. 2011.

FERRÉ OLIVÉ, JUAN CARLOS/NUÑEZ PAZ, MIGUEL ANGEL/RAMÍREZ BABOSA, PAULA ANDREA., Sistema Penal para adolescentes, en Derecho Penal Colombiano. Editorial Ibañez. Bogotá. 2010.

FRANCÉS LECUMBERRI, PAZ., El principio de oportunidad y la justicia restaurativa, en INDRET, revista para el análisis del Derecho, Barcelona, 2012. Disponible en www.indret.com

FRIEDMAN VOLOSKY, LORELY., Justicia Restaurativa. Nuevas formas de tratamiento para delincuentes juveniles. Publicaciones de derecho penal Europeo e Internacional. Disponible en www.cienciaspenales.net.

FUNES I ARTIAGA,J.,Mediación y justicia juvenil. Fundació Jaume Callís, Barcelona,1995.

GALAIN PALERMO, P., ¿La reparación del daño como tercera vía punitiva?, especial consideración a la posición de Claus Roxin. Redur 3, 2005.

GALAIN PALERMO, P., La reparación del daño a la víctima del delito. Tirant lo Blanch. Valencia. 2010.

GALLEGO SÁNCHEZ, GEMMA., El quebrantamiento por mayor de edad de las medidas impuestas por el juez de menores, en Revista de jurisprudencia Nº2, Mayo de 2010.

GALO SÁNCHEZ., Libro de los Fueros de Castilla. Facultad de derecho. Barcelona. 1924.

GARCÍA ARAN, M., Culpabilidad, legitimación y proceso, en ADPCP, tomo XLI, fascículo I, Enero-Abril, 1998.

GARCÍA DÍEZ MONSERRAT/ FERNÁNDEZ ARIAS, C, en Régimen interno y potestad disciplinaria a aplicable a los centros de internamiento de menores con medidas judiciales. Experiencias prácticas y correcta interpretación y aplicación del reglamento de menores. 2011. Disponible en Internet, Dialnet.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., Presupuestos criminológicos y político criminales de un modelo de responsabilidad de jóvenes y menores, MARTÍNEZ PEREDA RODRÍGUEZ, J.M (dir), ejemplar dedicado a menores privados de libertad, en cuadernos de derecho judicial, núm. VX, Madrid, 1996.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., Problemas actuales de criminología, Publicaciones del instituto de Criminología, Universidad Complutense, Madrid, 1984.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.,Tratado de criminología, 2º de. Tirant lo Blanch, Valencia. 1999.

GARCÍA PÉREZ, Los actuales principios rectores del derecho penal juvenil: un análisis crítico, en Revista de derecho penal y criminología, 2ª Época, núm.3. Uned, Madrid.

GARCÍA PÉREZ, M. F, Experiencias prácticas en la ejecución material de las medidas, en la ley de responsabilidad penal del menor: situación actual. VVAA. CGPJ, Madrid, 2006.

GARCÍA PÉREZ, O., Sistema de sanciones Penales para menores, XV encuentro del Anuario de la Facultad de derecho de la UAM. 2010.

GARCÍA PÉREZ, O.,La introducción del modelos de Seguridad ciudadana en la Justicia de Menores, en La ley de responsabilidad Penal del Menor: Situación actual, VVAA, CGPJ, Madrid, 2006.

GARCÍA PÉREZ**.,** La reforma de 2006 de la LORPM: la introducción del modelo de seguridad ciudadana, en JORGE BARREIRO, A./ FEIJOO SÁNCHEZ, B., ¿Qué hacer con los menores delincuentes?, en el nuevo derecho penal del menor desde una perspectiva interdisciplinar, Barcelona. 2008.

GARCÍA VALDÉS, C., Medicina Psicosomática y patología carcelaria, Cuadernos de política-criminal nº12, Madrid. 1980.

GARCÍA VALDÉS, C., Los presos Jóvenes. Apuntes de la España del S. XIX y principios del S.XX. Ministerio de Justicia. Secretaria General Técnica. Centro de Publicaciones, Madrid, 1991.

GARELLO, SILVANA., La justicia juvenil en Argentina y el surgimiento de una nueva institucionalidad, en revista debate público, reflexión de trabajo social, Buenos aires, 2012.

GARLAND,D., The culture of control, crime and social order in contemporary society. Chicago: the University of Chicago press, 2001.

GERÓNIMO, FEIJOO B., Teatro Crítico Universal, 1276 A 1739. Tomo VI, discurso I, paradoja V.

GARRIDO GENOVES, V., Delincuencia juvenil, Madrid, Alhambra, 1986.

GIDDENS ANTHONY., Sociología, Alianza Editorial, S.A, Madrid. 2000.

GIMÉNEZ I COLOMER, E (Dir)., Legislación de menores en el siglo XXI: análisis de derecho comparado, estudios de derecho judicial 18, CGPJ, Madrid. 1999.

GIMÉNEZ SALINAS I COLOMER, E., La mediación y la reparación. Aproximación a un modelo en la mediación penal. Colección Justicia i Societat, Barcelona, 1999.

GIMÉNEZ- SALINAS COLOMER, E., La mayoría de edad penal en la reforma, en Homenaje al profesor Don Juan Del Rosal, Revista de derecho privado, Madrid, 1993.

GIMÉNEZ-SALINAS COLOMER, E.,La legislación de menores en el S.XXI: Análisis de derecho comparado. Diario de sesiones del Congreso de los diputados. CGPJ, Madrid, 1999.

GIMÉNEZ-SALINAS., La mediación en el sistema de justicia juvenil: una visión desde el derecho comparado, en Eguzkilore, cuaderno del instituto Vasco de criminología, nº10, San Sebastián, 1996.

GIMENO SENDRA., Los procedimientos penales simplificados, poder judicial,1986, núm. Esp II.

GERSHOFF, E.T (2002)., Corporal punisment by parents and associated child behaviors anda experdiences: A meta-analytic and theoretica review, Psychological Bulletin, 128(4), 539-579, en acabar con el castigo violento en todas sus formas es un derecho del niño en edad infantil, disponible en www.endcorporalpunishment.org.

GÓMEZ RIVERO, MªC., Una vuelta de tuerca de más: la LO 8/2006, modificadora de la LO 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, en tendencias de la justicia penal de menores. ANARTE BORRALLO, E (dir). VVAA. Iustel. 2010. Madrid.

GÓMEZ RIVERO, Mª.C., Comentarios a la ley penal del Menor, (conforme a las reformas introducidas por la LO 8/2006), Iustel, Madrid, 2007.

GONZÁLEZ CANO, Mº. I., La ejecución de la pena privativa de libertad. Titant lo Blanch. Valencia., 1994.

GÓNZÁLEZ CUSSAC, J.L.,Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, Valencia. 1988.

GÓNZALEZ CUSSAC, J.L., Comentarios al artículo 69 del Código Penal, en comentarios al código Penal de 1995. VVAA. Tirant lo Blanch. Valencia. 1996.

GONZÁLEZ CUSSAC, J.L/ TAMARIT SUMALLA, J. M., Justicia penal de menores y jóvenes, tirant lo Blanch. Valencia. 2002.

GONZÁLEZ GONZÁLEZ, E., Delincuencia Juvenil. Fundación Santa María, Madrid.1987

GÓNZALEZ, M., Los tribunales para niños, creación y desarrollo, historia de la educación. Salamanca, nº18, 1999.

.
GONZÁLEZ REUS, J. J., Sobre el fundamento de la responsabilidad penal del menor, en un derecho penal comprometido, libro Homenaje a Landrove Díaz, Titant lo Blanch, Valencia, VVAA. 2011

GONZÁLEZ TASCÓN, M, M., Un nuevo reto para la Unión Europea: la delincuencia Juvenil, en un derecho Penal comprometido, homenaje a Landrove Díaz, VVAA, 2011

GONZÁLEZ ZORRILLA, C., Jóvenes y Control social. La ideología de un tratamiento, en la experiencia española y sus alternativas. Madrid, U.A.M, 1987.

GROIZAR Y GÓMEZ DE LA SERNA, A., El código Penal de 1870, concordado y comentado. Tomo I, sucesores de Rivadeneyra, Madrid. 1923.

GROSS, BEATRICE/ GROSS RONALD., Introduction, en Gross Beatrice, y Gross Ronald (eds), The Childrens Rights Movement, Anchor press/doubleday, New York. 1977.

GUALLART DE VIALA, A., El derecho Penal Histórico de Aragón. Editorial Heraldo de Aragón. Zaragoza. 1977.

GUALLART LÓPEZ DE GOICOECHEA., El derecho penal de los menores, la academia. Zaragoza. 1925.

GUTIÉRREZ CUADRADO, J.,El fuero de Béjar. Ediciones Salamanca. Salamanca. 1975.

GUTIÉRREZ FÉRNANDEZ, B., Examen Histórico del Derecho Penal. Imprenta de Antonio Peñuelas. Madrid. 1866.

GUSTAV JUNG, C., Psicología y Religión. Ediciones Paidós Ibérica, S.A. 1992.

H. OTTO., Strafwürdigkeit und strafbedürftigkeit als eigenständige delikkategorien, en Gedächtnisschrift für Schröder, München, 1978.

HASSEMER, W/ MUÑOZ CONDE, F, Introducción a la criminología y a la política criminal. Editorial Tirant lo blanca Valencia. 2012.

HAVA GARCÍA, E/RÍOS CORBACHO, J.M., Las medidas aplicables a menores en la Ley 5/2000, en RUÍZ RODRÍGUEZ, L.R., y NAVARRO GUZMÁN, J.L (Coord.), Menores. Responsabilidad penal y atención psicosocial, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

HERRERA PURGA, P., Sociedad y delincuencia, universidad de Sevilla. Disponible en www. Personal.us.es>alporu>clases_sodomía.

HERZOG, F., Límites del derecho penal, para controlar riesgos sociales (Una perspectiva crítica ante el derecho penal de peligro),Poder Judicial nº 32., Madrid.1993.

HIGTON, E.I/ÁLVAREZ, G.S/GREGORIO, C.G., La resolución alternativa de conflictos y sistema penal, la mediación penal y los sistemas víctima y victimario, edit. Ad hOC, Buenos aires, 1998.

HIGUERA GUIMERÁ., J.F., Derecho Penal Juvenil. Bosch. Barcelona. 2003

HIGUERA GIMERÁ, J, F, Antecedentes Históricos de la minoría de edad penal. Compendio de derecho penal. Tomo I. Editorial Revista de derecho privado. Madrid. 1958.

HOLT, J., Escape from childhood, E.P, Dutton&Co.,Inc., New York, 1974.

JAKOBS, G., Derecho Penal, PG, fundamentos y teoría de la imputación, trad. Cuello Contreras y Serrano González de Murillo, 2ª edición, Marcil Pons, Madrid, 1995.

JAKOBS, GÜNTHER/CANCIO MELIÁ, M., Derecho penal del enemigo. Civitas. Madrid.2003.

JAN, I.F/BALL,J/WALSH,A., Predicting public opinion about juvenile waivers, criminal justice policy review, 19(3). 2008. Pág. 285-300.

JÜNGER-TASS y S.H.Decker (eds), Internacional Handbook of Juvenile Justice. The Netherland: Springer, 2009.

JÜNGER-TASS, J., Alternativas al internamiento institucional en Holanda: I Congreso de infancia y Sociedad, Vol 2, Ministerio de Asuntos Sociales,Madrid, 1989.

JÜNGER-TASS, J.,La justicia de menors: present i futur. Ponencia presentada en las jornadas sobre educació i control, organizadas por el centro de estudios y formación del Departamento de justicia de la Generalitad de Cataluña, Barcelona, 1989.

KILLIA, M/VILLETTAZ, P., Rückfall nach Freiheits-und Alternativstrafen, Lehren aus einer systematischen Literaturübersicht, in:Lösel, F., Bender, D. and Jehle, J.M(eds), Kriminologie und

wissensbasierte Kriminalpolitik, Mönchengladbach:Forum Verlag Godesberg, 2007, pp. 217-295

LABELLA OSÉS, E., El derecho de corrección en la legislación foral, Pamplona, 2013, disponible en www.legaltoday.com.

LAMARCA PÉREZ, C., La mediación penal: una alternativa a la solución de conflictos, en colegio oficial de psicólogo de Madrid: Mediación: Una alternativa extrajurídica. Colegio oficial de Psicólogos, Delegación de Madrid, 1995.

LANDECHO VELASCO, CARLOS MARÍA., Derecho penal Español. Parte General. Tomo II. Tercera Edición. Universidad pontificia de Comillas, ICADE. Facultad de derecho. Madrid. 1992.

LANDROVE DÍAZ, G., Marco operativo de la Ley Reguladora de la responsabilidad penal de los menores, la Ley, año XXI, núm 5084, 27 de Junio de 2000.

LANDROVE DIAZ, G., Derecho penal de Menores, Tirant lo Blanch, Valencia. 2001.

LANDROVE DÍAZ, G., Introducción al derecho penal de menores. Tirant lo Blanch. Valencia. 2003.

LANDROVE DÍAZ, G., Las consecuencias jurídicas del Delito, 6º Edición. Técnos. Barcelona. 2005

LANSFORD JE, TANPAYA S, OBURO P.O., Castigos corporales, en enciclopedia sobre el desarrollo de la primera infancia, vida social, 2012. Págs. 1-7., disponible en www.enciclopedia-infantes.com.

LARA PEINADO, F., Código de Hammurabi. Tecnos. Madrid. 2008.

LASALA NAVARRO, G., Antecedentes de la delincuencia infantil, en revista de estudios penitenciarios. Año XI, Número 114. Madrid. 1956.

LAPPI-SEPPÄLÄ, TAPIO., Justicia de menores en Finlandia, en I Congreso internacional de

responsabilidad penal de Menores, disponible en internet, acra-face.es>info>articuloTapio**.**

LARRAURI PIJOAN, E., La reparación, en CID MOLINE, L/LARRAURI PIJOAN, E (coord), penas alternativas a la prisión, Bosch, Barcelona, 1997.

LASALA NAVARRO G., La juventud delincuente en España y sus Tribunales de menores, en Revista de estudios penitenciarios, año XV, nº140, Madrid, 1959

LASSO GAITE,F.,Crónica de la Codificación española, Vol. I y II, Ministerio de Justicia, comisión general de codificación, Madrid, 1999.

LAURRARI PIJOÁN, E., Introducción en el debate de la privatización del sistema penal: la policía privada, estudios Penales y criminológicos, vol. XIV, 1991.

LEMERT, EDWIN., Human Deviance, social problems and social control, englewood cliffs, pretice-hall, 1972.

LIVINGSTONE, S/HADDON, L.,EU kids online I, Comisión Europea, London School of Economics and Political Science, London, 2006-2009, También Vid, EU Kids online III, Comisión Europea, London School of Economics and Political Science, London, 2011-2014. Disponible en Internet: www.eukidsonline.net

LÓPEZ HERNÁNDEZ, G, M/VIVES ANTÓN, T., La defensa del Menor, Técnos. VVAA. Madrid. 1987.

LÓPEZ LÓPEZ, A.M., La ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Comentario, concordancias y Jurisprudencia. Comares. Granad, 2004.

LÓPEZ RIOCEREZO, JOSE MARÍA.,Delincuencia Juvenil. Política Recuperativa. Tomo II. Editorial Victoriano Suárez. Madrid.1956.

.

MANZINI, V., Paleontología Criminal. Traducido por Bernaldo de Quirós. Viuda de Rodríguez Serra. Casa Editorial. Madrid. 1905.

MARTÍN HERNÁNDEZ, J., La protección de menores. Una Institución en Crisis. Ediciones Pirámides. 2009.

MARTÍN LÓPEZ, M,T., Delincuencia Juvenil y normativa internacional, en homenaje a Marino Barbero Santos in memoriam, Luis arroyo zapatero e Ignacio Berdugo Gómez (cord), Ediciones de Castilla la Mancha. Ediciones de la Universidad de Salamanca. Cuenca. 2001.

MOMMSEN T., Historia de Roma. Vol.I. Editorial Turner. Madrid. 1983.

MOMMSEN THEODOR., Historia de Roma. Vol.I. Editorial Turner. Madrid. 1983.

MONTERO PREDERA, ANA MARÍA., El Tribunal tutelar de Sevilla, una alternativa para los menores delincuentes a principios de S.XX. Ediciones Universidad de Salamanca. 2003

MORALES ARRIZABALAGA, J., Ley, jurisprudencia y derecho en Hispania Romana y visigoda. Prensas Universitarias de Zaragoza. 1995.

MUÑOZ CONDE, F/GARCÍA ARÁN, M., Derecho penal, Parte general, 7ª, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

NUÑEZ PAZ, M. A., La buena muerte. Tecnos. Huelva. 2006.

NUÑEZ PAZ, M. A.,The Long and winding Road: de un Derecho penal de los delincuentes a un Derecho penal de los enemigos, en libro homenaje a Landrove Díaz. V.V.AA. Tirant lo Blanch. Valencia. 2011

MANIFIESTO A FAVOR DE UNA JUSTICIA JUVENIL, en Grupo de Estudios de Política criminal, un proyecto alternativo a la regulación de la responsabilidad penal de los menores. Tirant lo Blanch. Valencia, 2000.

MANNOZZI, G., La mediazione nell´ordinamento giuridico italiano: uno sguardo d´insieme, en MANNOZZI (cord), Mediazione e diritto penale, dalla punizione del reo alla composizione con la victtima, univ.insubria-Fac di giurisprudenza, Guiffré, Millano, 2004.

MANZANARES SAMANIEGO, J.L., Mediación, reparación y conciliación en el proceso penal, editorial comares. Granada. 2007.

MARTÍN DIZ, F., La mediación: sistema complentario de la administración de justicia, centro de documentación jurídica, CGPJ, Madrid, 2010.

MARTÍN LÓPEZ, M. T., Delincuencia Juvenil y Normativa internacional, homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. Ediciones de la universidad de Castilla- La mancha. Ediciones universidad Salamanca. Cuenca. 2001. También disponible en www.cienciaspenales.net

MARTÍN LÓPEZ, Mª T., Modelos de justicia juvenil: análisis del derecho comparado, en MARTÍN LÓPEZ, Mª T, (Dir): La responsabilidad penal de los menores. Ediciones de la universidad de Castilla la Mancha, Cuenca. 2001.

MARTÍN OSTOS, J., En torno al interés superior del menor, en Anuario de justicia de Menores. Edit. Astigui. 2011.

MARTÍN RÍOS, M. P.,Consideraciones acerca de la circular 9/2011 de la FGE sobre criterios de actuación especializada del Ministerios Fiscal en Materia de Reforma de Menores. Anuario de Justicia de Menores. Edit.Astigi. 2011.

MARTÍNEZ FUENTES, F., Análisis reflexivo y crítico sobre la justicia de menores: Las nuevas tendencias surgidas sobre la justicia penal juvenil española tras la continuas reformas de la LO5/2000 de 12 de Enero, reguladora de la responsabilidad penal del menor, en derecho penal de menores a debate: I Congreso Nacional Juvenil**.**

MARTÍNEZ SÁNCHEZ, A., Instrucción del procedimiento: Reglas generales,Justicia de menores: una justicia mayor, comentarios a la ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores, VVAA, CGPJ, Madrid, 2000.

MARTUCCI, PIER PAOLO., La conciliazione con la victima nel proceso minorile, en tutela della vittima e mediazione penale, Giuffre, Milán, 1995.

MAURACH., Derecho Penal. Volumen II, Bosch, Barcelona, traducido por CÓRDOBA RODA, 1962.

MAXERA, R/TIFFER SOTOMAYOR, C., Comentarios al proceso de reforma legislativa en Costa Rica, en García Méndez, E y Beloff, M (editores), infancia, ley y democracia en América Latina, Santa Fé de Bogotá. Buenos aires. Ed. Temis/Depalma.1998.

MAYS, L.G/RUDELL, Do the crime, do the time: juvenile criminals anda adult justice in the América court system. California: ABC-CLIO. 2012.

MENDIZABAL OSES, L., Introducción al Derecho Procesal de menores. Instituto de la Juventud. Madrid. 1973.

MERINO ORTÍZ,C/ROMERA ANTÓN, C., Conferencias de grupos familiares ys circulares: dos formas ancestrales de resolución de conflictos dentro del paradigma restaurativo, en cuaderno del instituto Vasco de criminología, San Sebastián, nº12-1998.

MINGO BASAIL, M.L., El proceso Histórico de los menores infractores en España: de la punición a la educación. Ed. Indivisa, Bolivia. 2004.

MIR PUIG, S., Derecho Penal, 4ªedición. Barcelona.1996.

MOMMSEN,T., Derecho Penal Romano, Edit. Temis, Santa fé de Bogotá, 1999.

MONTERO AROCA, J., Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón, Titant lo blanch, Valencia, 1997.

MONTERO AROCA, J/ ORTELLS RAMOS, M/ GÓMEZ COLOMER, J. L/ MONTÓN REDONDO, A., Derecho Jurisdiccional III. Tirant lo blanch,Valencia, 2014.

MONTERO HERNANZ, T., Legislación penal juvenil comentada y concordada, Edit. La ley, Madrid, 2011.

MONTESINOS, M., Reflexiones sobre la organización del Presidio de Valencia y sistema económico del mismo. Imprenta del presidio, Valencia, 1846.

MOORE, D., Facing Consequence: conferences and Juvenile justice citado por Tkachuk, B, en Alternativas a la prisión, una perspectiva Canadiense e internacional. Revista Mexicana de prevención y readaptación social social. Nueva época, Septiembre-Diciembre 2000, Nº 9. México, 2000.

MORILLAS CUEVA, L., Los derechos humanos, homenaje al Excmo. Sr. D. Luís Portero García, Publicaciones de la Universidad de Granada, 2001.

MOVILLA ÁLVAREZ, C., Jurisdicción de menores y constitución, en los problemas del menor inadaptado y marginado socialmente, Madrid, Ministerio de Justicia, C.G.P.J. 1983.

MUÑOZ CONDE, F., La búsqueda de la verdad material en el proceso penal, lección inaugural. Pablo Olavide. Curso 1998-1999.

MUYOT, A., Observatorio Internacional de Justicia Juvenil, Unicef. Filipinas. Mayo 2006. Disponible en internet www.oijj.org/es/interviews/sr-alberto-muyot-unicef.

NEUMANN NATHAN, C.: *The Changing face of religion and Human Rigths: a personal reflection.* Martinus NIJholf Publishers, Leiden (Netherlands), 2009.

NFORME DEL DEFENDOR DEL PUEBLO: SOBRE EL PRIMER AÑO DE VIGENCIA DE LA LEY (2002)

NIETO GARCÍA, L.C., La ley de responsabilidad penal de menores. Valoración de sus reformas y del actual anteproyecto, en la Ley de responsabilidad penal del menor: situación actual. Cuadernos de derecho Judicial. CGPJ. 2006.

NILS C.,Los límites del dolor, FCE, México, 1984.

NOGUERIA GANDÁSEGUI, S., Observaciones críticas al proceso penal de la Ley reguladora de la responsabilidad de los menores, en Anuario de Justicia de Menores, Ed. Astigi, 2003

NÚÑEZ MORGADES, Defensor del Menor de Madrid, para el diario el País el día 26 de Enero de 2005.

NÚÑEZ PAZ , M.A/ ALONSO PÉREZ, F.,Nociones de criminología. Colex. Madrid. 2002.

NUÑEZ PAZ, M.A.,The Long and winding Road: de un Derecho penal de los delincuentes a un Derecho penal de los enemigos, en libro homenaje a Landrove Díaz. V.V.AA. Tirant lo blanch, Valencia. 2011.

OBSERVATORIO INTERNACIONAL DE JUSTICIA JUVENIL.,Asistencia Legal para menores en conflicto con la Ley. África. Tanzania. Disponible en internet: http://www.oijj.org/legal/es_situation

OLMEDO GÓMEZ.J., Cambio de medidas artículo 50.2 de la LORPM por quebrantamiento de pena no privativa de libertad. (la reformatio in peius, en la ejecución"), observatorio nacional de justicia juvenil. Noviembre. 2007.

ORTEGO COSTALES, J., Prevención de las infracciones de menores. Pamplona. Eunsa. 1977.

ORTEGO GIL, P., Algunas consideraciones sobre la pena de azotes durante los siglos XVI-XVIII. Hispania, LXII/3,núm.212. Universidad de Santiago. 2002

ORTÍZ GÓNZÁLEZ, A. L.,Análisis Legal y Reglamentario de las medidas privativas de libertad. Especial consideración a las condiciones de internamiento en centro Cerrado, según las actuaciones realizadas desde el defensor del pueblo. en "La ley de Responsabilidad Penal del Menor: Situación Actual". Consejo General del Poder Judicial. Cuadernos de derecho judicial. Madrid. 2005.

ORTÍZ GONZÁLEZ,A.L.,La figura del defensor del pueblo y actuaciones con las personas privadas de libertad, en derecho penitenciario: incidencia de las nuevas modificaciones. Cuadernos de derecho judicial. CGPJ. Madrid. 2007.

ORTS BERENGER, E., las circunstancias atenuantes en el proyecto del Código penal de 1980, en cuadernos de política criminal, nº14, 1981. Disponible en internet, Dialnet.

OSTENDORF, H., Ansatzpunkte für materiell-rechtliche Entkriminalisierungen von Verhaltensweisen junger Menschen, en Grundfragen des jungedkriminalreschts und seiner Neuregelung, Reimpresión de la 1ª de. Forum-Verl.Godesberg, Bonn, 1992.

PANTOJA GARCÍA, F., La Ley reguladora de la competencia y el procedimiento de los juzgados de menores, número. 10, Actualidad Penal, Madrid, 1993.

PASCUAL MEDRANO, A., Los derechos fundamentales y la ley de protección del menor. Disponible en Internet: www.navarra.es/appsext.

PÉREZ JIMÉMEZ, FÁTIMA/ RIVAS MOYA, TERESA., Justicia juvenil en Andalucía (II): elección de medidas a imponer, y contenido educativo, Boletín Criminológico 73: 1-4. 2004.

PÉREZ MACHIO, A.I.,El tratamiento jurídico penal de los menores infractores- LO 8/2006- (Aspectos de derecho comparado y especial consideración al menor infractos inmigrante). Tirant lo blanch, monografias 412, Valencia, 2007.

PÉREZ, L., Los tribunales de menores en Estados Unidos, en el aspecto cambiante de los tribunales de Estados Unidos. Temas de Democracia. Oficina de programas de información internacional del departamento de Estado de os Estados Unidos. 2003. Periódico electrónico, publicado en Internet en : http://www.usinfo.state.gov/journals/jourspa.htm.

PERULERO GARCÍA., Mecanismos de viabilidad para la mediación en el proceso penal, en mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbito, Tecnos, Madrid, 2011.

POLAINO NAVARRETE, M., La minoría de edad penal en el código penal y en las Leyes Orgánicas 5 y 7/2000, Anuario de Justicia de Menores, núm. 1, 2001.

POLÍTICAS PÚBLICAS ASIA PACÍFICO., El sistema de justicia juvenil en Australia: una opción para analizar, 2013. Págs. 1 y ss. Disponible en Internet en: Http://observatorio.bcn.cl/asipacifico.

PORTILLA CONTRERAS, G., Fundamentos teóricos de una alternativa al concepto de tradicional de inimputabilidad del menor, protección jurídica del menor, Comares, Granada, 1997.

POWELL., Notices sur la legislation des indes britanniques concernant la proteccion de l´enfance et la lutte contre criminalité desmineurs. Berna 1932,Vol.11, fasc.111.

POZUELO PÉREZ, L.,El futuro del derecho penal juvenil:de un derecho penal de menores a un derecho penal de adultos, en Indret, Revista para el análisis del derecho, Barcelona, 2009. Pág. Pág.7, disponible en internet: http:/www.indret.com/pdf/596.pdf. (2010).

PRUIN, I., The scope of juvenile justice systems in Europa, in DÜNKEL, F/GRZYWA,J/HORSFIELD,P/PRUIN, I (eds), Juvenile Systems in Europa-Current situation and reform Developments. Mönchengladbach:Forum-Verlag:1539-1582. 2011.

PACHECO, J.F., El código penal concordado y comentado, T.I, 5º Edición. Madrid. 1891

PÉREZ VITORIA, OCTAVIO., La minoría de edad. Editorial Bosch. Barcelona. 1940.

PETIT CALVO, CARLOS., Crimen y Castigo en el Derecho Visigodo., En la peine: jean Bodín. Vol.56 II. Bruselas de Broeck Université, 9-71. Barcelona. 1991.

PLATÓN, Las leyes, Edición de José Luís Ramos Bolaños IX. Akal. Madrid. 1988.

PUIG PEÑA,F ., Derecho penal. Parte General. Editorial de revista de derecho privado. Madrid. 1969.

QUIRÓS PÍREZ, RENEN., Manual de Derecho Penal, tomo III, Editorial Féñix Varela, La Habana, 2002.

RAMOS VÁZQUEZ, I., Arrestos, cárceles y prisiones en los derechos históricos españoles. Ministerio del Interior. Madrid. 2007.

RIBEIRO., laboratorio de Biología Infantil. Archivos de medicina legal e indentificaçao, núm. 14. 1937.

RICO GARRI, M., Percepción y realidad de la criminalidad en España, en Criminología, CDJ, XXIX, Madrid, 1994.

RÍOS ESPINOSA, C., Grupos vulnerables y derecho penal: el caso de los menores infractores. Bien común y gobierno, año IV, México,1998.

RÍOS MARTIN J.C., La protección de la víctima como coartada legal par el internamiento punitivo, en La ley de responsabilidad penal del menor: situación actual. VVAA. CGPJ, Madrid. 2006.

RIOS MARTÍN/ MARTÍNEZ ESCAMILLA/ GALLEGO DÍAZ/ JIMÉNEZ ARBELO/., Servicio de planificación y análisis de la actividad judicial del CGPJ, 2008. Disponible en internet en www. icasal.com/pdf/.../info %MedPenal%20Estatal%20CGPJ.doc.

RITA MAXERA, I., Mecanismos restaurativos en las nuevas legislaciones penales Juveniles: Latinoamérica y España, en el undécimo congreso de la Naciones Unidas sobre prevención del crimen y justicia criminal, Bangkok, Thailand. 2005.

RIVERO GARCÍA, D., La capacidad de culpabilidad o imputabilidad, en su ausencia en el momento del hecho delictivo, boletín ONBC, nº 3, Mayo-Agosto, CIABO, La Habana, 2000.

RODRÍGUEZ DE VESA, J.M/ SERRANO GÓMEZ. A., Derecho penal español. Parte general. Edit. Dykinson. Madrid. 1993.

RODRÍGUEZ MESA, Mª.J., Las razones del derecho penal. Modelos de fundamentación y legitimación, en revista electrónica de derecho Penal y Crimonología, 2007, núm 9-10.

ROIG TORRES, M., La reparación del daño causado por el Delito. Aspectos civiles y penales. Tirant lo blanch. Valencia, 2000.

ROLDÁN BARBERO, H., ¿Qué queda de la contestación social de los años 60 y 70 en la criminología actual?, en revista de derecho penal y criminología, 2002, núm. 10.

ROLDÁN BARBERO, H., La mediación penal: entre el orden legal y la voluntad de mejorar, Doctrina, 2003.

ROMERA ANTÓN, C., Conferencias comunitarias y justicia restaurativa, en la mediación civil y penal. Un año de experiencia. Estudios de derecho judicial, CGPJ, Madrid, 2007. Pág198.

RÖSSNER, D., El derecho penal de menores en Alemania con especial consideración de los adolescentes, en GIMÉNEZ-SALINAS Y COLOMER, E (Dir), Legislación de menores en el s. XXI: análisis de derecho comparado, CGPJ, Madrid. 1999.

ROXÍN, C., Culpabilidad, prevención y derecho penal, traducido por MUÑOZ CONDE, F, Edit. Reus, S.A. Madrid. 1981.

ROXIN, C., Derecho penal. Parte general, tomo I, fundamentos. La estructura de la teoría del delito, 2ªedición. Editorial Civitas S.A, Madrid, 1997.

ROXIN, C., Evolución de la política-criminal, el Derecho penal y el proceso penal. Ed. Tirant Lo blanch. Valencia. 2000.

ROXIN, C., Fundamentos político-criminales del derecho penal, Buenos Aires, Hammurabi, 2008

ROXIN, C., Sentido y límites de la pena estatal en problemas básicos del derecho penal, Edit. Reus. Madrid 1976.

ROXIN, C/ARTZ, GUNTHER/TIEDEMANN,K., Introducción al derecho penal y al derecho procesal. Ariel. Barcelona. 1989.

ROXIN,C., La parte general del derecho penal sustantivo, en ROXIN/ARZT/TIEDEMANN, Introducción al derecho penal y al derecho procesal. Ed. Ariel S.A, Barcelona, 1989.

RUÍZ GALLARDÓN, I/GARCÍA DE PABLOS, A (Eds)., Los menores ante el Derecho, responsabilidad, capacidad y autonomía de los menores de edad. Estudio de derecho comparado. Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense, Madrid, 2005.

RUZ BLANCA, M.J., El derecho penal de menores. (Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores). Edersa. Madrid. 2002.

SAJÓN, R., Derecho de menores. Buenos Aires. Albeledo-Perrot. 1995.

SALA DONADO, C., El proceso Penal de Menores: Especialidades derivadas del interés de los menores y opciones de política-criminal. Universidad de Gerona. 2002.

SALOM ESCRIVÁ, J.S, La intervención de Ministerio Fiscal en el proceso de exigencia de responsabilidad penal de menores, en justicia penal de menores y jóvenes, análisis sustantivo y procesal de la nueva regulación, Valencia, VVAA, Tirant lo blanch, 2002.

SAMANIEGO MANZANARES, J.L., La legislación penal juvenil en Alemania, en Martínez-Pereda Rodríguez, J.M:Menores privados de libertad, CGPJ, Madrid, 1996.

SAN MARTÍN LARRINOA, M.B., Experiencias prácticas en la ejecución judicial de medidas en medio abierto de la LO 5/2000 reguladora de la responsabilidad penal de los menores, en la Ley de responsabilidad penal del menor:situación actual, VVAA, CGPJ, Madrid, 2006.

SANCHEZ DÍEZ, M., Centros de menores: Los guantánamos salen a la luz, disponible en Internet: www. soitu.es

SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M.I., Minoría de edad penal y derecho penal juvenil. Ed. Comares, Granada, 1998.

SÁNCHEZ MARTÍNEZ, F., Antecedentes y nuevo enjuiciamiento de menores. Ley 4/92. Madrid. 1999.

SÁNCHEZ MARTÍNEZ, FRANCISCO DE ASIS., Antecedentes y nuevo enjuiciamiento de menores, Ley 4/1992, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1999.

SÁNCHEZ VÁZQUEZ, V., Apuntes para una historia de las instituciones de menores en España, Revista de la Asociación Española de neuropsiquiatría, nº48. Madrid. 2002

SÁNCHEZ VÁZQUEZ, V., La exploración psicológica en las casas de observación de los tribunales tutelares de menores (1918-1943). Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, series Monográficas, nº 252.

SÁNCHEZ-TEJERINA, ISAIAS., Derecho Penal Español. Salamanca. 1937.

SANZ DELGADO, E., El humanitarismo penitenciario español del s. XIX. Edisolfer. Madrid. 2003.

SANZ HERMIDA, A.M., Víctimas de delitos:derechos, protección y asistencia. Iustel. Madrid. 2009.

SANZ HERMIDA, en GONZÁLEZ CUELLAR/SANZ HERMIDA/ORTÍZ PRADILLO, La mediación como método de conflictos, 2010.

SANZ MULAS., Violencia juvenil y tribus urbanas, en el desafío de la criminalidad organizada, Granada, 2006,

SCHIMTZ JEAN; Avances en América Latina y Control, en observatorio de Justicia Internacional. 2014. Disponible en internet: www.oijj.org/es/interviews/interview-to-jean-schimtz.

SEGURA MORALES; Tratamiento eficaces de delincuentes juveniles. Ministerio de justicia, Madrid, 1975.

SERRANO TARRAGA, Mª.D Y VÁZQUEZ GÓNZALEZ, C(eds): Derecho penal juvenil. 2ª Edición. Dykinson, Madrid, 2007.

SILVA SÁNCHEZ, J. M, Aproximación del derecho penal contemporáneo. Barcelona. Bosch. 1992.

SILVA SÁNCHEZ, J.M (Ed)., Política criminal y nuevo derecho penal, libro homenaje a Claus Roxin, Bosch, Barcelona, 1997.

SILVA SÁNCHEZ, J.M., La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las

sociedades postindustriales. Ed. Civitas. .Madrid. 2001

SILVA SÁNCHEZ, J.M., La ideología de la Seguridad en la legislación penal Española presente y futura, en Cancio da Agra y otros (eds), la seguridad en la sociedad del riesgo, un debate abierto. Atelier. Barcelona. 2003.

SILVA SÁNCHEZ, J. M., El régimen Penal de la minoría de edad penal, en el nuevo código penal: cinco cuestiones fundamentales (dir). Editorial Bosch. VVAA. Barcelona 1997.

SILVA SÁNCHEZ, J. M., La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Ed. Civitas, Madrid. 2001.

SILVA SÁNCHEZ, La racionalidad de las leyes penales.,en Revista de Derecho penal y Criminología, Edit.(Trotta). Madrid. 2003, 2. Época, nº16 (2005).

SOLER SEBASTIAN., Derecho Penal argentino II, Tipografía editora Argentina, Buenos Aires. 1992.

SOTO ACOSTA, F., Historia de la Justicia de Menores (adolescentes) en México, Epikeia. Derecho y política, revista electrónica del departamento de ciencias jurídicas de la universidad iberoamericana León.

SPILLANE-GRIECO, feeling and perception of parents o runaways child welfare, 63, 1984, pp. 159-166.

STANGELAND., El papel del criminólogo en la cooperación internacional, en modernas tendencias en las ciencia del derecho penal y la criminología, UNED, Madrid, 2001.

GOLDBER, S., La inevitabilidad del matriarcado. Alianza Editorial. S.A. Madrid. 1976.

SUÑEZ TEJERA, YORUANYS., La determinación de la pena de acuerdo a la capacidad de culpabilidad que posee el adolescente, en contribuciones a las ciencias sociales, Febrero de 2012, disponible en www.eumed.net/rev/cccss/18/.

TAMARIT SUMALLA, J.M.,La reparación a la víctima en el derecho penal, estudio y crítica de las muevas tendencias político-criminales. Fundació Jaume Callís, Barcelona, 1994.

TAMARIT SUMALLA, La protección del menor en la propuesta de anteproyecto del Nuevo Código Pena, en Anuario de derecho penal y ciencias penales. Año XXXVIII, Fascículo II, Mayo-Agosto, Madrid. 1986.

TÉLLEZ AGUILERA, La necesaria reforma de la Ley penitenciaria, DE CASTRO, A (dir) Derecho penitenciario.

TERRADILLOS BASOCO, J.M., Responsabilidad pena del los menores, en RUÍZ RODRÍGUEZ, L.R., y NAVARRO GUZMÁN, J.L (Coord.), Menores. Responsabilidad penal y atención psicosocial, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

TOMÁS ROCA, T.C., Historia de la Obra de los Tribunales Tutelares de Menores. Sección de publicaciones del Consejo Superior de protección de la infancia. Madrid, 1868.

TOMÁS Y VALIENTE, F., El derecho penal de la monarquía Absoluta. Editorial Técnos. Madrid. 1969.

TOMÁS Y VALIENTE, F., Manual de Historia del derecho Español. Editorial Técnos. Madrid. 2005.

TORRES AGUILAR, M., Un menor ante la inquisición de Sevilla: el " asesinato ritual" del niño de Cádiz.

TORRES ROSELL, NURIA., La denuncia en el proceso penal. Editorial Montecorvo. Madrid. 1991

UNITED NATIONS; Manual de Justicia restaurativa, New York, 2006. Disponible en Internet: www.unodoc.org>crimeprevention.

URBANO CASTRILLO, E/DE LA ROSA, J,M., Comentarios a la Ley Orgánica de

Responsabilidad Penal del Menor, Aranzadi, Navarra, 2001.

VAELLO ESQUERDO, E., Análisis comparativo sobre la regulación de la responsabilidad penal de los menores en Italia y en España, en Diario de la Ley, núm. 6530, 20 de Julio de 2006.

VÁZQUEZ GÓNZALES,C., Justicia Penal de menores y jóvenes: Marco internacional. Derecho penal juvenil. 2ª Edición. Dykinson, Madrid, 2007.

VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., Derecho penal juvenil europeo. Dykinson, Madrid. 2006.

VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., la responsabilidad penal de los menores en Europa. Disponible en internet: www.victimasyjusticia.org/index.

VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., Modelos de justicia penal de menores, VÁZQUEZ GONZÁLEZ,C/SERRANO TÁRRAGA, Mª.D., Derecho penal juvenil.2ª Ed., Dykinson, 2007.

VEGA GIL, HERNÁNDEZ DÍAZ, CEREZO MANRIQUE, MARTÍN FRAILE., La protección de la infancia y educación en Castilla y León (1900-1930), en Aula número 10, Publicaciones de la Universidad de Salamanca. Salamanca. 1998.

VENTAS SASTRE, R., La minoría de edad penal. Universidad complutense de Madrid. Tesis Doctoral. Madrid. 2002.

VENTURA FACI, R y PÉLAEZ PÉREZ, V., Ley Orgánica 5/2000 de 12 de Enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Comentarios y jurisprudencia, Colex, Madrid. 2000.

VERDE, CLAUDIA., La mediación en el Sistema Penal de Menores Análisis del Derecho Comparado. Estudios jurídicos. Facultad de derecho. Buenos Aires. Disponible en internet: www.juridicas.unam.mx/publica/librev/anjuris.pdf.

VIVES ANTÓN, T.S., Constitución y derecho penal de menores, en la libertad como pretexto. Tirant lo blanch, Valencia, 1995.

VON HENTIG, H., La pena: formas primitivas I y conexiones histórico-culturales. Espasa Calpe. Madrid. 1967.

VON LISZT., F., Tratado de derecho penal. Valleta Ediciones. Florida. 2007.

WEIJER, I/NUYTIENS,A/CHRISTIAENS, J., Transfer of minors to the criminal court in Europe: Belgium and the Netherlands, en JUNGER-TASS Y H.F. DÜNKEL (eds)., Reforming Juvenile Justice. 105-124, New York, 2009.

WEIJERS,I/GRISSO,T., Criminal Responsibility of Adolescents: Youth as junior Citizenship, in Juger-Tass and Dünkel, F (eds), Reforming Juvenile Justice. Doordrecht:Springer:45-67. 2009.

WINICK, B Y WEXLER, D., Judging in a therapeutic key: therapeutic jurisprudente and the courts. North Carolina, 2003.

WRIGHT MARTÍN, Derecho, justicia e idoneidad para su fin: hacia una respuesta restaurativa para la delincuencia, Conclusiones del I congreso Internacional sobre justicia restaurativa y Mediación penal, Dimensiones Teóricas y Repercusiones prácticas, celebrado en la facultad de la Universidad de Burgos, España, 2010.

WRIGHT, MARTIN., Mediación y Justicia Restaurativa, en biblioteca virtual del instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM, disponible en internet: www.juridicas.unam.mx

ZAFFARONI, E.R.,Tratado de Derecho Penal, Parte general, tomo I, Cárdenas editor y distribuidor, México, 1988.

ZALKIND, P/J.SIMÓN, R.,Global perspectives on social issues: juvenile justice systems. Lexington Books, Maryland, 2004.

ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., Fundamentos de derecho penal. Parte general, 3ª edición, Valencia. 1993.

OTRAS FUENTES CONSULTADAS

INFORMES Y DOCUMENTOS DEL DEFENSOR DEL PUEBLO. www.Defensordelpueblo.es

INFORMES Y DOCUMENTOS DE NN.UU. Http://www.un.org./es/

INFORMES Y DOCUMENTOS DEL CONSEJO DE EUROPA: http://www.coe.int/

WEB REVISTA PARA ANÁLISIS DEL DERECHO, www.indret.es

WEB DE LA LEY DIGITAL, www.laleydigital.laley.es.

WEB AMNISTÍA INTERNACIONAL, http://m.es.amnesty.org/noticias

WEB UNITED NATIONS, www.unodoc.org

PERIÓDICO "EL PAIS", www.elpais.com

PERIÓDICO "EL MUNDO", www.elmundo.es

PERIÓDICO " DIARIO SUR", www.diariosur.es

WEB CENTRO DE MENORES CERRADOS, www.centrodemenores.com

OBSERVATORIO INTERNACIONAL DE JUSTICIA JUVENIL, http://www.oijj.org/home.php

WEBS DE DIFUSIÓN E INFORMACIÓN.

www.soitu.es

http://boletintokata.wordpress.com.

www.colectivonoaobelen.blogspot.com.es

www.belt.es/experto/HOME2_experto.asp?id=3111

http://conlosniñosnosejuega.wordpress.com/2007/09/2008/privatización-de-cárceles-de-menores.2011.

JURISPRUDENCIA CONSULTADA

SAP de Álava Sección1ª de 21 de Junio de 2005. (Número 94/2005)

SAP de Álava, de 22 de Abril de 2012, (EDJ 2012/376335)

SAP Sección 2ª de Albacete, de 2 de Febrero de 2012 (nº 25/2012),

SAP Sección 4ª de de Tarragona, de 17 de Octubre de 2012. (número 474/2012)

SAP de Guadalajara, de 19 de abril de 2012 (número 43/12)

SAP de Barcelona de 13 Marzo de 2012 (EDJ 2012/61335).

SAP de Lleida de Sección 1ª de fecha 9 de Noviembre de 2012 (número 370/2012).

SAP de Burgos de fecha de 25 de Junio de 2012 (EDJ 2012/157863).

SAP de Murcia de 3 de Diciembre de 2013, (EDJ 2013/259050).

SAP de Valladolid, Sección 4º, de 7 de Abril de 2004, (EDJ 2004/22812)/ ST de 1 de Diciembre de 2003 (EDJ 2003/209632)

SAP de Córdoba, Sección 3ª de 28 de Abril de 2003, EDJ 2003/32440

Auto del TS de fecha 3 de Febrero de 2011, (ponente Sánchez-Melgar)

STC nº201/97 de 25 de Noviembre, (RTC 1997/201)

STC nº 206/2003, de 1 de Diciembre.

STC de 5 de Julio 2012.

STC 36/1991 de 14 de Febrero.

STC 20 de Septiembre de2012.

STEDH de 7 de Agosto de 1996 (*Johansen V. Noruega).*

STEDH de 16 de Septiembre de 1999 (*Buscemi V. Italia*)

STEDH de 27 de Abril de 2000 (*K iT V Finlandia)*

STEDH de 22 de Junio de 2000, referida al caso (*Coëme c. Bélgica*)

STEDH de 16 de Diciembre de 1999 *(Caso Bulger: V.c. Reino Unido y T.c. Reino Unido*).

CONCLUSIONES

I

El tratamiento jurídico penal del que ha sido objeto el niño a lo largo de los siglos ha estado unido a la concepción que cada comunidad en cada momento histórico ha tenido del mismo; así en épocas históricas y durante varios siglos, el niño fue concebido como un ser carente de utilidad social y expuesto a las pretensiones de aquella, con un sentir popular que lo instrumentalizaba ligándolo a la reparación directa del daño, fuese éste social, jurídico o religioso, y siempre , con independencia de quien hubiera protagonizado el hecho del que se debía responder.

A éste "ser" en pleno desarrollo evolutivo, a quien se le podía despreciar social o familiarmente, se le dotaba de un sentido jurídico que le permitía ser objeto de expiación del daño, fuese causación propia o ajena, y se le otorgaba un "valor jurídico" que se encontraba imbuido en el derecho de propiedad.

Atendiendo a ello, el tratamiento dispensado al menor en las comunidades primigenias, se caracterizaba por las siguientes notas:

1.- La responsabilidad jurídica del niño o joven, dentro del contexto retributivo, se erigía en transversal, porque la exigibilidad reparadora por el hecho propio o ajeno podía devenir de distintos ámbitos o contextos materiales, Véase, el familiar, social e incluso el religioso a través de la responsabilidad sacramental.

2.- La justificación del tratamiento descansaba en que en el niño era predicable un escaso valor social. Véase, el sometimiento del mismo a reacciones crueles, como "la exposición" o " la noxa" instrumentos articulados por las comunidades con un interés defensivo o reparador.

3.- El escaso valor social de los niños se contraponía con su alto grado de valor jurídico. Esta significación puede sintetizarse en el hecho de que del niño era predicable un "utilitarismo paradójico". Como curiosidad, véase, la paridad de instituciones empleadas para reparar el daño, utilizando como objeto al niño, en pueblos tan distintos y singulares entre los que no existió

contacto; así mientras el pueblo romano empleaba “ la noxa”, el pueblo Maya utiliza al menor como esclavo “ pentak”, para compensar laboralmente el daño causado.

4.- Con carácter general, el brazo decisorio y ejecutor se correspondía con el “cabeza de familia” cuyos signos de autonomía como la edad y la superioridad física, le otorgaban la autoridad suficiente al ejercer funciones necesarias para la comunidad, - la fuerza, la caza, el sabio-. La potencialidad del jefe de familia se ha mantenido a lo largo de la historia y ha pervivido hasta épocas muy recientes.

5.- El derecho punitivo familiar, se ejercía directamente sobre los sometidos “ al jefe de familia” sin atender a circunstancias como la edad. Véase, poblaciones como Roma o Grecia. Sobre Roma cabe destacar en que determinados periodos comienza a introducirse limitaciones públicas en el ejercicio del poder punitivo ejercicio por el cabeza de familia. Véase instituciones como el Censor o el consilium domesticum. Por su parte, en Grecia, a partir de Licurgo, se produce un cambio radical en la función jurisdiccional, en tanto que aquél derecho punitivo familiar comienza a dejar paso a un sistema de naturaleza pública, llegando a considerar a los niños como patrimonio de la ciudad, alejándose del entendimiento de la concepción que visionaba al menor como un objeto propiedad del padre. Véase, instituciones como el Arcónte, que constituye una reminiscencia del Fiscal de menores.

II

De las comunidades primigenias es predicable un déficit intelectual que les permitía mostrar indiferencia hacia la valoración psicológica o moral de los actos que producía el hombre primitivo. En atención a ello, es conveniente diferenciar:

1.- En cuanto a la valoración de la edad antes de la existencia de la norma escrita y en la comisión de hechos en los que no existía un interés colectivo que preservar, la edad con fines de naturaleza atenuadora o de exención de la responsabilidad criminal era desconocida, consecuencia de una justicia vindicativa llevada a cabo por particulares, sin ninguna intervención pública. Así, la reacción tenía lugar por el sólo hecho de la producción del acto, sin atención a circunstancias ni a

móviles. Véase, que no se llegaba a tener en cuenta las distinción entre culpa o caso fortuito, por lo que tampoco se atendió a la edad, como circunstancia que eximiera o atenuara la reacción del perjudicado.

2.- A partir del momento en el que comienza a existir los delitos en sentido técnico, sobre los que existe un interés colectivo que se debe tutelar y proteger, empiezan a plantearse algunos pueblos la importancia del contenido psicológico en las acciones. Véase, el pueblo longobardo quienes valoraban la falta de intencionalidad de los menores, en los atentados contra la colectividad o el recurso al discernimiento empleado por el pueblo Romano. En otros casos, la edad se tuvo en cuenta para un trato punitivo diferenciado basado en razones de benevolencia o de piedad. Véase, la preceptuado por la doctrina canónica, o también por Roma a lo menores de 25 años en relación con la pena de muerte o incluso la utilización del instituto de la sustitución de la pena capital por otra menos rigorosa, como se practicó en los países Nórdicos o por los Frisones.

3.- Diferentes comunidades primitivas contemplaban instituciones específicamente destinadas al enjuiciamiento de niños o menores, reconociendo la necesidad de un tratamiento específico y separado. Véase, el ya mencionado Arconte en Grecia, reminiscencia del fiscal de menores o en la cultura Maya los denominados Telpuchtatlas equivalente a los jueces de menores o en Grecia, la imposición de la pena " de la pérdida de los honores civiles" que equivaldría a lo que hoy entendemos como Inhabilitación absoluta.

III

En España, las Partidas de Alfonso X (S.XIII) recogieron un sistema de responsabilidad penal integrado por distintos rangos de edades según para qué delito, que se complementa con la indagación sobre el entendimiento del menor, bajo un clara influencia romanista. No obstante, a los menores se le aplicaban las mismas penas que los adultos con la atenuación correspondiente ,a salvo, el castigo corporal y el tormento, que no podían ser aplicado por debajo de los diez años y medio, para obtener testimonio.

IV

Los S.XVI a XVIII aparecen caracterizados por una gran arbitrariedad en el tratamiento jurídico-penal del menor infractor, tanto en el procedimiento judicial ordinario como en el inquisitorial, que queda reflejado en la casuística de la época, en la que la edad penal se toma en consideración como una circunstancia presuntiva de incapacidad, que no opera de manera automática con fines de exención de la responsabilidad, y como máximo, por cuestiones de benevolencia, se tiene en cuenta a efectos de disminución o exculpación punitiva. Es más, podemos afirmar, que el aparato inquisitorial no respetaba las predeterminación de la edad marcada en las Partidas para la valoración de la intencionalidad de los hechos, por lo que los menores podía ser objeto de las mismas penas y tratamientos que los adultos. Véase, el caso del " niño de Cádiz", Joseph Cortada de tan sólo diez años de edad, quien cumplió presidio con argolla durante años, al estar imputado de Asesinato por el Tribunal de la Inquisición de Sevilla. Se hacía necesaria una secularización del derecho penal.

V

Durante el S.XVIII como consecuencia de una una justicia retribucionista y vindicativa,-*parece que con fundamentos en la escuela histórica de Savigny*- se hacía excesivo el uso de la pena privativa de libertad que podía adquirir diversas formas de cumplimiento, desde la galera hasta el presidio. No obstante, el uso de la pena privativa de libertad cuando se ejecutaba a los menores se diferenciaba respecto a los adultos en el hecho de su fundamento penal o civil. *Véase, el internamiento por "corrección paterna".* Estas posibilidades se concretaban en dos formas de tratamiento diferenciado: el protector, con un marcado carácter civil y el retribucionista, de carácter penal, que en ocasiones llegaron a mezclarse bajo una misma institución, *Véase, " el padre de Huérfanos" o " los Toribios de Sevilla".*

VI

El mal estado de las prisiones y la crueldad existente en su ejecución, a través de grilletes y argollas, en donde los menores podían estar encarcelados junto con los adultos, en cumplimiento de la pena privativa de libertad; llevó por razones de beneficencia y caridad, a la aparición de instituciones privadas de naturaleza filantrópica con un afán esencialmente protector y asistencial. En este sentido, España conserva una amplia tradición desde el nacimiento del "Padre de Huérfanos" hasta los tribunales de menores, en el uso de instrumentos privados para la ejecución de los internamientos. En éste sentido,- a la luz de la nueva LORPM- ante la escasez de recursos públicos, se sigue acudiendo a establecimientos de cumplimiento pertenecientes a asociaciones o instituciones de naturaleza privada.

VII

El giro hacia un tratamiento más benévolo para los menores infractores comenzó con el reinado de Carlos III, quien quiso materializar las ideas ilustradas en la legislación. En este aspecto, la obra de Beccaria "Tratado de los delitos y la penas" adquiere un papel relevante en la oposición contra la crueldad y la arbitrariedad que caracterizaba la justicia penal de la monarquía absoluta, hasta el punto que fue considerado "como la fuerza renovadora de la ilustración". Véase, que Carlos III trató de dar término a los internamientos indeterminados, así como trasladar al ámbito público todo lo concerniente al internamiento de los menores infractores e incluso configuró a la familia como el lugar donde los menores podían cumplir, en determinados casos, la privación de libertad. Además, llevó a cabo una proliferación de los hospitales de misericordia y creó los hospicios. Desde el punto de vista sustantivo, desde su reinado hasta el código de 1822, no se dictó ninguna disposición relativa a los jóvenes infractores.

VIII.

El tratamiento humanitario con respecto a los menores infractores comenzó con la llegada de la codificación, en el bien entendido de que la misma ponía fin a la dispersión existente en las fuentes

y a sanciones draconianas existentes en costumbres sin texto orgánico. En todo caso, los Códigos de 1822, 1848, y 1870 se encontraron dominados por la idea de retribución y castigo en cuanto que se encontraban influidos por la doctrina clásica del derecho penal, acogiendo en materia de edad penal, la doctrina del discernimiento. Posteriormente los Códigos de 1928, 1932 y 1944 acuden al sistema del criterio biológico-puro para la determinación de la responsabilidad penal de los menores. Del mismo modo, en la búsqueda de un tratamiento más humano para los jóvenes infractores se hizo necesario el dictado de disposiciones penitenciarias, que reglamentara la separación de los adultos de los jóvenes, atentiendo a circunstancias como la edad. Véase, Reglamento de prisiones de 1807 o la Ordenanza General de Presidios del Reino de 1834 (Real Decreto de los Presidios del Reino de 14 de Abril de 1834, y su reglamento de 1844). El abandono del Sistema Tutelar comienza cuando el menor deja de ser percibido como un ser necesitado de protección, para ser reconocido como sujeto de derecho, como consecuencia de la promulgación de nuestra CE y de la CDN. Como consecuencia de este nueva visión en la concepción del niño, se pretende dotarles de las mismas garantías procesales que los adultos, equiparación que provocó una injusta situación como consecuencia de un trato igualatorio con aquellos. Las especificas cualidades de los menores quedaron ocultas ante la búsqueda de la igualdad procesal. En España, el sistema de justicia se materializó en la LO 4/92, que fue parcialmente declarado inconstitucional.

En la actualidad, nuestro Código penal construye u*n concepto de inimputabilidad referido a los menores que se encuentra alejado del contenido referido a la inimputabilidad de los adultos,* ante una construcción exclusivamente normativista creada para justificar la exclusión y remisión desde el sistema penal de Mayores al sistema de la LORPM, la cual los trasmuta en imputables, en cuanto los somete a ella misma, con un fin preponderantemente educativo. La inimputabilidad de los comprendidos entre los 14 a los 18 años deducida de la exclusión que efectúa el Código Penal en su artículo 19, es una categoría vacía que índica el sometimiento a otro sistema en el que se imponen unas consecuencias específicas que responden fundamentalmente a fines reinsertadores y educacionales. Únicamente así, se salva la antinomia de declarar la inimputabilidad desde el código penal y la imputabilidad o responsabilidad desde de la LORPM. Ahora bien, la edad penal de los menores es en cualquier caso una ficción, que puede tener una mayor o menor intensidad dependiendo de los estudios previos científicos que se hayan llevado a cabo en la elección de aquella, pues de lo contrario el ordenamiento jurídico-penal adquiriría un función que no le corresponde, en aras de determinar la consideración de imputabilidad en cada individuo,

dependiendo de criterios científicos. La imputabilidad de los menores posee un fundamento exclusivamente político-criminal asentado en la necesidad de ejercer control formal sobre hechos delictivos cometido por aquellos a quienes por tratarse de individuos que se encuentra en pleno desarrollo evolutivo, se les imponen una consecuencias jurídicas diferentes a los adultos. En este sentido, la imputabilidad de menores de edad es una cuestión normativa puramente derivada de la necesidad de control social, por lo que nada impide que no puedan escapar al mismo menores de 12 años.

En todo caso, proponemos " **DE LEGE FERENDA"** modificar el artículo 19 del Código Penal con el siguiente texto: *" Serán responsables con arreglo a este código, los mayores de 18 años"* para con ello, no sólo salvar la contradicción conceptual entre inimputabilidad e imputabilidad referida, sino además introducir un elemento separador entre ambos sistemas que hace más libre a LORPM del yugo del Código penal de adultos.

IX.-

A pesar de que la LORPM acude al normativismo para declarar imputable a menores comprendidos en el tramo de edad referido, en su sistema no abandona plenamente "el naturalismo" ab*riendo una posibilidad medidora de la imputabilidad de los menores* desde el punto de vista de la capacidad de atentar contra los mismos bienes jurídico de los que se disfruta. Véase, que la misma regula la medida de prestación en beneficio de la comunidad, con la que persigue relacionar dichas actividades con la naturaleza del bien jurídico lesionado a través de los hechos cometido por el menor. Esta medida pretende educarlo en el valor social del bien infringido para hacerle comprender que actuó de modo incorrecto y que la prestación de trabajos que se le exige es un acto de reparación justo. Si bien, la función buscada por esta medida pertenece al ámbito de la consecuencia jurídica, la imposición de tal medida implica el reconocimiento de la capacidad para llevar a cabo la ejecución de la misma en consonancia con la capacidad necesaria para infringir el bien jurídico lesionado. Desde este punto de vista, el fundamento de la responsabilidad criminal de los menores puede relacionarse directamente con la capacidad para el ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas, tutelado en forma de bien jurídico a través del control formal, dotando de contenido a la imputabilidad predicable en el ámbito de la minoridad penal, en cuanto a éste grupo de sujetos le compete la obligación de respetar aquello de lo que desde un punto de vista jurídico-positivo él mismo disfruta. Esta finalidad, para nada afecta, a la finalidad resocializadora o

reeducadora, más al contrario, dota de sentido aquella en cuanto fija una finalidad objetiva que vendrá marcada por la enseñanza correcta del significado de cada bien jurídico protegido y su correlativo derecho. Este correlato natural requiere un estudio profundo y detallado, y en mi opinión, permite abrir un portillo interesante para dotar de contenido a la capacidad de los menores en los atentados a los bienes jurídicos.

X

La LO 5/2000, *padece de una enorme fragilidad.* La concepción del derecho penal como un todo y en consecuencia la integración de la justicia juvenil como un instrumento de control dependiente de las pretensiones político-criminales del sistema penal de adultos, permite al legislador afectar al sistema de menores simplemente reformando la tipicidad de los hechos o asignando a los mismos mayor gravedad en busca de dar satisfacción al principio de proporcionalidad bajo los parámetros conceptuales del sistema de adultos. Del mismo modo, la omisión de la regulación concreta de determinadas instituciones como "la prescripción" ocasionan igualmente disfunciones que permiten interpretaciones en contra del menor infractor. En este sentido, las distintas reformas posteriores del Código Penal incidieron directamente en los principios de la joven LO 5/2000 de responsabilidad penal del menor adulterando sus principios fundamentales como el educativo o el de proporcionalidad, sin ser respetuosa con la salvaguarda del interés del menor y accediendo a incrementar temporalmente el internamiento estableciendo "un periodo de seguridad" durante el cual no puede ser suspendida, a pesar de que lo aconseje perfil psicosocial del mismo. Tal es la conexión, que la reciente reforma del Código Penal por la LO 1/15 impide la aplicación " de la medida de permanencia de fin semana" que recoge nuestra LORPM.

XI

El núcleo fundamental sobre el que debe construirse el sistema penal de menores reside en "el interés del menor" que ha de ser proclamado por la Ley de modo excluyente y exclusivo. Únicamente así, se impide que nuestro TC realice una hermenéutica que legitime al legislador ante

cualquiera de las opciones que oferta el artículo 25 de la CE sobre los fines de la penas, tal y como ha considerado en determinadas resoluciones que desestimaban cuestiones de inconstitucionalidad interpuestas por distintos Juzgados de Menores.

La proclamación excluyente del principio del interés del menor puede generar efectos beneficiosos para el sistema sirviendo de freno a intentos reformistas basados en elementos derivados del derecho penal de Adultos. Además, su proclamación excluyente permite informar aspectos limitadores de la intervención dotando de contenido naturalístico al sistema y servir de base al principio educativo. Del mismo modo, también cabe hacer inversión en el uso del términos referido a las penas en el derecho penal de adultos, pues no se trata tanto de buscar alternativas a la pena de privativa de libertad, como especificar tajantemente que lo alternativo y excepcional es la privación de libertad. Por otro lado, el interés del menor debe ser ensalzado en un grado excluyente puesto que la búsqueda de su equiparación o compatibilidad con otros intereses, como el de pretender lograr una mayor proporcionalidad entre la respuesta sancionadora y la gravedad del hecho cometido, obstaculiza los efectos productores de su sistema, entre los que se encuentra aquél que impide la entrada de normas endurecedoras, contrarias a este principio fundamentador

Como alternativa para establecer un blindaje a la LO 5/2000 de los intentos reformistas fundados en una política criminal de adultos, es necesario que la misma declare "el interés del menor" como "principio exclusivo y excluyente". En este sentido, como propuesta **DE LEGE FERENDA ,** debiera consignarse en la exposición de motivos de la LORPM no sólo una construcción dogmática sobre el principio del interés del menor, sino proclamar el carácter excluyente del mismo, modificando su punto 7 diciendo: " (…) *Y es que en el Derecho Penal de menores ha de primar como elemento excluyente y determinante del procedimiento y de las medidas que se adopten, el interés superior del menor, informando al ordenamiento jurídico-penal positivo frente a finalidades esencialmente sancionadora derivadas del régimen penal de adulto".*

XII

En el derecho penal de menores, la gravedad de los hechos cometidos no debe ser determinante para justificar la bajada de la edad de penal, ni para transferir el enjuiciamiento a "los tribunales de adultos". En este sentido manifestamos que atendiendo a un enfoque sistemático de la

especialidad de éste derecho, todas las ofensas deben ser tratadas del mismo modo, sin olvidar "*que un menor tiene el mismo nivel de capacidad para formar su intención criminal, sea cual sea el delito que desee cometer".*

XIII

El sistema penal de menores ideado por la LORPM y su Reglamento se encuentra enquistada por "el mito popular" que la califica de " blanda"" flexible" e " injusta". La gestación de esta creencia parte de un nueva concepción del menor al que se le tiene por responsable según "*la relevancia del daño ocasionado por el delito"*, sobredimensionando los delitos cometidos por aquellos, a lo que contribuye *"el tratamiento de la delincuencia"* que efectúan los medios de comunicación y que permite que la población tienda a imaginar los supuestos más atroces aunque menos representativos de la criminalidad juvenil, intensificando sus demandas rigoristas y convirtiendo a la justicia en un eufemismo de la necesidad psicológica de pena o venganza. En este aspecto, la calificación de blando del sistema creado por la "ley del menor" constituye un *mito popular* que no tiene correspondencia real. Sólo así se entiende que puede imponerse una medida de internamiento superior a la que pudiera corresponderle al adulto a través d*el instituto de la conformidad,* aspecto básico que determina olvidos fundamentales del legislador en una materia tan sensible como los derechos fundamentales.

Esta "creencia popular" se gesta a través de las experiencias postraumáticas vividas generadoras de dolor, impotencia y frustración, que otorgan fuerza y afianzamiento a un visión que desenfoca la realidad jurídica. Es decir, una simple aproximación al sentir social, puede llevar a la conclusión de la existencia de la impunidad del menor de edad, que comete infracciones penales, al margen de la gravedad objetiva de la conducta realizada por aquél. Por tal motivo, el legislador a buscado complacer a los grupos de víctimas a través de distintas reformadas llevadas a cabo en la LORPM alejándose de la prevención general y especial con el ánimo de dar satisfacción a sus deseos de vindicativos. Sin embargo, tanto la LORPM y su Reglamento, idean un sistema que posee signos de dureza y de afectación a derechos fundamentales que tiene nulo encaje en una " ley blanda o injusta" estableciendo una gran rigidez en la regulación de régimen disciplinario y en el uso de medios contención que regula el RM, dando entrada a una carencia grave de contenido educativo, junto con una simbología alejada de los fines resocializadores. Además, en su

regulación, contradice varios artículos de la CDN según los cuales "*el bien jurídico prevalente ha de ser el interés del menor"* o " *la clase y duración de la medida dependerá preferentemente de criterios subjetivos"* o *" el internamiento es la última ratio para el tratamiento de menores".*

Tanto de la LORPM como del RM se infiere que la medida de internamiento aplicada a jóvenes infractores les hace acreedores de na peor condición jurídica que la que le puede corresponder al adulto sometido a una medida de la misma naturaleza. Es más, la ejecución de esta medida tiene *lugar a través de un sistema privado a pesar de ser* la más aflictiva de las que pueden imponerse, bajo la supervisión y control inmediato de empresas de seguridad privada, y en instalaciones con un "aspecto carcelario" incompatibles con los principios reeducadores y resocializadores que deben en " interés del menor" deben presidir la dimensión ejecutiva del sistema. Es más, la privación de libertad de menores no se encuadra en un sistema penitenciario con origen en una Ley Orgánica que lo gobierne, sino que más al contrario, se utiliza la vía meramente reglamentaria para restringir derechos de todo recluso como las visitas, las comunicaciones o para regular un régimen disciplinario, en este sentido, *la regulación que hace el RM respecto a los derechos referidos debe modificarse en justo equilibrio* con las disposiciones reguladoras de los derechos de los internos que aparecen regulador en el RGP.

En este aspecto, no es entendible que el artículo 66 del RM disponga que *" se dejara sin efecto la separación de grupo en el momento en que esta sanción afecte a la salud física o mental"* sin determinar ámbito temporal necesario y concreto, que sea proporcional al acto cometido, y sin especificar ninguna circunstancia más que determine la posibilidad de dejarla sin efecto, hecho que advierte de la gran dureza de la medida. Atendiendo a ello, *proponemos la supresión de esta sanción* no sólo porque se confunde en su aplicación con "el aislamiento en celda" como medio de contención- que pudiera resultar más benévola en cuanto trata de concretar *" por el tiempo imprescindible"*- sino porque además no se rodea de la garantías necesarias, dado que con respecto a los controles médicos el RM no es coherente con el RGP cuando dice *" el médico del establecimiento vigilará diariamente al interno"* frente a lo que establece el RM que dice: *" diariamente visitará al menor el médico o el piscólogo",* deduciéndose que no se exige de manera permanente la presencia médica en el centro o lo que es lo mismo, desde que aparece la causa médica que permita determinar la posibilidad de dejar sin efecto al medida, puede transcurrir un día hasta la siguiente visita, tiempo durante el cual el menor infractor estará ilegitimamente privado de

libertad.

En todo caso, proponemos de **LEGE FERENDA**, que el artículo 66 del RM quede redactado: " *se dejara sin efecto la separación de grupo en el momento en que esta sanción afecte a la salud física o mental, que se acreditará mediante la vigilancia diaria que efectúe el médico del establecimiento".*

Del mismo modo, el RM recoge el derecho de defensa con una visión estrecha, pues impide recibir la visita de otros letrados, aún cuando éste sea acusador particular en otras causas. En efecto, el punto 6 del artículo 41 especifica que el abogado en el momento de la visita, además de acreditarse, deberá presentar "la designación o documento en el que conste como defensor o representante del menor en las causas que se sigan contra él o por las cuales estuviere internado". En realidad, esta disposición debió tener el contenido que marca el artículo 48.2 esto es *" En las mismas condiciones señaladas en el apartado anterior, se autorizará la comunicación de los Abogados y Procuradores cuando, antes de personarse en la causa como defensores o representantes, hayan sido llamados expresamente por los internos a través de la Dirección del establecimiento o por los familiares de aquellos, debiendo acreditarse dicho extremo mediante la presentación del volante del Colegio en el que conste tal circunstancia",* y el del art. 48. 4 "*las comunicaciones con otros Letrados que no sean los mencionados en los apartados anteriores, cuya visita haya sido requerida por el interno, se celebraran en los mismos locutorios especiales y se ajustaran a las normas generales del artículo 41. En el caso de que dichos letrados presenten autorización de la autoridad judicial correspondiente si el interno fuera un preventivo o juez de Vigilancia si se tratase de un penado, la comunicación se concederá en las condiciones prescritas en los anteriores apartados de este artículo"*

XIV

Dentro de la dimensión procesal, la fase instructora en manos del Ministerio Fiscal presenta características administrativas y de naturaleza procesal que otorgan al procedimiento fuerte dosis de complejidad. En todo caso, la LORPM pretende dotar al sistema de una fuerte carga de imparcialidad al conferir al Ministerio Fiscal la dirección instructora del procedimiento, aunque en realidad, éste papel no hace más que trasladar las dudas sobre la imparcialidad al "juez de menores"

quien en diversas fases procedimentales entra en contacto directo con el material fáctico. En este aspecto, la LORPM debe sufrir una modificación importante que compagine las garantías procesales con el " interés del menor".

XV

La regulación de "la conformidad" en el proceso de menores contradice el derecho a un proceso equitativo. Así, cuando tratamos con aquella categoría que permite en la fase de audiencia, que el menor infractor, incluso con la oposición del letrado, pueda aceptar una medida de internamiento de duración superior a la que permite la LECRIM para los adultos, no cabe afirmar otra cosa que la LORPM vulnera principios internacionales y el derecho a un proceso con todas las garantías.

En este aspecto, nosotros proponemos **DE LEGE FERENDA,** la introducción de un nuevo apartado del artículo 36 de la LORPM " *La medida de internamiento no podrá conformarse cuando supere la prevista para la aplicación de la conformidad en la LECRIM".*

XVI

Las características del proceso de justicia juvenil encuentra perfecto encaje en modelos de naturaleza restaurativa. La consideración del menor como persona en pleno proceso evolutivo permite una mayor facilidad para llegar acuerdos de esta naturaleza, siendo además más proclive los adultos a llegar a resultados satisfactorios en la mediación cuando es un menor el que se encuentra implicado en un procedimiento penal. Además, caracterizándose el proceso de menores por su flexibilidad y por tener predeterminado "el principio de oportunidad" a través del cual puede tener lugar el sobreseimiento del expediente, y actuando de manera particular "el principio de intervención mínima", la LORPM sienta las bases para ampliar los requisitos necesarios para llevar a cabo los mecanismos restaurativos con los que cuenta. Apoya esta conclusión no sólo el modelo educativo que intenta plantear con las medidas que regula, sino también la necesidad de llevar al plano real "el principio del interés del menor" que no debe ceder ante otro tipo de intereses.

De manera especial, éste principio supremo e informante en la jurisdicción de menores se ve truncado cuando la LORPM permite al Ministerio Fiscal apartarse de la causa a través del sobreseimiento, decidiendo la acusación particular continuar el mismo hasta sus últimas consecuencias, frustrándose el principio de oportunidad y las posibilidades restaurativas. En este caso la LORPM opta por desproteger al menor al permitir el desarrollo procedimental sólo con un interés de parte, sin que el menor encausado goce de la protección de quien defiende la legalidad y el interés publico.

XVII

El modelo de justicia restaurativa pretende lograr la responsabilidad personal de menor frente a la responsabilidad penal, enfatizando sobre los controles informales, y fomentando técnicas restaurativas. Ateniendo a ello, sería interesante la configuración de una nueva atenuante que consistente en la participación en programas restaurativos.