

## Algunos aspectos de Derecho sustantivo de la Ley Orgánica 5/2000, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores y de su reforma en materia de terrorismo

Autor: Xabier Etxebarria Zarrabeitia

Profesor de Derecho penal de Menores en la Universidad de Deusto

### I. Introducción

A partir de la definición de Derecho penal de MIR PUIG, podemos concebir el Derecho penal juvenil como "el conjunto de prescripciones jurídicas (principios, valores y normas) que desvaloran y prohíben la comisión de delitos y asocian a éstos, como presupuesto, penas y/o medidas de seguridad, como consecuencia jurídica" para un grupo de personas determinadas por su edad, si bien las consecuencias jurídicas reciben todas el nombre de medidas<sup>1</sup>, que denominaremos medidas juveniles.

<sup>1</sup> Cuestión distinta es la calificación de la naturaleza de las mismas como penas o medidas de seguridad o como *tertium genus* (véase SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, La nueva ley reguladora de la responsabilidad penal del menor, pp. 715-719). Coincido con las apreciaciones de esta autora sobre la ambigüedad y falta de valentía y claridad del legislador español al no emplear el término pena, cuando el análisis del contenido de las mismas y los criterios de proporcionalidad con el hecho que se introducen, sobre todo en el art. 9º, podrían haber llevado a calificar la naturaleza de las medidas juveniles como la de penas. No comparto, sin embargo, sus argumenta-

Las conductas que dan lugar a la exigencia de responsabilidad jurídica, a pesar de ser en sentido estricto delitos y faltas, se denominan 'infracciones' en numerosos preceptos de la LORRPM.

El legislador español, con buen criterio<sup>2</sup>, no ha establecido un Código penal específico, sino que ha regulado los aspectos diferenciales, tanto de orden sustantivo como adjetivo, de ejecución y relativos a la responsabilidad civil, en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores (LORRPM), remitiéndose directamente a los hechos tipificados como delito o falta en el Código penal y en las leyes especiales para determinar qué conductas dan lugar a la intervención penal juvenil, y estableciendo como Derecho supletorio (Disposición Final 1ª LORRPM) el Código penal, las leyes penales especiales y la Ley de Enjuiciamiento criminal.

La regulación de aspectos sustantivos en la LORRPM es por tanto escasa, menos de 15 artículos (en el Título preliminar, en los dos primeros Títulos y ahora en la Disposición adicional cuarta) que corresponderían a la Parte General del Derecho penal juvenil. Del art. 16 al 42 se regulan materias procesales, del 43 al 60 cuestiones de Derecho de ejecución de las consecuencias jurídicas, del art. 61 al 64 la responsabilidad civil, y cuestiones variadas en las Disposiciones adicionales, transitoria y finales. La LORRPM carece por tanto de una Parte especial, lo cual parece acertado<sup>3</sup>.

Las mayores particularidades del Derecho penal juvenil se encuentran en las consecuencias jurídicas, y prácticamente ninguna en lo que se refiere al presupuesto de hecho de la norma<sup>4</sup>. A pesar de la valoración positiva anteriormente realizada, se

ciones sobre la necesidad político-criminal de introducir en el ordenamiento jurídico-penal español la pena juvenil, al modo de las legislaciones de países como Alemania (véase en el mismo sentido que la autora SILVA SÁNCHEZ, El régimen de la minoría de edad penal, pp. 171 y 174), pero, dado que así se ha hecho, entiendo que el legislador debiera haberse atrevido a "llamar las cosas por su nombre".

En mi opinión, las medidas juveniles constituirían un *tertium genus* en el que se entremezclan características de las penas y de las medidas de seguridad, en cuanto se atiende, en su imposición, de forma integrada a consideraciones sobre la culpabilidad de la persona autora y a criterios de peligrosidad y necesidad preventivo especial, con singular atención a éstos. Únicamente las medidas previstas para los casos en que se aprecie la concurrencia de las circunstancias a las que se refiere el art. 5.2 tendrán la naturaleza exclusiva de medidas de seguridad. En otros casos, como los artículos 9.5º y la Disposición adicional cuarta, las consecuencias jurídicas pueden considerarse auténticas penas juveniles, dado el fundamento puramente retributivo y/o preventivo general que parece inspirarlas.

<sup>2</sup> DOLZ LAGO, La nueva responsabilidad penal del menor, p. 86; LANDROVE, El marco operativo de la Ley, p. 2.

<sup>3</sup> Téngase en cuenta que el apartado VI, nº 56, de las Directrices de Riad recomienda garantizar que no se sancionará a los menores por hechos no punibles para los adultos.

<sup>4</sup> El presupuesto de la intervención penal es la realización de un hecho tipificado en las normas penales, sin la concurrencia de causas de justificación o exculpación de la conducta. Desde el punto de vista garantista no podía ser de otra manera, dado que como establece la jurisprudencia constitucional (STC 36/1991) y las Directrices de Riad, el menor no puede resultar de peor condición que el adulto, ni ser declarado responsable de hechos que no estuvieran prohibidos para los adultos.

Los menores pueden ser declarados responsables de los hechos tipificados en el CP y en las leyes penales especiales, siendo expresamente declarada por el art. 5.1 LORRPM la aplicabilidad de las causas de exención de la responsabilidad criminal (art. 20 CP) y de las causas de extinción de la responsabilidad criminal (art. 130 CP). Por otra parte, las normas de la Parte General del CP tienen la naturaleza de Derecho supletorio (Disposición Final primera LORRPM), por lo que se aplicarán las normas relativas a las garantías legales, el tipo subjetivo, el error, la partici-

echa en falta una adaptación de la regulación del presupuesto de la intervención penal<sup>5</sup> (el hecho delictivo: hecho típico, antijurídico y culpable) coherente con la especificidad de los fines y principios que se atribuyen a esta rama del Derecho sancionatorio del Estado. Por ejemplo, a través de la descriminalización de las faltas, de muchos supuestos de tentativa, o de muchos delitos imprudentes, como corolario necesario del principio de intervención mínima<sup>6</sup>, exasperado en el Derecho penal juvenil por la supremacía del interés del menor frente al interés social en la persecución de los delitos, y por la ponderación de los aspectos negativos de la intervención penal, especialmente para los jóvenes, como cabe deducir de las especiales características de la delincuencia juvenil (véase anexo).

Antes de entrar en el análisis de los aspectos sustantivos esenciales, es ineludible enfrentarse a los planteamientos político-criminales que se encuentran tras la regulación legal. No he pretendido exponer en este trabajo una visión acabada y completa de los diferentes planteamientos de política criminal, menos aún un modelo desarrollado de un posible sistema de justicia juvenil alternativo. Únicamente he considerado necesario poner de manifiesto los principios declarados en relación con la intervención punitiva sobre los/las jóvenes y los que realmente se han normativizado

ción, el grado de ejecución, etc. en lo no regulado por la LORRPM. Se excluye por tanto la aplicación de la Parte general del CP en lo relativo a los plazos de la prescripción, las reglas generales y especiales para la determinación de la pena, las formas sustitutivas de las penas privativas de libertad, las atenuantes y agravantes, las consecuencias jurídicas del delito, etc., sin perjuicio de informar la interpretación de las normas de la LORRPM conforme a los principios, modulados al ámbito del menor, de la Parte general del CP.

<sup>5</sup> La atención a la situación evolutiva del menor, tanto en su desarrollo físico como psicológico (emocional, cognitivo, afectivo, moral) y social (aprendizaje e interiorización de normas, participación en la vida social, independencia...) quizás habría exigido una atención específica por parte del legislador, con el fin de modular aspectos tales como la calificación del dolo y la imprudencia (DOLZ LAGO, La nueva responsabilidad penal del menor, pp. 82 y 86), el conocimiento del sujeto de los aspectos objetivos del tipo o de las causas de justificación, o el tratamiento del error. Asimismo, la constatación de la importancia del grupo en las conductas infractoras de los adolescentes, y la posibilidad de que concurren en la comisión del hecho delictivo mayores y menores de edad, debería ser tomado en consideración en la aplicación de las normas sobre participación (cooperación, inducción, complicidad, autoría mediata). Dado que el legislador no ha previsto dichas modulaciones, deberán ser los operadores jurídicos en el procedimiento juvenil quienes las realicen en la interpretación de las normas y en el uso de la discrecionalidad que les otorga la LORRPM.

<sup>6</sup> Desde hace tiempo se viene reclamando la intensificación del principio de intervención mínima, del carácter fragmentario y subsidiario del Derecho penal juvenil, por ejemplo mediante la despenalización de las faltas (ASUA BATARRITA, Tratamiento de la inadaptación infanto-juvenil, p. 41). El legislador debería haber optado por la descriminalización de plano de los delitos leves o de bagatela —no simplemente a través de mecanismos procesales de aplicación del principio de oportunidad—. Así, por ejemplo, la tentativa en delitos no graves, o la despenalización general de los actos preparatorios, o las formas de participación distintas de la autoría, u otras infracciones de escasa gravedad como los hurtos en establecimientos abiertos al público (véanse algunas de estas propuestas en ALBRECHT, El Derecho penal de menores, pp. 58-60). Véanse las convincentes propuestas para la reforma del ámbito objetivo del Derecho penal juvenil de GARCÍA PÉREZ, "Los actuales principios rectores del Derecho penal juvenil", pp. 45-48 y 73-75. Si bien se valoran positivamente las diversas posibilidades de desistimiento o sobreseimiento que concede la LORRPM, por ejemplo en los arts. 18, 19 y 27.4º, la despenalización presenta la ventaja de impedir la posible utilización discriminatoria de dichos mecanismos de selección de la población criminalizada. Despenalización no significa desresponsabilización, sino corrección en el ámbito informal, en la familia, en la escuela o en el entorno comunitario.

en las disposiciones legales, para realizar una valoración de los mismos y, esquemáticamente, apuntar aquellos que desde la perspectiva político-criminal se considerarían más conformes con la realidad social juvenil y con la normativa internacional y constitucional. El análisis político-criminal permite asentar las bases, tanto para la crítica con profundidad del modelo de justicia juvenil diseñado por el legislador a través de las concretas decisiones político-legislativas, como para, en el terreno de *lege lata*, la interpretación de las normas aprobadas.

## II. Planteamientos político-criminales

### A. Introducción

El art. 19 CP establece la inexigibilidad *absoluta* de responsabilidad criminal hasta los 18 años, y el art. 69 CP una posible inexigibilidad a partir de esa edad y hasta 21<sup>7</sup>.

Para la exigencia de responsabilidad a las personas excluidas de responsabilidad criminal, el CP se remite a la ley que regule la responsabilidad *penal* de las menores de 18 años, que a partir del 13 de enero del 2001 es la LO 5/2000, de 12 de enero. En ésta, la LORRPM, se exime *absolutamente* de responsabilidad penal a los menores de 14 años.

En la tramitación se discutió la conveniencia de eliminar la etiqueta de "penal" (como en el Anteproyecto del Gobierno del Partido Popular de 1997). Sin embargo, la responsabilidad no hubiera dejado de ser penal con el anteproyecto, ni ha dejado de serlo con la LORRPM —aunque ésta se auto-denomine "formalmente penal pero de naturaleza sancionadora-educativa"—, puesto que la naturaleza de la intervención no se cifra en el título, sino en los presupuestos de la misma, los procedimientos mediante los cuales se dilucida y los instrumentos que utilice (STC 36/1991, de 14 de febrero). Si el presupuesto de la respuesta jurídica es la realización de un delito o falta, y la respuesta consiste en la imposición coactiva de una sanción, y ésta se determina en un procedimiento de carácter jurisdiccional, aunque su ejecución tenga una finalidad primordialmente educativa, estamos en el marco del Derecho penal.

Por tanto, no se produce a mi juicio una transformación sustancial respecto a la naturaleza de la intervención en la situación legal anterior a la LORRPM. La LO 4/92 también establecía una responsabilidad penal (o pseudo-penal; véase STC 36/1991), aunque no se denominase así por imperativo del art. 8.2º CP 1973, que establecía la inimputabilidad penal de los menores de 16 años. Se sustanciaba por la comisión de delitos o faltas, por personas de 12 hasta 16 años, ante Juzgados especializados del orden penal, con un procedimiento garantista, con asistencia de un Equipo Técnico, y posibilitando la imposición de medidas variadas, de hasta dos años de duración, incluyendo el internamiento cerrado. Con la LORRPM el régimen desde los 14 años

<sup>7</sup> El art. 69 CP seguirá sin entrar en vigor hasta dos años después de la vigencia de la LORRPM, dado que se ha establecido una suspensión en la Disposición Transitoria única de la Ley Orgánica 9/2000, de 22 de diciembre, sobre medidas urgentes para la agilización de la Administración de Justicia (BOE núm. 307, de 23 de diciembre de 2000), presumiblemente en respuesta a la petición conjunta de las Comunidades Autónomas.

hasta los 16 es sustancialmente el mismo<sup>8</sup>. Para los mayores de 16 años, antes sometidos al régimen de adultos con las especialidades previstas en el CP, el régimen es más severo, con medidas de hasta 5 o 10 años de duración, y la posibilidad de participación de la víctima en el procedimiento de forma similar a un acusador particular.

La situación anterior a 1992 se puede calificar de responsabilidad penal encubierta: enjuiciamiento de conductas irregulares, medidas indefinidas de gran dureza, arbitrariedad, absoluta falta de garantías, sin límites inferiores de edad, etc., todo ello conducente a una auténtica criminalización de la pobreza<sup>9</sup> —más aún antes de la STC 36/1991 y la CE 1978—.

falsa  
inimputab

12 - 14

16 - 18

### B. Fines y principios de la intervención penal en la Exposición de Motivos y en el articulado de la LORRPM

La Exposición de Motivos de la LORRPM, en sus puntos 6 a 9, anuncia la sujeción de la Ley a los siguientes principios generales:

- "Naturaleza formalmente penal pero materialmente sancionadora-educativa del procedimiento y de las medidas aplicables a los infractores menores de edad, reconocimiento expreso de todas las garantías que se derivan del respeto de los derechos constitucionales y de las especiales exigencias del interés del menor, diferenciación de diversos tramos a efectos procesales y sancionadores en la categoría de infractores menores de edad, flexibilidad en la adopción y ejecución de las medidas aconsejadas por las circunstancias del caso concreto, competencia de las entidades autonómicas relacionadas con la reforma y protección de menores para la ejecución de las medidas impuestas en la sentencia y control judicial de esta ejecución"
- Se reconoce "la naturaleza de disposición sancionadora, pues desarrolla la exigencia de una verdadera responsabilidad jurídica a los menores infractores, aunque referida específicamente a la comisión de hechos tipificados como delitos o faltas por el Código Penal y las restantes leyes penales especiales. Al pretender ser la reacción jurídica dirigida al menor infractor una intervención de naturaleza educativa, aunque desde luego de especial intensidad, rechazando expresamente otras finalidades esenciales del Derecho penal de adultos, como la proporcionalidad entre el hecho y la sanción<sup>10</sup> o la intimidación de los destinatarios de la norma, se pretende impedir todo aquello que pudiera tener un

<sup>8</sup> Aunque con la reforma operada en la LORRPM en materia de terrorismo (Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre, BOE núm. 307 de 23 de diciembre de 2000) durante el periodo de *vacatio*, se ha incrementado también el rigor punitivo para los menores de 16 años en algunos supuestos delictivos

<sup>9</sup> Véase FUNES ARTIAGA - GONZÁLEZ ZORRILLA, *Delincuencia juvenil*, pp. 23-24 o GONZÁLEZ ZORRILLA, *La justicia de menores en España*, pp. 134-135.

<sup>10</sup> En el sentido de límite al *ius puniendi* el principio de proporcionalidad resulta insoslayable. A pesar de haber sido destacada nitidamente su vigencia en la justicia juvenil por la STC 61/1998, de 17 de marzo, no se había

efecto contraproducente para el menor, como el ejercicio de la acción por la víctima o por otros particulares.”

- “Que en el Derecho penal de menores ha de primar, como elemento determinante del procedimiento y de las medidas que se adopten, el superior interés del menor. Interés que ha de ser valorado con criterios técnicos y no formalistas por equipos de profesionales especializados en el ámbito de las ciencias no jurídicas, sin perjuicio desde luego de adecuar la aplicación de las medidas a principios garantistas generales tan indiscutibles como el principio acusatorio, el principio de defensa o el principio de presunción de inocencia.”
- Y finalmente, que, “conforme a las orientaciones declaradas por el Tribunal Constitucional, anteriormente aludidas, se instaura un sistema de garantías adecuado a la pretensión procesal, asegurando que la imposición de la sanción se efectuará tras vencer la presunción de inocencia, pero sin obstaculizar los criterios educativos y de valoración del interés del menor que presiden este proceso, haciendo al mismo tiempo un uso flexible del principio de intervención mínima, en el sentido de dotar de relevancia a las posibilidades de no-apertura del procedimiento o renuncia al mismo, al resarcimiento anticipado o conciliación entre el infractor y la víctima, y a los supuestos de suspensión condicional de la medida impuesta o de sustitución de la misma durante su ejecución.”

Sin embargo, son muchos los preceptos legales de la LORRPM en los que no se otorga a los principios de intervención mínima, subsidiariedad, y prevalencia de la prevención especial educativa y el interés del menor, la eficacia que se anuncia en la Exposición de Motivos. En aquéllos se atiende por tanto a criterios retributivos, preventivo generales y de intimidación a los que en principio se renunciaba:

- Art. 4: Criterios excesivamente rígidos y retributivos para la aplicabilidad de la ley a los mayores de 18 y menores de 21 años, al excluir de inicio los delitos

recogido inicialmente en la LORRPM un principio de orden constitucional tan significativo como el de prohibición del exceso. En esta STC se estima contraria al principio de legalidad penal, por desproporcionada, la sanción de cuatro meses de internamiento en régimen semiabierto, impuesta por la realización de una falta frustrada de hurto. La sanción impuesta por el Juzgado de Menores nº 2 de Madrid, y confirmada por la Audiencia Provincial, se fundamentó en la reiteración de las conductas antisociales del menor y en su personalidad, situación y necesidades. El EJ 7º de la STC 36/1991 afirma “la imposibilidad de establecer medidas más graves o de una duración superior a la que correspondería por los mismos hechos si de un adulto se tratase”. El art. 8, párrafo 2º LORRPM recoge el principio general de proporcionalidad, mal llamado acusatorio, aunque sólo para las medidas privativas de libertad. Se introdujo durante la tramitación parlamentaria, dado que no se encontraba en el Anteproyecto (Boletín Oficial de las Cortes Generales. VI Legislatura. Serie A. 3 de noviembre de 1998. Núm. 144-1), en el Informe de la Ponencia (BOCG. 15 de octubre de 1999. Núm. 144-12) y en las Enmiendas del Senado (BOCG. 22 de diciembre de 1999. Núm. 144-17). Se advierte que, por la forma en que se ha establecido el criterio de proporcionalidad, a los mayores de 16 “les puede salir la torta un pan”, dado que, conforme a la legislación derogada, la rebaja de la pena en uno o dos grados permitía una disminución importante de la duración de la privación de libertad, mientras que ahora el límite máximo es mucho más elevado.

graves y los menos graves con violencia o intimidación<sup>11</sup>, en lugar de atender de manera flexible a la naturaleza de los hechos y las circunstancias personales del joven.

- Art. 7.2º: La rigidez de que el Juez deba establecer ya en la sentencia la duración de las dos fases del internamiento, en lugar de hacerlo depender del desarrollo del proceso educativo.
- Art. 9.2º: Esta excepción a la regla general de flexibilidad en la elección y determinación de las medidas del art. 7.3º, se basa única y rígidamente en la gravedad objetiva del hecho determinada por el CP (arts 13 y 33). Permite el internamiento en régimen cerrado para delitos menos graves (v. art. 33.3 CP) con el mismo incorrecto criterio de la violencia o intimidación<sup>12</sup>, sin alusión alguna a criterios educativos o al principio de subsidiariedad de la privación de libertad respecto al resto de medidas.
- Art. 9.4º: La duración posible de las medidas —hasta 5 años— puede ser excesiva, y no responde desde luego a criterios educativos, dado que una medida juvenil, especialmente de internamiento, superior a dos años de duración, o tres a lo sumo, no presenta mayor potencialidad educativa. Se emplea de nuevo el criterio relacionado con a la gravedad del hecho, que sólo puede responder a

<sup>11</sup> Se hace referencia a la comisión de un delito “con violencia o intimidación en las personas”, y estas expresiones comprenden delitos de una gravedad totalmente dispar. Por ejemplo, las coacciones requieren violencia (art. 172 CP) y se incluye en ella supuestos muy diversos que dan lugar a que la pena oscile entre la prisión de 6 meses a 3 años y la multa de 6 a 24 meses; las amenazas exigen intimidación, y el propio CP (arts 169 y siguientes) establece claras diferencias entre las amenazas simples y las condicionales, que a su vez son objeto de penas dispares; también son violentas, la inmensa mayoría de las veces, las lesiones, incluso las del tipo privilegiado del art. 147.2, que se sancionan con la pena de arresto de 7 a 24 fines de semana o multa de 3 a 12 meses. Si además se tiene presente que este precepto añade tras la referencia a la violencia y la intimidación “o con grave peligro para la vida o la integridad física” de las personas, se está indicando que ha de tomarse en consideración cualquier clase de violencia por poco intensa que sea, y lo mismo podría pensarse de la intimidación. Respecto del peligro grave para la vida nada hay que decir, pero hablar de peligro grave para la integridad física de las personas sin más, es impreciso. El peligro puede ser grave, pero relativo a un resultado de escasa entidad. Entiendo que se quiere hablar de un serio peligro de un resultado grave, y no de cualquier clase de resultado (puede pensarse en la diferencia entre las lesiones del tipo privilegiado del art. 147.2 y del 149 CP). Por ello, habría que retirar la referencia a la violencia e intimidación, añadir la exigencia de que sean graves, e incluir tras grave peligro para la vida “o de grave menoscabo de la integridad física”. Además creo que deberían constituir, junto con las circunstancias personales y sociales de la persona, criterios para el juez, pero no condiciones obligatorias.

Las consideraciones apuntadas sobre esta fórmula legal son trasladables al comentario a los restantes preceptos que recurren a ella, sin perjuicio de las matizaciones que fueren necesarias (artículos 4, 9.4º y 5º, 18, 19, 25 y 27.4º LORRPM).

<sup>12</sup> La rigidez de este criterio, que no indica por sí solo la gravedad del hecho, hace que haya de considerarse que no es motivo suficiente la concurrencia de violencia o intimidación en la ejecución de un delito, para que se deba permitir, sin ulteriores limitaciones a la discrecionalidad judicial —es decir, aun cuando fueran pertinentes unas medidas de carácter sancionador, pero de contenido prioritariamente educativo, como son las de esta ley—, el internamiento en régimen cerrado. En otras palabras, que se quebrantan los principios que conforme a la propia Exposición de Motivos inspiran la ley, porque se otorga una prioridad excesiva a la prevención general positiva —evitar la alarma social— en perjuicio de la prevención especial, que no debe olvidarse que es una forma de cumplir el fin de protección de bienes jurídicos que corresponde a las normas penales.

objetivos retributivos o preventivo generales, y que por otra parte, como ya se ha reiterado, resulta incorrecto y excesivamente rígido.

- Art. 9.5º: La exclusión de la diversidad de las medidas juveniles (obligando a la imposición de la medida de internamiento) y la muy importante duración de la misma<sup>13</sup> (por un mínimo de 1 año y un máximo de 5 años, más eventualmente otros 5 de libertad vigilada) para los casos calificados como de extrema gravedad<sup>14</sup> —en todo caso los de reincidencia<sup>15</sup>—, evidentemente no responde a los principios declarados de la ley, y desde luego no excepciona sino que contradice abiertamente los criterios generales de flexibilidad y atención prioritaria a las circunstancias personales del art. 7.3º.
- Arts. 9.5º, primer párrafo, *in fine*: La regla de cumplimiento efectivo del primer año de la medida es sin duda una impresentable expresión retributiva, muy

<sup>13</sup> De *lege ferenda* debe considerarse la medida como excesiva desde un punto de vista educativo, tanto por la exclusividad de la medida de internamiento en régimen cerrado como por su duración máxima. De *lege lata* hay que tener en cuenta que esta medida se estructura con carácter general (art. 7.2º LORRPM) en las dos fases de internamiento efectivo y libertad vigilada. Por tanto, nada impide, sino al contrario, constituye un mandato legal del art. 7.2º, ejecutar en dos fases la medida de internamiento, según decisión discrecional del juzgador expresada en la sentencia. La regla del cumplimiento mínimo efectivo del art. 9.5º, primer párrafo *in fine*, se refiere a las facultades de extinción, reducción o sustitución de los arts. 14 y 51.1 LORRPM, lo cual no es el caso. Con lo que debe interpretarse que el juez no tiene obstáculo legal alguno para establecer en la sentencia una fase de internamiento en régimen cerrado inferior a un año, y una segunda de libertad vigilada hasta un mínimo de un año y un máximo de 5. Esta medida de internamiento en sus dos fases podría ser completada con otros 5 años de libertad vigilada, según dispone este art. 9.5º.

<sup>14</sup> El tercer párrafo del art. 9.5º establece el grupo de delitos que, en todo caso, se considerarán de extrema gravedad. Tras la LO 7/2000, sólo los casos de reincidencia. Junto a los expresamente definidos como tales no se excluye que otros hechos puedan ser calificados como de extrema gravedad. Sin embargo, no se define qué ha de considerarse de extrema gravedad. Debe entenderse que ésta tiene su origen en el art. 9.4º LORRPM. Por tanto, debe tratarse de personas mayores de 16 años y deberán ser, al menos, hechos constitutivos de delito, menos grave o grave, cometido con violencia o intimidación o con grave riesgo para la vida o la integridad física de las mismas.

Entiendo que debe exigirse también que el equipo técnico haya aconsejado la prolongación de la medida prevista en el artículo 9.4º, desde el momento en el que el art. 9.5º se remite a "los supuestos previstos en la regla anterior", los cuales, entre otros elementos, vienen circunscritos por dicha solicitud en el informe.

Para ser considerado de extrema gravedad evidentemente debe superar a aquéllos en gravedad. Esto resulta más que evidente si se constata el tremendo salto punitivo asociado a las conductas del art. 9.4º y del 9.5º. Para la precisión del concepto de extrema gravedad —con el fin de lograr un cierto grado de seguridad jurídica— el camino acertado habría sido recurrir a un elenco de delitos realmente graves o señalar su gravedad por medio de la pena que les correspondía en el Código penal (por ejemplo delitos castigados con penas superiores a 6, 8 ó 10 años de prisión). Sin embargo con la reciente reforma operada por la LO 7/2000, se ha creado una nueva categoría de gravedad superior para los delitos de terrorismo, homicidio, asesinato, agresiones sexuales graves, y cualquier otro delito castigado con pena igual o superior a 15 años. Por tanto, los supuestos de extrema gravedad quedan comprendidos entre los de la nueva Disposición adicional cuarta y los del artículo 9.4º LORRPM.

<sup>15</sup> Según la redacción definitivamente en vigor del art. 9.5º se considerará en todo caso de extrema gravedad la reincidencia en los delitos del art. 9.4º LORRPM. Estamos ante la presunción legal de que la reincidencia convierte el delito ulterior automáticamente en un supuesto de extrema gravedad, obligando por tanto a la aplicación de una medida de internamiento en régimen cerrado de un mínimo de 1 año y hasta 5 años, complementada por hasta 5 más en libertad vigilada.

El primer problema que se plantea es que la LORRPM no define qué es reincidencia. Por tanto, siendo el CP

questionable desde el principio de reeducación y reinserción social (art. 25.2 CE y 40 Convención de Derechos del Niño). No sólo no se inspira en un fundamento educativo, sino que lo niega al impedir la modificación o sustitución de la medida en función de la evolución del tratamiento. Si se interpreta conjuntamente con la definición del concepto de "extrema gravedad", puede producir el internamiento forzoso durante un año de un menor por su segundo robo con intimidación, por ejemplo.

- Disposición adicional cuarta: La Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre, en relación con los delitos de terrorismo, aprobada durante el periodo de *vacatio* de la LORRPM, ha modificado el art. 9.5º LORRPM, apartando del régimen de los delitos considerados de extrema gravedad los delitos de terrorismo, homicidio (art. 138 CP), asesinato (art. 139 CP), agresiones sexuales graves (arts. 179 y 180 CP) y

derecho supletorio (Disposición final primera LORRPM), habrá que remitirse al art. 22.8º CP. La observancia de estos requisitos impediría la consideración como antecedentes de las resoluciones de los Juzgados en aplicación de la LO 4/92, dado que formalmente los hechos en ellas enjuiciados no eran hechos susceptibles de generar responsabilidad penal. También impediría la aplicación de la reincidencia cuando el delito imputado no sea del mismo título y de la misma naturaleza. De igual manera quedan excluidos como antecedentes todos los que no hayan sido establecidos en sentencia firme con anterioridad a la realización del hecho, lo cual implica la imposibilidad de apreciar la reincidencia cuando un expediente anterior haya terminado por desistimiento o sobreseimiento. Dado que el art. 45 y la Disposición adicional tercera prevén la creación de un registro de sentencias en el Ministerio de Justicia, habrá que entender que sólo cuando el delito conste en dicho registro podrá hablarse de reincidencia.

En diversos artículos de la LORRPM se hace referencia a "que no conste que el menor ha cometido otros hechos de la misma naturaleza" (art. 18, párrafo 2º LORRPM), sin definir tampoco en qué consiste dicha constancia. DOLZ LAGO (La nueva responsabilidad penal del menor, p. 119), se inclina por darle el mismo tratamiento que a la reincidencia. Desde luego, el principio de presunción de inocencia impide derivar consecuencias jurídicas de hechos que no se hayan probado desvirtuando aquella mediante un procedimiento con todas las garantías. Esto exige que se haya realizado actividad probatoria suficiente o que el reconocimiento de los hechos por parte del menor pueda equipararse a una prueba de los mismos.

En la medida en que el supuesto de extrema gravedad se construye sobre el del art. 9.4º, debe interpretarse que la reiteración delictiva, con los requisitos del CP, debe referirse a mayores de 16 años, a los que se impute un delito, grave o menos grave, con violencia o intimidación en las personas o grave riesgo para la vida o la integridad física de las mismas, y con la solicitud de prolongación de la medida en el informe.

Desde una perspectiva político-criminal, hay que subrayar que la reincidencia por sí sola no debería considerarse como criterio definitivo a la hora de apreciar como de extrema gravedad cualquier delito en el que medie violencia o intimidación, que como se ha indicado pueden tener muy distinta trascendencia (por ejemplo una pelea, un robo con intimidación o unas amenazas). Según este precepto, el segundo robo con intimidación podría ser sancionado con un mínimo de un año de internamiento en centro cerrado, que se habría de cumplir íntegramente sin poder aplicar durante ese año las reglas del art. 14 y 51.1 LORRPM. Una rigidez absolutamente contradictoria con los principios declarados de prevalencia del interés del menor, finalidad educativa, renuncia a la proporcionalidad y flexibilidad de los criterios de determinación de las medidas. Se trata sin duda de una penosa manifestación de Derecho penal de autor.

El art. 9.5 otorga a la reincidencia una mayor trascendencia que el Derecho penal de adultos, cuando como es sabido se trata de una circunstancia cuya fundamentación conforme a la doctrina dista mucho de ser clara, ya que se arguye su carácter de derecho penal de autor (v. la configuración de la constitucionalidad de la reincidencia en la STC 150/1991, de 4 de julio). No puede pasarse por alto que las "recaídas" en muchos procesos educativos, aun cuando tengan trascendencia, son casi inevitables, y por ello deben ser valoradas con criterios próximos al caso concreto y no con un único criterio de carácter plenamente objetivo —como se propone—. Este criterio revela de nuevo el abandono de la perspectiva de prevención especial y la primacía de la preven-

- en general todos los sancionados en el CP con pena igual o superior a 15 años. Junto a los que se podrían denominar delitos juveniles graves (art. 9.4º), y a los de extrema gravedad (art. 9.5º), se crea una nueva categoría de delitos de muy extrema gravedad, con un régimen punitivo extraordinariamente agravado para todos los menores, de 14 a 18 años. Como se comenta con mayor detalle posteriormente, la reforma apunta evidentemente al fortalecimiento de la intimidación penal y a la satisfacción de las exigencias —aparentemente punitivas— de la sociedad.
- Arts. 10 y 11: Las reglas sobre concurso de infracciones e infracción continuada o con pluralidad de víctimas se apartan claramente en muchas de sus disposiciones del principio de flexibilidad y atención especial a la edad, circunstancias familiares y sociales, personalidad e interés del menor del art. 7.3º.
  - Art. 15: Si la medida juvenil se define por su contenido educativo, no retributivo, y por tanto diferenciado de la pena de adultos, no es admisible el cumplimiento de una medida juvenil en un centro penitenciario de adultos por el mero cumplimiento de los 23 años, y basándose en el fundamento último de una presunción de incapacidad de los centros de menores para trabajar con sujetos mayores de 23 años.
  - Art. 18: En la posibilidad de desistimiento por corrección en el ámbito educativo y familiar, se restringe en demasía la eficacia de los principios de oportunidad e intervención mínima. El punto de partida es que la intervención penal se considera innecesaria a efectos preventivo-especiales. Los límites obedecen por tanto a criterios a los que en la Exposición de Motivos se renuncia expresamente. Además, de nuevo se utiliza el inadecuado y rígido criterio de la gravedad objetiva del hecho conforme al CP, así como el de la reincidencia, sin otras consideraciones relativas a su gravedad o a la peligrosidad del menor, que aparentemente se presume.
  - Art. 19: En el sobreseimiento del expediente por conciliación, reparación o compromiso de realización de actividad educativa, a pesar de flexibilizarse el criterio de la gravedad objetiva del hecho conforme a los elementos de violencia o intimidación —que además ahora se exige que sean graves—, se siguen excluyendo los delitos graves en función del criterio objetivo del art. 33 CP. Esto podría llevar a excluir, por ejemplo, muchísimos delitos de posesión o tráfico de drogas (arts 368 y ss CP) y muchos delitos de robo (arts 241 y 242 CP).
  - Art. 25: Se vuelve a cuestionar el carácter prevalente del interés del menor al permitir una participación de la víctima en el proceso similar a la acusación particular a partir de los 16 años de edad del inculpado, de nuevo con el reiteradamente cuestionado criterio de la violencia o intimidación. La exclusión de la acusación particular (punto 7 segundo párrafo de la Exposición de Motivos), con el fin de “impedir todo aquello que pudiera tener un efecto contraproducente para el menor”, se excepciona, sin argumentar este punto de equilibrio distinto para el interés del menor y el interés de la víctima.

- Art. 27.4º: La conveniencia de no continuar la tramitación del expediente por razones de oportunidad (por haber ya quedado expresado el reproche o por contrariedad con el interés del menor por la lejanía de la comisión de los hechos), se somete de nuevo a los requisitos de fundamentación preventivo-general del art. 19.
- Art. 28: En la regulación de las medidas cautelares, se confunden las medidas cautelares para la defensa y protección del menor, con las medidas cautelares en defensa del interés social. Se establece para todas ellas el abono para el cumplimiento de las medidas definitivas, con lo que se reconoce su carácter de sanción anticipada. Se permite la utilización de la medida de internamiento en régimen cerrado, esto es, la “prisión provisional” de menores, con base en la gravedad del hecho, la alarma social, y la repercusión social de los hechos. Se trata sin duda de una inadmisibles e inconstitucional entrada de la prevención general más potencialmente demagógica en un ámbito en el que la normativa internacional y constitucional consagra con toda claridad un principio absoluto de excepcionalidad (véase la STC 47/2000, de 17 de febrero).
- Art. 50 LORRPM. En él se prevé que, cuando se produzca un quebrantamiento de una medida no privativa de libertad —circunstancia difícil de definir en la práctica—, además de la deducción de testimonio por quebrantamiento de condena del art. 486 CP/art. 1 LORRPM —sancionable con multa para los adultos—, el Juez de Menores podrá, excepcionalmente, —a instancia del Ministerio Fiscal— sustituirla por otra de internamiento en centro semiabierto. Esta previsión resulta a mi juicio clara y frontalmente inconstitucional (véase la declaración de inconstitucionalidad de la *reformatio in peius* realizada por la STC 36/1991, FJ 8º, en la interpretación del art. 23 LTTM).

### C. Principios del modelo de tratamiento de las infracciones juveniles en la normativa internacional

Brevemente, se exponen a continuación algunas de las normas internacionales que hacen referencia específica a la justicia juvenil, y que determinan —obviamente junto con otros textos internacionales de tipo genérico— en mayor o menor medida la legislación penal juvenil y la interpretación de la misma en España. El texto fundamental es la Convención de Derechos del Niño de 1989, ratificada por Instrumento de 30 de noviembre de 1990 (BOE nº 313, de 31 de diciembre de 1990). Por tanto, el articulado de la CDN pasó en esa fecha a formar parte del ordenamiento jurídico interno, no modificable salvo por el procedimiento previsto en la misma (art. 96 CE). A pesar de ello, no fue hasta la aprobación de la LO 4/1992, impuesta por la declaración de inconstitucionalidad del art. 15 de la Ley de Tribunales Tutelares de menores por STC 36/1991, de 14 de febrero, cuando se adaptó la legislación a dicha norma. Las disposiciones concretamente relativas a la justicia de menores son los artículos 37, 39 y 40 CDN.

Junto a la CDN, existen otros textos internacionales, no directamente vinculantes, pero que informan la interpretación de los derechos fundamentales (art. 10.2 CE), y establecen derechos para los menores (art. 1.3º LORRPM): Reglas de Beijing (Resolución núm. 40/33 de la Asamblea General de las NU de 29 de noviembre de 1985), para la Administración de Justicia de Menores; Reglas de las NU para la protección de los menores privados de libertad (Resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990, de la Asamblea General de las Naciones Unidas); y las Directrices de las NU para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad, Resolución 45/112, de 14 de diciembre de 1990)<sup>16</sup>.

En el ámbito europeo, cabe destacar la Recomendación 87 (20) del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 17 de septiembre de 1987 y diversas resoluciones del Parlamento europeo, entre las que merece destacarse la Resolución sobre una Carta Europea de Derechos del Niño (Resolución A3-0172/92, de 8 de julio de 1992; Diario Oficial de las Comunidades, N° C 241/67, de 21 de septiembre de 1992), en la que el Parlamento pide a la Comisión que presente un proyecto de Carta comunitaria basada en los principios que detalla.

Del análisis conjunto de dicha normativa, primordialmente a partir del texto vinculante de la CDN, se infieren unos principios generales que se destacan esquemáticamente:

1. Se considera menores, niños en la terminología de la CDN, a los menores de 18 años, a todos los cuales debe aplicárseles la legislación sobre justicia de menores.
2. La consideración primordial del interés superior del niño, por encima de otras consideraciones.
3. El tratamiento separado de los adultos en todo el proceso; en concreto se debe evitar la remisión de los menores a la jurisdicción de adultos, cuando existan jurisdicciones de menores, y evitar el internamiento en centros de adultos.
4. Se debe establecer una edad mínima de irresponsabilidad penal absoluta.
5. Se establece un sistema garantista, en principio, por tanto, la necesidad de adecuar los sistemas penales juveniles al modelo de justicia o responsabilidad, en ese aspecto. Garantías como la presunción de inocencia, la información de la acusación, la asistencia jurídica y el derecho a la defensa, la rapidez del procedimiento, la imparcialidad del órgano enjuiciador, el derecho al silencio, a no confesarse culpable, a la presentación de pruebas e interrogatorio de testigos y el respeto a la vida privada.

<sup>16</sup> Véase esta normativa y un análisis de la misma en "Las Naciones Unidas y la Justicia de Menores: Guía de las Normas Internacionales y las prácticas más idóneas", en *Revista Internacional de Política Criminal*, números 49-50, 1998-1999, Naciones Unidas, Nueva York, 2000. En este documento se relacionan también los textos que hacen referencia al menor como víctima y como testigo.

6. Se establece el derecho del niño a ser escuchado y a la libertad de expresión.
7. La intervención debe ser acorde al fomento del sentido de la dignidad y el valor y al fin de la reintegración del niño y el fomento en él de una función constructiva en la sociedad.
8. La intervención debe ser proporcionada a las circunstancias del menor y a la infracción.
9. Se prefiere los procedimientos extrajudiciales para el tratamiento de los niños infractores, sin perjuicio de los derechos humanos y garantías legales.
10. El derecho a no ser estigmatizado.
11. Se restringe al máximo, conforme al principio de *ultima ratio*, la restricción de la libertad de los niños. Consecuentemente, la detención debe ser excepcional y limitada al mínimo y en las medidas se fomenta la adopción de alternativas al internamiento. Se proscriben la pena de muerte y la cadena perpetua.
12. En cuanto a la privación de libertad, se establece la preferencia por centros pequeños y abiertos, establecimientos educativos de pequeñas dimensiones bien integrados en el medio social, económico y cultural ambiente, que favorezcan las relaciones con la familia, evitando el internamiento demasiado alejado y poco accesible, manteniendo el contacto entre el medio de internamiento y la familia, evitando los efectos negativos de la privación de libertad y en concordancia con el objetivo de su reintegración.
13. La diversificación de las medidas y la aplicación de medidas sustitutivas, con respeto de los derechos humanos del niño. Las intervenciones con respecto a los jóvenes delincuentes deben realizarse con preferencia en el ambiente natural de la vida de éstos.
14. La obligatoriedad de asignar recursos al cumplimiento de dichos fines.
15. Preferencia por la prevención temprana, pero minimizando cualquier forma de control social a los solos efectos de protección del niño.
16. Los niños deben ser considerados responsables sólo de los mismos hechos que los adultos.

Como se irá viendo a lo largo de esta exposición, una parte de la legislación española en vigor, y con especial intensidad la reciente reforma, se compagina difícilmente, cuando no colisiona frontalmente, con los principios vigentes en el Derecho internacional sobre la justicia de menores.

#### D. Principios generales para el establecimiento de un modelo de respuesta a las infracciones juveniles

En este apartado quisiera enunciar brevemente algunos presupuestos y principios que considero que no están suficientemente recogidos en la LORRPM, a partir de planteamientos político-criminales alternativos a los sostenidos actualmente por el legislador y sectores doctrinales<sup>17</sup>.

En primer lugar, contra la afirmación en ocasiones apuntada, en mi opinión, nunca se ha excluido a los jóvenes de la aplicación de algún sistema represivo<sup>18</sup>. Como ha dicho PLATT, la exclusión de los menores del Derecho penal únicamente ha servido para sancionar a éstos de forma más dura, más arbitraria y sin control alguno<sup>19</sup>. La legislación española de 1918 y 1948 es un claro ejemplo de ello. Tampoco se puede afirmar que la ley suponga un grave retroceso respecto a la LO 4/92, salvo en algunos aspectos que se mencionarán, sino en todo caso respecto de las expectativas de un tratamiento no-penal que se habían generado. La responsabilidad conforme a la LO 4/92 era de naturaleza penal, se la denominase así o no: se imponían sanciones privativas de libertad de hasta dos años por la realización de infracciones penales (aunque los menores de 16 años fuesen considerados inimputables por el CP).

Hay que partir de la, no por evidente menos importante, frase de ALBRECHT: "el Derecho penal de menores es Derecho penal, no es Derecho programado a la ayuda". La mera existencia de una respuesta específicamente dirigida a los menores que realizan conductas prohibidas por las normas penales denota la presencia de intereses sociales, de defensa social, de control social formal monopolizado por el Estado. A partir de esta premisa se pueden empezar a considerar las modulaciones en interés del menor, la posibilidad de intensificar el principio de intervención mínima, la educación o atención a las necesidades sociales del menor, etc. Pero siempre sabiendo que nos encontramos —porque así lo ha decidido el legislador— en el marco de un proceso en el que se le exige responsabilidad penal, se le va a declarar penalmente responsable a los ojos de la comunidad y de sí mismo, y que esa exigencia la va a dirigir el Estado. El tratamiento no-penal, por el que me inclinaría hasta los 16 o 17 años<sup>20</sup>, debe partir de una elaboración conceptual del conflicto que no pase por la definición del mismo como delito, y/o sustituya la respuesta sancionatoria y fundamentalmente judicial por una respuesta no sancionatoria, no centrada en el hecho sino en la globalidad de la persona menor de edad, y en la integración de la respuesta en el marco de la política social de atención a la infancia.

De forma esquemática, e inacabada, el modelo que considero más correcto se asentaría sobre los siguientes principios o ideas:

<sup>17</sup> Véase el Proyecto Alternativo de Ley penal juvenil elaborado por el Grupo de estudios de política criminal y Jueces para la democracia, con cuyas propuestas comparto mucho más que con la legislación aprobada.

<sup>18</sup> Sino únicamente de las garantías que comporta, como expresan FUNES ARTIAGA – GONZÁLEZ ZORRILLA, *Delincuencia juvenil*, p. 20.

<sup>19</sup> PLATT, *Los salvadores del niño*, p. 108.

<sup>20</sup> Con ello me refiero a la inimputabilidad absoluta para menores de dicha edad. Quizás, aunque a mi juicio pudiera ser aconsejable, la exclusión de toda respuesta penal aunque sea juvenil, hasta la mayoría de edad civil (como propone RÍOS MARTÍN, *El menor infractor ante la ley penal*, p. 139), sería difícilmente aceptable por el legislador en el momento actual. Sin embargo, con base en la edad de escolarización obligatoria y las repercusiones que ello parece tener en las conductas infractoras de los jóvenes de hasta 16 años inclusive, entiendo que podría ser asumible una exención absoluta de cualquier control formal hasta esa edad.

- Absoluta inexistencia de responsabilidad desde el Estado (sin olvidar la reparación del daño a la víctima) hasta los 16 o 17 años. Ni formalmente a través de un procedimiento penal, ni informalmente a través de servicios asistenciales. Tratamiento en el ámbito informal familiar, con apoyo asistencial en su caso.
- Exigencia de responsabilidad jurídica juvenil a cargo del Estado a partir de esa edad hasta los 21 a 23 años. Sólo en casos muy graves a través de un reproche público substanciado en un proceso formal. Sólo excepcionalmente mediante la sanción privativa de libertad. Con medidas adecuadas a las necesidades de integración social normalizada (en condiciones de no delinquir).
- Principio de intervención auténticamente mínima: despenalización de las faltas, de casi todos los delitos imprudentes, de los hurtos y algunos robos con fuerza... cuya resolución reparadora se relegaría al ámbito del Derecho privado en el que primase el interés de la víctima.
- Posición reduccionista del Derecho penal: sólo para hechos de extraordinaria gravedad, durante el tiempo mínimo imprescindible para la defensa de bienes jurídicos en auténtico riesgo. Principio *pro libertate* en todos los ámbitos, desde la legislación hasta la ejecución, reduciéndose el control coactivo al mínimo imprescindible.
- Prevención limitada por el interés del menor o joven. Carácter prevalente del interés de la persona menor o joven en el conflicto con el interés de la defensa social. Interés del menor o joven, cuyo contenido sería la atención a lo específico de las personas jóvenes: su edad, la evolución de su personalidad y su menor grado de integración social independiente.
- Las garantías son ineludibles (incluso en un procedimiento no judicial, art. 40 CDN) cuando se va a exigir responsabilidad pública al joven en nombre del Estado, y eventualmente a imponerle una sanción en contra de su voluntad.
- Reconocimiento de que los jóvenes son capaces de actuar con responsabilidad. Que tienen posibilidad de conocer cuándo obran correctamente. Que tienen derecho a que se les trate como personas responsables. Que deben conocer las consecuencias negativas para otros de sus actos. Que deben sentirse responsables de las consecuencias de sus actos. Que deben hacer frente a las mismas y reparar el daño causado, en lo posible. Que dichas capacidades evolucionan, de forma normal, con el aprendizaje social (familia, escuela, barrio, amigos/as, etc.). Por tanto renunciar a la intervención penal no es renunciar a la responsabilidad, es relegar su exigencia al ámbito informal<sup>21</sup>.
- El principio de oportunidad debe regir en el ámbito de jóvenes, pero sometido a reglas, y en todo caso nunca de forma que le coloque ante una respuesta más represiva que la de adultos.

<sup>21</sup> Como dicen FUNES ARTIAGA y GONZÁLEZ ZORRILLA (*Delincuencia juvenil*, p. 26) responsabilizar no es culpabilizar.

- Diversificación de las respuestas sancionatorias, de forma que se produzca una reducción del control penal "duro", no una aplicación de medidas alternativas a hechos que antes no daban lugar a una intervención penal.
- Integración de la política criminal en la política social, tanto en cuanto prevención de futuros delitos como en prevención de la reincidencia, como sobre todo en la atención a los efectos del delito en las víctimas. Política social sustentada sobre criterios de solidaridad social y Estado corrector de desigualdades.
- Sistema de justicia resolutoria y restaurativa, no exclusivamente punitiva.

### III. Los sujetos a los que se puede exigir responsabilidad penal no criminal

La CDN denomina niño a las personas que no han cumplido los 18 años de edad. La LORRPM ha preferido llamar *menores* a los menores de 18 años y *jóvenes* a los mayores de 18 y menores de 21 (art. 1.4º LORRPM). En el Derecho comparado lo habitual es la nomenclatura de jóvenes para los primeros y adultos jóvenes para los segundos<sup>22</sup>. Desde un punto de vista psicosocial los sujetos objeto de la competencia de la LORRPM son los adolescentes. Etapa cuyo comienzo se sitúa mayoritariamente, para el entorno sociocultural occidental, en los 12 a 14 años, y su fin más allá de los 18 o 20 años, según los autores<sup>23</sup>.

El legislador español, desde hace tiempo, ha optado por el criterio cronológico puro, lo cual es más acorde con el principio de seguridad jurídica y con la moderna fundamentación del Derecho penal juvenil (véanse los apartados siguientes). Se corrigen los posibles inconvenientes de la rigidez de este sistema mediante varias graduaciones desde los 14, 16, 18 y 21 años, como se detallará a continuación.

El momento para la determinación de la inimputabilidad, o el régimen de imputación, es la edad de comisión de los hechos (art. 5.3º LORRPM), sin perjuicio de la toma en consideración de la edad en la que se ejecuta la medida para la mejor consecución de las finalidades educativas de la misma. El cómputo de la edad se realiza teniendo en cuenta la hora del nacimiento.

#### A. Niños menores de 14 años (art. 3 LORRPM)

En virtud del art. 1.1º y 3 LORRPM a las personas que no hayan alcanzado la edad de 14 años no se les exigirá responsabilidad penal alguna. Hay que poner énfasis en esto: se trata de una irresponsabilidad penal absoluta. El Estado no puede declarar al menor de 14 años responsable de la realización de un hecho definido como delito o falta de ninguna manera, y consecuentemente no puede tomar en consideración el hecho para imponerle medida alguna.

<sup>22</sup> Véase SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, "La nueva ley reguladora de la responsabilidad penal del menor", p. 704, nota 22.

<sup>23</sup> CARRETERO, *Adolescencia y la juventud*, p. 91; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, "La nueva ley reguladora de la responsabilidad penal del menor", p. 710, nota 44.

La LORRPM establece que se aplicará, aparentemente de forma automática, lo dispuesto en las normas sobre protección de menores. Pero obviamente, éstas sólo resultarán de aplicación si se produce alguno de los presupuestos de la intervención conforme a la LO 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, esto es, situación de riesgo o desamparo.

Conforme a lo sostenido por la psicología evolutiva<sup>24</sup> un niño no alcanza hasta los 11 o 12 años la capacidad de establecer juicios morales autónomos. A partir de la pubertad, en la fase de la adolescencia, la persona joven va desarrollándose en los terrenos cognitivo, afectivo, emocional y social. A partir de la consideración, en última instancia, del carácter evolutivo de la personalidad de la persona adolescente y joven, el legislador toma la opción política de excluir de cualquier Derecho penal a los menores de 14 años, teniendo en cuenta, no sólo las aportaciones de la psicología, sino sobre todo la valoración de la respuesta que debe darse a las conductas de dichas personas con base en el contenido y el sentido que se otorgue a las finalidades atribuidas a la intervención penal.

Sin embargo, el argumento del legislador (Punto 4º de la Exposición de Motivos), para fundamentar la exclusión de los menores de 14 años de cualquier tipo de responsabilidad penal, se basa más en el criterio preventivo general de la gravedad del hecho y la alarma social que puede generar. El mismo criterio de gravedad del hecho se emplea en otros preceptos, como se ha esquematizado anteriormente, por lo que queda claro que no es la capacidad, la madurez del menor, el único criterio fundamentador de la inexigencia de responsabilidad penal que se toma en consideración.

La noticia de la realización de un hecho delictivo por un niño menor de 14 años puede ser una buena ocasión para detectar una situación de necesidad del mismo, pero no debe en ningún caso dar lugar a una intervención estigmatizante desde instancias informales de protección social. Éste es un ámbito tradicionalmente de difícil control público, en el que no se sabe muy bien qué se hace con un menor de esta edad que ha realizado un hecho delictivo. Por eso se debe ser extraordinariamente riguroso. En mi opinión, la comunicación del Fiscal (art. 3 LORRPM) debería obviar cualquier referencia al hecho delictivo, sobre el cual no debiera quedar rastro alguno. La información del Fiscal a la entidad de protección debe limitarse a "los particulares que considere precisos respecto al menor, a fin de valorar su situación".

La responsabilidad del menor de 14 años no debe sobrepasar el ámbito familiar o educativo. Es cierto, como señalan DE LEO y GONZÁLEZ ZORRILLA, que la educación, el aprendizaje de normas sociales, se realiza con la presunción de responsabilidad, en cada edad en su medida<sup>25</sup>, pero esto no significa que esa responsabilidad

<sup>24</sup> KOHLBERG, *Psicología del desarrollo moral*, pp. 185-194.

<sup>25</sup> DE LEO, *La justicia de menores*, pp. 19-20 y GONZÁLEZ ZORRILLA, *La justicia de menores en España*, pp. 138-139. Véase al respecto SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, "La nueva ley reguladora de la responsabilidad penal del menor", p. 717, y notas 70 y 71.

deba ser fomentada por personas distintas de las habituales. Por tanto, para esta edad se debe huir de la definición de un hecho como delito.

En definitiva, con la LORRPM la edad mínima para la exigencia de responsabilidad penal ha subido de los 12 a los 14 años. Desde luego, *de facto*<sup>26</sup>, pero incluso jurídicamente según la lectura que se haga de la STC 36/1991, de 14 de febrero.

#### B. Menores (desde 14 hasta 18 años)

Este es el tramo de aplicabilidad normal de las disposiciones de la LORRPM. Pero dentro de este tramo también se realizan una serie de distinciones, dispersas por la regulación, que conviene ahora agrupar. Esta subgraduación, igual que la posibilidad de enjuiciar como menor a un mayor de edad, se corresponde con la necesidad de matizar las rigideces del sistema biológico puro, evitando la transición brusca desde la ausencia de responsabilidad penal hasta la responsabilidad penal criminal de adultos mediante una relativamente aleatoria fijación de una edad, de un día, una hora, un minuto de inflexión.

##### 1. Menores desde los 14 hasta los 16 años:

En este tramo de edad, las medidas, conforme al régimen general, tendrán una duración máxima de hasta 2 años (art. 9.3º), 100 horas para los Servicios en Beneficio de la Comunidad<sup>27</sup> y 8 fines de semana de arresto. La Disposición adicional cuarta de la LORRPM —introducida por la LO 7/2000, en relación con los delitos de terrorismo— incrementa la duración máxima de la medida de internamiento en régimen cerrado hasta los 4 años, o hasta los 5 en caso de concurso de delitos, para los delitos de “muy extrema gravedad”, complementable con una medida de libertad vigilada de hasta 3 años de duración.

Nótese que la duración de las medidas, con carácter general, es la misma que con la LO 4/1992, que era aplicable sólo hasta los 16 años. Salvo por lo dispuesto en la Disposición adicional cuarta, no se produce por tanto un incremento punitivo, por lo que para este tramo de edad la nueva ley no va a suponer cambios significativos, dado que los presupuestos de la intervención son los mismos, el procedimiento bastante similar y las medidas también.

##### 2. Menores desde los 16 hasta los 18 años:

En este tramo se establecen diversas excepciones al régimen general de limitación temporal de las medidas:

<sup>26</sup> SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, “La nueva ley reguladora de la responsabilidad penal del menor”, p. 705. LANDROVE (Marco operativo de la Ley, p. 2) entiende que se ha rebajado la edad penal de los 16 a los 14 años, desde una perspectiva, a mi juicio, en exceso formalista.

<sup>27</sup> Duración excesiva a la vista de la práctica en la Comunidad Autónoma del País Vasco. La medida de SBC máxima impuesta por los Juzgados de la CAPV en 1999 fue de 40 horas, aunque se ha ejecutado en la CAPV una medida de SBC de 72 horas impuesta por un juzgado de fuera de la CAPV. La duración mínima fue de 6 horas, la media de 14, y la duración más impuesta de 12 horas.

- Cuando concorra “violencia o intimidación o grave riesgo para la vida o la integridad física” de las personas, las medidas podrán alcanzar un máximo de hasta 5 años (art. 9.4º LORRPM).
- Para los supuestos de extrema gravedad, un mínimo (“habrá de imponer” dice la ley) de 1 año y un máximo de 5 años de internamiento en régimen cerrado, completado sucesivamente con hasta 5 años de libertad vigilada (art. 9.5º LORRPM).
- Para los supuestos contemplados en la nueva Disposición Adicional cuarta, los límites de duración de la medida de internamiento en régimen cerrado alcanzan los 8 años para los mayores de 16 años (10 en caso de concurso de delitos).
- Por otra parte, cuando el acusado sea mayor de 16 años, cabrá una participación de la víctima en el proceso similar a la acusación particular, en hechos “con violencia o intimidación, o grave riesgo para la vida o la integridad física de las personas”.

#### C. Jóvenes (desde 18 hasta 21 años)

El art. 69 CP crea un periodo de transición entre la mayoría de edad penal y la definitiva integración en el Derecho penal de adultos. En este periodo, al ya mayor de edad penal aún se le puede aplicar el Derecho penal juvenil en función de los criterios y el procedimiento establecidos legalmente en el art. 4 LORRPM.

Hay que valorar positivamente este periodo intermedio, como mecanismo de corrección de la rigidez del sistema biológico puro. Además, en esta edad, de los 18 a los 21 años, e incluso más allá, el joven aún se está desarrollando psicológica y socialmente. Según la psicología evolutiva, en nuestras sociedades occidentales, se encontraría aún en la adolescencia<sup>28</sup>.

Por el contrario, GÓMEZ RECIO se muestra muy crítico con este precepto, e incluso duda de la constitucionalidad de esta disposición legal. A su juicio, el contenido del art. 4 LORRPM no se fundamenta en “razones estrictamente jurídicas”, “razones de dogmática jurídica”, sino que “los motivos son esencialmente de política criminal y de oportunidad”. Según su criterio, el artículo “podría ser contrario a los principios de igualdad, del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, de seguridad jurídica y de legalidad”<sup>29</sup>. No obstante, en primer lugar, no puede desconocerse que lo político criminal es también jurídico, dado que desde hace ya tiempo en la Ciencia del Derecho penal se defiende la estrecha conexión e interdependencia entre los fines y principios del Derecho penal y las soluciones dogmáticas. La política criminal no sólo es el componente básico de la

<sup>28</sup> SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, “La nueva ley reguladora de la responsabilidad penal del menor”, p. 710.

<sup>29</sup> GÓMEZ RECIO, La aplicación de la nueva ley de Responsabilidad penal de los menores a los jóvenes mayores de 18 años, pp. 3-4.

labor legislativa (en este sentido todas las disposiciones de la LORRPM responden a planteamientos político-criminales), sino la referencia básica de la interpretación teleológica y valorativa de las normas penales<sup>30</sup>. En cuanto a los principios constitucionales supuestamente vulnerados, no creo que pueda predicarse la inconstitucionalidad de la norma, sino en todo caso de las aplicaciones que de ella se hagan, por lo que es exigible que la interpretación de la misma se atenga a los principios constitucionales citados.

El art. 4.2º LORRPM establece dos barreras objetivas a la aplicabilidad de la LORRPM a sujetos en este tramo de edad:

- Que se trate de una "falta, o un delito menos grave sin violencia o intimidación en las personas ni grave peligro para la vida o la integridad física de las mismas". Interpreto que las faltas en todo caso y que la restricción opera sólo sobre los delitos menos graves<sup>31</sup>.
- "Que no haya sido condenado en sentencia firme por hechos delictivos cometidos una vez cumplidos los dieciocho años", sin tomar en consideración los delitos imprudentes, ni los antecedentes cancelados o cancelables.

Una vez más, la reincidencia despliega efectos negativos para el imputado, en este caso impidiendo que se sustraiga al joven adulto del enjuiciamiento propio de los adultos. Aparentemente, el legislador considera que una vez que el joven ha entrado en el sistema penal de adultos las respuestas del Derecho penal juvenil ya no son idóneas. Teniendo en cuenta el tiempo que habrá transcurrido desde la comisión de los hechos hasta la sentencia firme, el tiempo de cumplimiento de la pena y los plazos de cancelación de antecedentes del art. 136.2.2º CP, parece difícil que a un sujeto condenado por un delito doloso conforme al CP se le pueda aplicar en el futuro la LORRPM. Sin embargo, si tenemos en cuenta que entre los hechos delictivos mediará normalmente poco tiempo y que la jurisdicción penal es normalmente bastante más lenta que la jurisdicción de menores, se puede producir paralelamente un doble enjuiciamiento en ambas jurisdicciones. Por un lado, esto exige una coordinación entre los juzgados de instrucción, que debiera conducir a la remisión de todas las diligencias a los juzgados de menores. Si no fuera así, habría que atenerse a las reglas del art. 47.2.5º LORRPM cuando finalizasen ambos procedimientos.

Dentro del círculo de sujetos seleccionados por los criterios anteriores, el art. 4.2.3º LORRPM fija un criterio subjetivo:

- "Que la madurez del menor lo aconseje".

<sup>30</sup> Véase la doctrina mayoritaria en LUZÓN PEÑA, Curso de Derecho penal, p. 101.

<sup>31</sup> DOLZ LAGO, La nueva responsabilidad penal del menor, p. 47.

Evidentemente, como confusamente recoge el precepto, el Juez deberá guiarse principalmente por el Informe del Equipo Técnico. No especifica la ley en qué sentido debe apreciarse la mayor o menor madurez, o en qué consiste ésta. Aparentemente se trata de la reintroducción en nuestro ordenamiento jurídico del antiguo criterio del discernimiento. Este criterio suscita grandes reparos por su ambigüedad<sup>32</sup>. Señala SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ que en la práctica de los países en que se establece este criterio como decisorio de la "inimputación" o imputación conforme a la legislación juvenil, el criterio se ha objetivado, de forma que se presume. Se puede suponer que los juzgados de instrucción tenderán a objetivar este requisito, pero en sentido inverso. Esto es, dado el extraordinario efecto limitativo de los criterios objetivos y el escaso contenido educativo de las respuestas penales de adultos, los juzgados de instrucción, presumiblemente, tenderán a aplicar siempre la LORRPM cuando objetivamente sea posible, para garantizar el respeto a los principios de igualdad y de seguridad jurídica.

Por último, debe recordarse que los arts. 69 CP y 4 LORRPM seguirán sin entrar en vigor hasta dos años después de la vigencia de la LORRPM, en virtud de la suspensión establecida en la Disposición Transitoria única de la Ley Orgánica 9/2000, de 22 de diciembre, sobre medidas urgentes para la agilización de la Administración de Justicia. A mi juicio, puede calificarse como de falta de previsión y de diligencia<sup>33</sup> la nueva demora en la aplicación completa de una Ley Orgánica aprobada en 1995, tras una *vacatio legis* de la LORRPM de un año —el doble que en el caso de la LO 10/1995, del Código penal—.

#### D. Límite de la ejecución: cumplimiento en centro penitenciario a partir de los 23 años (art. 15 LORRPM)

Esta previsión legal tiene como consecuencia, *de hecho*, una auténtica pena de prisión encubierta, sobre todo en los delitos regulados por la Disposición adicional cuarta.

A mi juicio, dicha disposición supone el reconocimiento de que las medidas de internamiento tienen una duración excesiva y que no se adecuan a las posibilidades de tratamiento en los centros existentes. En la actualidad, los centros destinados al cumplimiento de medidas juveniles pueden estar preparados para la educación de menores de 14 a 18 años, pero no para mayores de esa edad. Tanto por espacio,

<sup>32</sup> Véanse SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, "La nueva ley reguladora de la responsabilidad penal del menor", pp. 726-727 y GÓMEZ RECIO, La aplicación de la nueva ley de Responsabilidad penal de los menores a los jóvenes mayores de 18 años, p. 3.

<sup>33</sup> Buena prueba de ello son las alarmantes discrepancias entre las CC.AA. y el Ministerio de Justicia sobre la capacidad de aquellas para asumir la entrada en vigor de la LORRPM. Hasta el punto de dar lugar a reiteradas peticiones de aplazamiento, de las propias CC.AA., del Defensor del Pueblo y de asociaciones de jueces (véase El diario El País de 3 de enero de 2001), ante la insuficiencia de medios personales y materiales para asumir la ejecución de las medidas de internamiento.

como por la capacitación del personal, como por los programas de atención a las necesidades de un menor de edad, por las relaciones con el sistema educativo, por la práctica inexistencia de programas de inserción laboral, etc.

Sin embargo, la respuesta correcta, desde cualquier punto de vista, no debiera ser el traslado a un centro de cumplimiento de adultos, sino la creación de centros específicos, adecuados a las necesidades de las personas sometidas a medidas juveniles en función de su edad y circunstancias familiares, sociales, educativas, formativas, laborales, etc. Si se excluye del Derecho penal de adultos a las personas que cometen actos delictivos cuando tienen menos de 18 años, y en algunos casos menos de 21 años —por la necesidad de adecuar la respuesta penal al interés del menor y a la finalidad reeducadora y reintegradora de la medida juvenil—, resulta completamente contradictorio interrumpir el programa que se haya acordado e integrar al joven en un centro penitenciario. Se frustraría así probablemente la posibilidad de continuar el programa de reinserción (al que tiene derecho, art. 56.2.g) y de evitar los evidentes efectos desocializadores de la prisión. Esta disposición legal resulta totalmente inapropiada, como uno de los puntos más criticables de la LORRPM, desde el punto de vista de la normativa internacional, en relación con los principios inspiradores de la LORRPM y desde el punto de vista educativo.

El art. 37 c de la CDN establece la separación entre niños y adultos, esto es, la imposibilidad de ser internados en los mismos centros. Aunque a partir de los 23 no se le pueda considerar niño según la CDN, la medida se le impuso en aplicación de la LORRPM por hechos realizados cuando era menor.

Este precepto resulta excepcional y contradictorio con todos los demás del articulado de la ley. El art. 5.3º LORRPM expresa muy claramente que las edades indicadas en el articulado de la ley se han de entender referidas al momento de comisión de los hechos, "sin que el haberse rebasado las mismas antes del comienzo del procedimiento o durante la tramitación del mismo tenga incidencia alguna sobre la competencia atribuida por esta misma Ley a los Jueces y Fiscales de Menores". El art. 54 LORRPM prevé que "las medidas privativas de libertad, la detención y las medidas cautelares de internamiento que se impongan de conformidad con esta Ley se ejecutarán en centros específicos para menores infractores, diferentes de los previstos en la legislación penitenciaria para la ejecución de las condenas penales y medidas cautelares privativas de libertad impuestas a los mayores de edad penal". Además, en los artículos 43 a 60 LORRPM no se vuelve a hacer mención del mismo para recoger las especialidades que pudiera suponer en materia de ejecución. Tampoco se modifica la LOGP para dar cabida al cumplimiento de medidas juveniles.

El art. 15 LORRPM no se puede interpretar como la transformación automática de una medida juvenil en una pena de prisión. En caso contrario, con la disposición del art. 15 LORRPM se estaría transformando una sanción en otra de distinta naturaleza, se estaría imponiendo una nueva consecuencia jurídica (ahora una pena) sin un nuevo proceso, respecto del cual en todo caso existiría un obstáculo de cosa

juzgada. Además, el Juez de menores no tiene competencia para imponer penas de prisión. La LORRPM utiliza eufemismos para denominar a lo que son auténticamente penas juveniles<sup>14</sup>, pero esta denominación de "medidas" surte efectos jurídicos. Por tanto, la única solución plausible es que la medida juvenil no se transforma, sino que se cumple en un centro penitenciario en régimen ordinario, pero sometida en todo lo demás a las disposiciones de la LORRPM<sup>15</sup>.

La única interpretación posible, a mi juicio, de este art. 15 LORRPM, es que la medida juvenil de internamiento se va a cumplir —en su primera fase de internamiento en centro— en un centro penitenciario. La medida de internamiento seguirá constando de los dos periodos —internamiento en centro y libertad vigilada—, determinados en la sentencia, tal como establece el art. 7.2º LORRPM.

La previsión legislativa es sin lugar a dudas muy deficiente. No se contempla ni en el art. 54 LORRPM (relativo a los centros de internamiento), ni en ninguna de las disposiciones de los artículos 43 a 60 LORRPM (relativas a la ejecución de las medidas) ninguna previsión respecto a las personas que cumplan una medida juvenil en un centro penitenciario.

La remisión al cumplimiento en régimen ordinario va a plantear importantes problemas prácticos en la ejecución de la medida. En primer lugar, no se especifica si debe cumplirse en un establecimiento de jóvenes o de cumplimiento normal<sup>16</sup>. Habrá que entender que se cumplirá en un establecimiento de jóvenes, con el fin de respetar, en la medida de lo posible, el principio de separación de los adultos.

En segundo lugar, puede suponer la transformación de una medida de internamiento en régimen abierto o semiabierto en un internamiento en régimen ordinario (cerrado) en un centro penitenciario de adultos. Habrá que confiar en que en tales casos el Juez haga uso apropiado de sus facultades de reducción o sustitución de la medida.

Por otra parte, entiendo que el Juez de Menores seguirá siendo el competente para el control de la ejecución. Se atribuye de esta manera una competencia personal al Juez de menores para la ejecución, con lo que presumiblemente se elimina la competencia territorial del Juzgado de Vigilancia penitenciaria. La remisión al régimen ordinario no es por tanto una remisión completa, sino sólo a ciertos aspectos del mismo, siempre bajo el control del Juzgado de Menores. Por disposición expresa del art. 15 LORRPM, éste conserva las facultades de modificación de la medida del art. 14 LORRPM, y habrá que entender que también las facultades de control de la

<sup>14</sup> LANDROVE, Marco operativo de la ley, p. 3. Calificando dicha denominación como "un síntoma de manifiesta incapacidad para llamar a las cosas por su nombre".

<sup>15</sup> Lo cual se contradice con el art. 9 LOGP, que dispone que "los establecimientos de cumplimiento son centros destinados a la ejecución de las penas privativas de libertad", con lo que aparentemente no se podrían ejecutar en ellos medidas juveniles.

<sup>16</sup> En el art. 9.2º LOGP se define como jóvenes a aquellos que no hayan cumplido los 21 años de edad —los cuales deben cumplir en establecimiento distinto—, y permite excepcionalmente la permanencia de jóvenes de hasta 25 años en los establecimientos de jóvenes.

ejecución expresadas en el art. 44 LORRPM. Por lo tanto, se sustituirían las normas de la LOGP y del RP por las de la LORRPM, fundamentalmente en lo atinente a las progresiones de grado, las competencias del Juzgado de Vigilancia, supervisión del tratamiento, etc. Por otro lado, habrá que ver cuál es el régimen disciplinario que se va a aplicar, el previsto en el Reglamento Penitenciario o el previsto en la LORRPM.

Aunque, aparentemente, se sustrae al menor del ámbito competencial de la Comunidad Autónoma —dado que éstas no tienen asumidas las competencias en materia de gestión de centros penitenciarios, salvo en el caso de Cataluña—, en virtud del art. 45.3º LORRPM el cumplimiento de la medida juvenil en centro penitenciario parece que debería realizarse a través de convenios o acuerdos de colaboración con el Ministerio de Interior “sin que ello suponga en ningún caso la cesión de la titularidad y responsabilidad derivada de dicha ejecución”.

Si a todas estas dudas, que en la práctica serán importantísimas, añadimos la competencia especial del Juzgado Central de Menores para los delitos de terrorismo, la duración de las medidas por estos delitos y su ejecución en un centro específico dependiente de la Audiencia Nacional, podemos atisbar los problemas de la ejecución que se plantearán en estas medidas.

Todas estas incoherencias e imprevisiones son, de nuevo, producto de la irreflexiva e incompleta reforma del texto del Anteproyecto remitido al Congreso. En concreto, este segundo párrafo del art. 15 LORRPM se introdujo tras el informe de la ponencia (BOCG, 15 de octubre de 1999, Núm. 144-12) sobre la base de las enmiendas del Grupo parlamentario catalán y del Grupo parlamentario socialista<sup>37</sup>, con la mera finalidad de “evitar que personas mayores de veintitrés años permanezcan internadas en centros de menores”, “por las disfunciones que ocasionaría en los centros” (Enmienda nº 177 del Grupo catalán).

#### E. Fundamento material del tratamiento diferenciado.

Conforme a la regulación prevista en el Código penal, aparentemente surge una nueva concepción de la responsabilidad de los menores de edad. Según SILVA SÁNCHEZ “el menor de dieciocho años no es un imputable, sino que es un sujeto responsable (en realidad se podría decir del mismo modo: imputable, culpable) al que, sin embargo, por razones político-criminales obvias, y atendidas también sus peculiares circunstancias, se le sustrae del ámbito de las consecuencias jurídicas comunes del Código penal”<sup>38</sup>. En este sentido parece que debe interpretarse la inclusión, a través de los arts. 5 y 29 L.O. 5/2000, de las causas de inimputabilidad en el ámbito de las personas menores de dieciocho y mayores de catorce años, que tendría como

<sup>37</sup> En su enmienda, nº 153, proponía la modificación completa y con profundidad de las disposiciones relativas a la ejecución de las medidas, a través de la transcripción de su proposición de ley, basada en los proyectos de ley elaborados durante los gobiernos socialistas.

<sup>38</sup> SILVA SÁNCHEZ, El régimen de la minoría de edad penal, p. 159.

consecuencia la posible adopción de las “medidas terapéuticas a las que se refiere el artículo 7.1, letras d y e, de la presente Ley”<sup>39</sup>.

Como afirma MIR PUIG, el cambio en la fundamentación de la eximente de minoría de edad se produce con la supresión del criterio del discernimiento, criterio coherente con una concepción retributiva, y que tiene como consecuencia lógica la necesidad de constatar en el caso concreto la inimputabilidad del menor. Con el criterio biológico-cronológico se introduce una presunción legal de inimputabilidad hasta cierta edad, fundamentada en “la moderna convicción político-criminal de que el menor no debe ser castigado como los mayores ni ir a la cárcel como ellos, sino que ha de ser objeto de medidas educativas no penales sino preventivas”. Según MIR PUIG el fundamento de la exención de responsabilidad criminal es doble: la suposición de que antes de cierta edad no concurre la imputabilidad (aspecto decisivo respecto a los niños de corta edad) y la idea político-criminal  $\bar{x}$  “respecto a los menores de mayor edad que bien pudieran resultar efectivamente imputables en los términos clásicos”<sup>40</sup> de que hasta cierta edad es más adecuado para los menores un

<sup>39</sup> A la persona menor de edad le son aplicables las causas generales de exclusión de la culpabilidad del art. 20 CP. Por tanto, también las causas de inimputabilidad de los tres primeros números: anomalía o alteración psíquica grave, trastorno mental transitorio, estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos o estado de síndrome de abstinencia, y alteración grave de la conciencia de la realidad por sufrir alteraciones en la percepción desde la infancia. Todas estas causas se basan en última instancia en la incapacidad de comprender la ilicitud del hecho o de actuar conforme a esa comprensión. La inimputabilidad debe definirse en función de la normalidad motivacional del sujeto, la cual es un concepto histórico-cultural, no naturalístico (MIR PUIG, Derecho penal, L. 20/38-52). De ahí que la amplitud otorgada a la inimputabilidad sea cada vez mayor, fundamentalmente en la medida en que evolucionan las percepciones sociales, los criterios sobre la igualdad y la capacidad del sistema de arbitrar respuestas diferentes a la pena. El fundamento último de la inexigencia de responsabilidad penal, a algunos individuos en función de características cognitivas del sujeto, o la imputación en términos distintos, es el tratamiento justamente desigual a aquellos que presentan una distinta situación motivacional.

A los sujetos en quienes se aprecien las circunstancias citadas en el art. 5.2 LORRPM solamente se les podrán aplicar las medidas del art. 7.1 (d) y e), según el art. 9.7º LORRPM. En mi opinión, esta disposición conduce a asimilar estas medidas juveniles a las medidas de seguridad, y en parte el resto de las medidas juveniles a las penas. En el caso de las medidas terapéuticas asimilables a las medidas de seguridad, será de aplicación supletoria el art. 6 CP, en cuanto al fundamento de las mismas, la peligrosidad, el requisito de la prueba de la realización de un hecho antijurídico, y los límites de proporcionalidad respecto al hecho y a la peligrosidad del autor. Cuando estas circunstancias no se aprecien como eximentes completas, el Juez deberá usar de sus facultades discrecionales conferidas por el art. 7.3º LORRPM en la elección de la medida, para adecuarla a la inimputabilidad del menor y a su peligrosidad. Igualmente, en el uso de la misma deberá ponderar otras circunstancias del menor, en especial su edad, sus circunstancias familiares y sociales y su personalidad (madurez, motivabilidad...), dado que no serían aplicables las normas del CP sobre esta materia. Por tanto, debe atender también, no sólo a las situaciones de inimputabilidad disminuida recogidas en el CP, sino que podrá analizar la inimputabilidad del menor —con base en los fines preventivos y el interés del menor— atendiendo a circunstancias sociales de manera abierta. Esta es una facultad muy importante desde la perspectiva de la igualdad material, puesto que como ya se ha reiterado, los menores habitualmente objeto de control son personas con importantes déficits de integración social que evidentemente disminuyen su motivabilidad por debajo de la normalidad. El juicio de inimputabilidad cobra por tanto unos perfiles diferenciados en el Derecho penal juvenil, que imponen la atención específica al carácter evolutivo de la personalidad del menor en la consideración de los diversos aspectos del mismo.

<sup>40</sup> MIR PUIG, Derecho penal, L. 23/39-41.

tratamiento educativo específico. En expresión de SILVA SÁNCHEZ, se produce una transición del "modelo del discernimiento" al "modelo de necesidad de pena".

Estos planteamientos enmarcan la respuesta a la cuestión de por qué hasta cierta edad no ha de haber respuesta penal por la realización de hechos definidos como delictivos o por qué la exigencia de responsabilidad debe sustanciarse conforme a unos principios particulares.

La inexigencia de responsabilidad de la misma manera que a los adultos responde al doble fundamento aludido, lo cual tiene como consecuencia la irresponsabilidad absoluta respecto a cualquier exigencia coactiva para los menores de hasta cierta edad, habitualmente entre los 12 y 14 años, y la posible exigencia de responsabilidad específica, es decir de contenido educativo y orientada principalmente a la prevención especial, para los mayores de esa edad hasta la edad de responsabilidad conforme al CP aplicable a los adultos.

La estrecha unión existente entre las bases ideológicas del positivismo naturalista y los movimientos sociales que dieron lugar a los sistemas tutelares de menores a finales del siglo XIX y principios del XX, produjo la negación de la responsabilidad de los menores, sobre la base de la negación de su libertad y su autonomía. Se hurta al menor su responsabilidad, y con ello se le niega su autonomía como persona, su libertad y su dignidad, convirtiéndole en mero objeto de tutela estatal<sup>41</sup>. Ello determina un modelo de reacción formal al delito incompatible con los fundamentos de un Estado social y democrático de Derecho.

El aspecto que interesa destacar en este momento es que la renuncia a exigir responsabilidad a un sujeto en relación con un hecho antijurídico, es sobre todo un problema político, una decisión político-criminal. La imputabilidad como categoría del delito, en la medida en que se coloca en el centro del análisis al sujeto al que se le imputa la realización de un hecho antijurídico, elude la atención sobre la valoración jurídica realizada por el sistema penal en función de otros factores. Conforme a la estrategia política del control social común al positivismo, se desvía la mirada del sujeto que imputa al imputado, del que margina al marginado, del que define el delito y asigna la definición de delincuente, al definido como tal.

Este desplazamiento del centro de atención oculta los valores subyacentes al juicio de imputación e imposibilita el análisis crítico del mismo. El juicio sobre a qué sujetos  $\bar{x}$  y/o en que circunstancias  $\bar{x}$  no se exige responsabilidad penal por la realización de un hecho antijurídico, descansa sólo parcialmente sobre una valoración general apriorística sobre la capacidad de entendimiento y voluntad del individuo.

La inimputabilidad de los niños y jóvenes hasta cierta edad constituye una opción político-criminal  $\bar{x}$  basada en las necesidades preventivas, los principios generales del Derecho penal y la superioridad del interés del menor  $\bar{x}$  por la ausencia de sometimiento de los mismos a derecho sancionatorio alguno o por el sometimiento a

<sup>41</sup> Véase PLATT, *Los salvadores del niño* y De LEO, *La justicia de menores*.

uno específico; opción que sólo en última instancia se fundamenta en consideraciones generales de psicología evolutiva sobre la inmotivabilidad o inmotivabilidad normal hasta cierta edad, pero que comprende sobre todo una valoración del principio de igualdad que atiende a la consideración de la desigualdad real de los niños y jóvenes.

Siguiendo a BUSTOS RAMÍREZ, cabe afirmar que la especificidad de los menores se ha de tomar en consideración en "un segundo nivel en el juicio de inimputabilidad". El primer nivel se basa en la idea de igualdad de todos ante la ley y su consistencia formal ante los poderes públicos. De la consideración de este segundo nivel, el que deriva de su especial situación dentro del sistema social, desde una perspectiva político criminal y no sobre la base de distinciones provenientes de las ciencias naturales, resultan una serie de garantías de otro orden<sup>42</sup>.

Con el CP 1973 —aunque parezca que no existe responsabilidad penal como insiste gran parte de la doctrina a pesar de la STC 36/1991— y sin duda con el CP 1995, se puede hablar en el ámbito de menores de responsabilidad penal general (no criminal), "definida en su contenido por el hecho de una intervención coactiva por parte del Estado sobre los derechos básicos del sujeto y que obliga por tanto a la consideración de todas las garantías desarrolladas para evitar el abuso y la arbitrariedad del Estado frente a los derechos fundamentales del individuo". La declaración de inimputabilidad de los menores de cierta edad implica establecer mayores garantías al sujeto, no disminuirlas.

En el segundo nivel, el juicio de inimputabilidad no significa irresponsabilidad, sino "responsabilidad en un orden diferente al penal criminal". El segundo nivel<sup>43</sup> significa tomar en consideración las especiales circunstancias de la posición del menor en sociedad, con objeto de tomar decisiones político-criminales que lleven a concluir una menor necesidad preventivo general, a disminuir los efectos estigmatizantes de la respuesta penal, a renunciar a cualquier intervención en la mayoría de los casos y a dotar de contenido educativo a las medidas cuando sea necesario imponerlas. Las garantías en este segundo nivel son de orden diferente, no son las garantías de origen liberal fundamentadas sobre la dignidad e igualdad esencial, sino las garantías derivadas de la desigualdad, de la necesidad de utilizar el aparato estatal como mecanismo de satisfacción de la igualdad material, como instrumento de remoción de los obstáculos que impiden la igualdad efectiva (artículo 9.2º CE). Sintéticamente, "la condición de menor de edad, persona en proceso de formación, puede justificar un 'más' de garantías jurídicas, nunca un 'menos'"<sup>44</sup>.

<sup>42</sup> BUSTOS - HORMAZÁBAL, *Lecciones de Derecho penal*, pp. 154-155; BUSTOS RAMÍREZ, *Imputabilidad y edad penal*, pp. 476-479.

<sup>43</sup> BUSTOS RAMÍREZ, *Imputabilidad y edad penal*, pp. 474-476.

<sup>44</sup> Proyecto Alternativo a la LORRPM del Grupo de Estudios de Política criminal

Que la intervención penal sobre personas menores de edad se realice conforme a los principios generales definidos en el Derecho internacional, con el respeto debido a la desigualdad en que se encuentra, es uno de los elementos fundamentales del aspecto preventivo general positivo de la respuesta penal. Sólo si en ésta se atiende a la desigualdad implícita en todo menor de edad, y a la desigualdad específica en la que se encuentran la inmensa mayoría de los menores que son objeto de control penal, podemos afirmar que se respeta adecuadamente el principio de igualdad ante la ley y se garantiza la finalidad integradora y pacificadora, al dar una respuesta justa a las conductas infractoras de las personas menores de edad.

#### IV. Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre, de modificación del CP y de la LORRPM, en relación con los delitos de terrorismo

La Ley Orgánica 7/2000, de reforma del CP y de la LORRPM (BOE 307, de 23 de diciembre) constituye una de las dos leyes de reforma de la LORRPM aprobadas antes de su entrada en vigor<sup>45</sup>.

Aunque originalmente, como indica el título de la ley, la intención era únicamente abordar la delincuencia terrorista (véase el texto remitido al Congreso en el BOCG de 13 de octubre de 2000, nº 18-1), durante su tramitación se ha reformado también el tratamiento de los delitos de homicidio, asesinato, agresiones sexuales graves y cualquier otro delito sancionado con pena igual o superior a 15 años en el CP, endureciendo significativamente el régimen punitivo que se había aprobado menos de un año antes.

En el artículo segundo de la LO 7/2000 se añade una letra n al apartado 1 del art. 7 LORRPM, se modifica el art. 9.5º LORRPM, y se introducen en la LORRPM dos Disposiciones Adicionales, cuarta y quinta, con las siguientes previsiones:

1. Establecer la imposición obligatoria de una medida de internamiento en régimen cerrado de un mínimo de 1 año, y un máximo de 8 para mayores de 16 años, y de 4 para menores de esta edad, complementada con una medida de libertad vigilada de hasta 5 o 3 años más, respectivamente.
2. En caso de concurso de delitos el internamiento puede llegar hasta los 10 o 5 años respectivamente.
3. La imposición obligatoria, aparentemente, de una medida de inhabilitación absoluta por un tiempo superior entre 4 y 15 años a la duración de la medida de internamiento.

<sup>45</sup> La otra es la ya citada Ley Orgánica 9/2000, de 22 de diciembre, sobre medidas urgentes para la agilización de la Administración de Justicia (BOE núm. 307, de 23 de diciembre) en la que se reforma el art. 41 LORRPM, para atribuir la competencia inicialmente encomendada a las Salas de Menores de los TSJ a las Secciones de Menores de las Audiencias Provinciales, y se suspende durante dos años la entrada en vigor del art. 4 LORRPM en su Disposición Transitoria única.

4. Impedir la modificación, suspensión y sustitución de la medida de internamiento durante la mitad de la duración inicialmente impuesta
5. Atribuir la competencia a un Juzgado Central de Menores inserto en la Audiencia Nacional.
6. Crear establecimientos especiales para la ejecución de las medidas de internamiento impuestas por delitos de terrorismo
7. Impedir la aplicación de la ley de responsabilidad penal del menor a jóvenes de 18 a 21 años en cualquiera de los supuestos de terrorismo, por otra parte tan ampliamente definidos como tales en el Código penal.
8. Impedir la acumulación con procedimientos instruidos en otros juzgados de menores
9. Crear una sección de menores en la Fiscalía de la Audiencia Nacional
10. Modificar las reglas generales de la LORRPM en materia de prescripción, sometiéndola para los hechos afectados por la Disposición Adicional cuarta a las normas del Código penal

Inicialmente, en el Proyecto presentado a las Cortes, no se preveía la sanción de inhabilitación, ni la distinción entre menores y mayores de 16 años, ni la aplicabilidad de estas normas a delitos distintos de los de terrorismo. Sin embargo, tras la enmienda del Grupo parlamentario socialista favorable a la imposición de una medida de inhabilitación especial, se introdujo la sanción de inhabilitación absoluta. En respuesta a las enmiendas de los Grupos parlamentarios socialista y catalán se introdujo la distinción entre los dos tramos de edad citados (recogiendo las recomendaciones del CGPJ). Igualmente, a propuesta del mismo grupo, se amplió la aplicabilidad de las normas de la Disposición adicional cuarta, salvo las relativas a la competencia de la Audiencia Nacional y la sanción de inhabilitación absoluta, a los delitos de homicidio (art. 138 CP), asesinato (art. 139 CP), agresiones sexuales graves (arts. 179 y 180 CP) y en general a todos los sancionados en el CP con pena igual o superior a 15 años.

Por otra parte, se introduce en la LORRPM una Disposición adicional quinta, que obliga al Gobierno a presentar en el plazo de 5 años un informe en el que se evaluarán los efectos y las consecuencias de la aplicación de la Disposición adicional cuarta.

El Proyecto de Ley modifica el art. 9.5º LORRPM, apartando del régimen de los delitos considerados de extrema gravedad a los delitos de terrorismo y los de homicidio (art. 138 CP), asesinato (art. 139 CP), agresiones sexuales graves (arts. 179 y 180 CP) y en general a todos los sancionados en el CP con pena igual o superior a 15 años. Por tanto, sólo los supuestos de reincidencia serán considerados en todo caso de extrema gravedad, junto con aquellos que siendo calificados como tales no entren en el ámbito de aplicabilidad de la Disposición adicional cuarta. Se complica de esta manera la interpretación del concepto de extrema gravedad.

El preámbulo de la LO 7/2000 indica que la finalidad de la reforma, en relación con la delincuencia juvenil, es “reforzar la aplicación de los principios inspiradores de la citada ley [LO 5/2000]”, estableciendo “las mínimas especialidades necesarias para que el enjuiciamiento de las conductas de los menores responsables de delitos terroristas se realice en las condiciones más adecuadas a la naturaleza de los supuestos que se enjuician y a la trascendencia de los mismos para el conjunto de la sociedad”. A pesar de esta declaración, no puede ocultarse el carácter de legislación de excepción de esta Disposición adicional cuarta, en la cual se regula un régimen de competencia, jurisdiccional y de ejecución, de una singular dureza punitiva para los delitos citados. La finalidad de esta intervención penal resulta evidentemente motivada por la necesidad de amparar “otros bienes constitucionalmente protegidos” [los bienes jurídicos agredidos por la violencia de origen político], mediante la intimidación de los posibles autores, y por la de calmar la alarma social que producen, dada “la trascendencia de los mismos para el conjunto de la sociedad”.

Además de por dichas finalidades, en sí mismas legítimas, trata de justificarse la reforma por una supuestamente mayor eficacia resocializadora, al atribuir a la reforma la finalidad de facilitar que la “aplicación de las medidas rehabilitadoras, especialmente valiosas y complejas respecto de las conductas que ponen radicalmente en cuestión los valores más elementales de la convivencia, pueda desarrollarse en condiciones ambientales favorables, con apoyos técnicos especializados, y por un tiempo suficiente para hacer eficaz el proceso rehabilitador”.

El legislador apoya la necesidad de la reforma de la LORRPM en la “creciente participación de menores, no sólo en las acciones de terrorismo urbano, sino en el resto de actividades terroristas”; dato que no se facilita y que no parece corroborado por las estadísticas policiales y judiciales (véase anexo).

Teniendo en cuenta que la percepción de la gravedad de la delincuencia terrorista de menores de 18 años no parece responder a la realidad y que las medidas previstas difícilmente van a mejorar la aplicación rehabilitadora de la LORRPM —como se argumenta posteriormente—, la verdadera motivación parece descansar en la respuesta a la inquietud e indignación de la sociedad respecto del lacerante fenómeno terrorista.

Por supuesto que la situación provocada por el terrorismo de ETA y por las conductas englobadas bajo el término *kale borroka* resulta completamente insoportable, desde cualquier punto de vista, y que éstas constituyen un gravísimo ataque a los derechos fundamentales de amplios sectores de la sociedad. Es cierto que debe reconocerse la terrible victimización a la que esos sectores están siendo sometidos, y que deben ponerse los medios necesarios, eficaces y legítimos para terminar con su sufrimiento. Pero el camino emprendido no es, a mi juicio, ni eficaz ni legítimo. La intensidad punitiva que permite la legislación, con el único criterio corrector del principio general de proporcionalidad recogido en el art. 8 LORRPM, se antoja

completamente exagerada. Habrá que confiar en la adecuada utilización de la discrecionalidad por parte de los órganos de enjuiciamiento.

Se trata de una auténtica ley excepcional subrepticamente introducida en la legislación ordinaria de menores, que contradice principios esenciales de la misma, tales como el interés del menor, el interés educativo, el principio de proporcionalidad, la renuncia a los fines propios del Derecho penal de adultos o a la flexibilidad en la determinación de las medidas. La reforma en su conjunto emprende un camino muy equivocado. Poco va a ayudar a terminar con la falta de respeto a la vida y a la libertad. Las reformas del Gobierno no denotan firmeza en el Estado de Derecho sino desconfianza en su capacidad para resistir al terrorismo, no fortalecen el Estado de Derecho sino que lo quiebran. Cuando los poderes legítimos emplean medios punitivos ilegítimos —por contrarios a los principios básicos que fundamentan su ejercicio—, para luchar contra los fenómenos delictivos, pervierten el modelo de sociedad en el que queremos vivir. Uno de los peligros que la irracionalidad terrorista representa tradicionalmente para los Estados democráticos es precisamente que éstos abduquen de sus principios a cambio de un espejismo de eficacia.

A mi juicio, el sistema penal español cuenta con instrumentos legales suficientes para la lucha contra el terrorismo. El problema se encuentra en las obvias dificultades de acabar con un fenómeno terrorista de las características del de ETA y con los fenómenos delictivos asociados de un sector de la juventud vasca. Por ello, desde una perspectiva de política criminal en el momento actual no es en la política legislativa donde más se debe incidir. Un fenómeno, cuya solución es racionalmente tan simple —la autodisolución de ETA— pero tan irracionalmente complicado de eliminar, requiere una diversidad de políticas y estrategias de tipo policial, judicial, institucional, social y político. Cambiar las leyes es fácil y efectista, pero no va a contribuir a incrementar la eficacia antiterrorista.

Las mencionadas reformas son cuestionables y cuestionadas, entre otras razones por su difícil conciliación con los principios normativos de la Constitución, de la Convención sobre Derechos del Niño de 1989 y de otros textos internacionales (Reglas de Pekín, Reglas para la Administración de la Justicia de Menores, Directrices de Riad, Recomendaciones del Consejo de Europa).

Para empezar resulta inaceptable la técnica legislativa de encuadrar toda esta problemática en una disposición adicional, lo cual es implícitamente criticado por el Informe del CGPJ de 27 de septiembre de 2000. Se elimina la referencia al terrorismo y a los delitos de homicidio (art. 138 CP), asesinato (art. 139 CP), agresiones sexuales graves (arts. 179 y 180 CP) y en general a todos los sancionados en el CP con pena igual o superior a 15 años dentro del criterio de la extrema gravedad y se traslada a una Disposición adicional cuarta. Además de la apariencia de ocultismo que da la regulación de una materia tan importante fuera del articulado de la LORRPM, el efecto es la sustracción de esta materia al régimen de la extrema gravedad del 9.5º. Ya ni siquiera se va a exigir que los sujetos sean mayores de 16 años y

los hechos realizados con violencia o intimidación en las personas o grave riesgo para la vida o la integridad física, al desaparecer la referencia al art. 9.4º. Todos los delitos de terrorismo, desde el asesinato cometido por un joven de 17 años hasta la pegada de un cartel amenazante por un joven de 14 o la tenencia de mecha para la fabricación de un cóctel molotov, son castigados con una sanción penal mínima de 1 año y máxima de 4 u 8 años de internamiento en régimen cerrado, según la edad.

En todo caso, parece que seguiría siendo sostenible la interpretación anteriormente propuesta, en el sentido de que la aplicación del art. 7.2º LORRPM a la medida prevista en la futura Disposición Adicional Cuarta permitiría al Juez establecer una primera fase en régimen cerrado y una segunda en libertad vigilada, siempre que entre ambas se supere el mínimo de un año. Durante la mitad de la duración de la medida no podrá hacerse uso de las facultades del art. 14 LORRPM.

Desde el principio constitucional de proporcionalidad parece insostenible que se puedan sancionar conductas contra la propiedad con la misma pena que el homicidio. Más aún desproporcionado ha de entenderse que por estos mismos actos a un menor de 18 años se le *deba internar* en un centro cerrado de 1 a 10 años, complementable con una medida de libertad vigilada de otros 5 años. Como destacó la Enmienda nº 68, del Grupo Parlamentario Vasco (BOCG, de 14 de noviembre de 2000, Serie A, nº 18-3), la aplicación de la regla del art. 50.2 LORRPM, junto con la previsión del art. 15, 2º párrafo LORRPM, podría dar lugar a una medida de internamiento de 15 años de duración, a cumplir en un centro penitenciario de adultos a partir de los 23 años de edad.

A cualquier conducta delictiva de los arts. 571 a 579 realizada por un menor (independientemente de la gravedad del hecho) se le aplicará un régimen más punitivo que a los delitos considerados de extrema gravedad, abriendo la posibilidad a sanciones penales muy graves, por el solo hecho de tener alguna lejana relación con la ilegítima actividad delictiva de E.T.A. La Ley del menor establece un criterio relativo a la gravedad del hecho para aplicar muchas de sus disposiciones: la existencia de violencia o intimidación en las personas o grave peligro para la vida o la integridad física. Con la nueva regulación se excepciona y contradice este criterio para los supuestos de terrorismo, convirtiendo en grave un delito que en sí puede no serlo.

Es improbable que el endurecimiento de las penas vaya a traer beneficios destacables. Aún no se ha demostrado que con carácter general un incremento de las penas produzca efectos preventivos intimidatorios reales sobre la delincuencia, menos aún sobre la delincuencia terrorista. Aunque parece evidente que la dureza del régimen aprobado tendrá alguna incidencia sobre la llamada *kale borroka*, se antoja muy dudoso que pueda reducir la violencia callejera significativamente.

A los jóvenes de 18 a 21 años no se les podrá aplicar la ley del menor, en los supuestos del muy ampliado concepto de terrorismo, aun cuando realicen delitos sin violencia ni intimidación en las personas ni grave peligro para la vida o la integridad física. Una excepción al régimen general de difícil justificación desde el punto de

vista del derecho fundamental a la igualdad y a la proporcionalidad de la sanción. Hay que observar que la aplicabilidad de la jurisdicción de menores a los mayores de 18 años no está excluida *ab initio*, dado que no todos los delitos de terrorismo (véanse los arts. 577/266.1º, 577/169-172, 578 y 579 CP) están castigados con pena grave.

La imposibilidad de modificar, suspender o sustituir la medida durante al menos la mitad de la condena impuesta parece colisionar claramente contra la orientación de las penas y medidas a la reeducación y reinserción social que establece el artículo 25.2 de la Constitución. Esta norma de cumplimiento mínimo efectivo de entre 6 meses y 5 años merece la misma valoración que la regla análoga del art. 9.5º LORRPM.

La atribución de competencia al Juzgado Central de Menores dependiente de la Audiencia Nacional (constituido por RD 3471/2000, de 29 de diciembre) para enjuiciar a menores de 14 a 18 años se justifica por la necesidad de "que el enjuiciamiento de las conductas de los menores responsables de delitos terroristas se realice en las condiciones más adecuadas a la naturaleza de los supuestos que se enjuician" (Apartado V del Preámbulo de la LO 7/2000). Esto es, según se deduce de las notas de prensa del Ministerio de Justicia, para garantizar la imparcialidad e independencia de los jueces frente a las presiones que sufren los jueces del País Vasco. Pero, siendo ciertas las presiones intolerables a las que se ven sometidos los jueces, y otros muchos sectores de la población vasca y española, es dudoso que quepa afirmar que dichas presiones, coacciones y amenazas afectan realmente a los jueces en el País Vasco en el ejercicio de su función.

Aunque el preámbulo de la LO 7/2000 afirme que no se pretende excepcionar la aplicación de la ley a estos menores, sino "reforzar la aplicación de los principios inspiradores de la citada Ley", lo cierto es que esto no es así. La nueva ley penal juvenil establece que sólo pueden ser enjuiciados por el Juzgado de Menores competente territorialmente, sin excepción alguna por razón del delito. La nueva ley del menor quería sustanciar la responsabilidad penal de los menores conforme a unos principios propios, distintos de los de los adultos, con un procedimiento más flexible, menos formal y estigmatizante, precisamente porque son menores, esto es, porque el desarrollo de su personalidad exige un tratamiento diferenciado. Si el artículo de la nueva ley ya presenta contradicciones con los fines anunciados en su Exposición de Motivos, estas reformas sólo contribuirán a agravar las mismas.

Además, hay que recordar que en la jurisdicción de menores es el Ministerio Fiscal quien instruye el expediente. A este respecto, no olvidemos la estructura jerárquica del Ministerio Fiscal, su falta de independencia y su vinculación directa al Gobierno. Lo que previsiblemente será aún más problemático al centralizarse el enjuiciamiento en un único juzgado.

Junto con la anterior, la creación de centros especiales de internamiento dependientes de la Audiencia Nacional, es la medida que ha suscitado mayores reparos entre magistrados y fiscales. La LO 7/2000 la justifica en la necesidad de

que “la aplicación de las medidas rehabilitadoras”, “pueda desarrollarse en condiciones ambientales favorables, con apoyos técnicos especializados y por un tiempo suficiente”.

En primer lugar, no se puede olvidar que la Comunidad Autónoma del País Vasco es competente en materia de ejecución de las medidas impuestas a menores (art. 10.14 del Estatuto de Autonomía, Real Decreto 815/1985, de 8 de mayo, sobre trasposos de servicios a la Comunidad Autónoma del País Vasco, y Decreto 196/1985, de 11 de junio que publica los Acuerdos de la Comisión Mixta de transferencias, además de lo dispuesto en el art. 45). El Proyecto de Ley estaría produciendo una derogación implícita de esta normativa de desarrollo del Estatuto.

En segundo lugar, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores de Pekín de 1985, prescriben que “ningún menor podrá ser sustraído, total o parcialmente, a la supervisión de sus padres”. El Comité de Ministros del Consejo de Europa, en sus Recomendaciones de 1987 sobre Reacciones sociales ante la delincuencia juvenil, aconseja: “evitar la remisión de los menores a la jurisdicción de adultos, cuando existen jurisdicciones de menores”, “que las intervenciones con respecto a los jóvenes delincuentes se realicen con preferencia en el ambiente natural de la vida de éstos”, “prever establecimientos educativos de pequeñas dimensiones bien integrados en el medio social, económico y cultural ambiente”, “favorecer las relaciones con la familia”, “evitando el internamiento demasiado alejado y poco accesible” y “manteniendo el contacto entre el medio de internamiento y la familia”.

La incompatibilidad de estos centros especiales con los textos internacionales es, a mi juicio, manifiesta. Encerrar a menores de 14 a 18 años, en principio procedentes del País Vasco y Navarra, en algún centro alejado a cientos de kilómetros de sus familias, escuelas, barrios, amigos/as sería gravemente contraproducente para su reeducación y reinserción social. Mientras que en adultos se declara que el principio favorecedor de la reinserción en adultos condenados por delitos de terrorismo es la dispersión, en menores se opta por el principio de concentración alejada. Si se entiende que estas conductas delictivas son el producto de la socialización en valores ajenos al respeto a la vida y la libertad de los que opinan distinto, la concentración sólo puede producir un efecto de reforzamiento de los mismos y de su autopercepción como víctimas, no sólo en los menores, sino también en su entorno familiar y social.

Por otra parte, parece dudoso que la Audiencia Nacional tenga capacidad para ejecutar estas medidas. No cuenta con centros, ni personal, ni experiencia. En principio el internamiento en régimen cerrado será la única medida que pueda imponer, salvo que se hiciera uso de las facultades de sustitución del art. 14 LORRPM. Cabría preguntarse entonces sobre la capacidad del Juzgado Central de Menores y el centro dependiente de éste para ejecutar medidas de libertad vigilada del menor ante su regreso a la Comunidad Autónoma del País Vasco (CAPV), así como para la ejecución de otras medidas sustitutivas de las previstas en el art. 7.1 LORRPM. Tras las

reformas sufridas por el texto en la tramitación parlamentaria<sup>10</sup>, se ha incorporado al nº 2 letra d de la Disposición adicional cuarta la posibilidad de que las medidas que supongan privación de libertad puedan ejecutarse mediante convenios entre el Gobierno y las Comunidades Autónomas, los cuales en la coyuntura actual parecen muy difíciles de lograr.

En mi opinión, la firmeza contra el terror desde el Estado de Derecho es lo contrario a reformar la legislación penal de forma reactiva, introduciendo en ella modificaciones de dudosa constitucionalidad y con la oposición de importantes sectores sociales, políticos, de la judicatura y de la fiscalía.

Por otra parte, las medidas excepcionales en Derecho penal tienen habitualmente una gran fuerza expansiva, de forma que se pueden terminar convirtiendo en regla general, afectando a sectores de población para los cuales no estaban pensadas. Esta *vis expansiva* se manifestó ya en las enmiendas presentadas por el Grupo socialista, enmiendas 29 y 30, incorporadas parcialmente al texto definitivo. Se produce el perverso efecto de incrementar la duración máxima de las medidas con carácter general, incrementando el límite de duración del internamiento —para los delitos de homicidio, asesinato, agresiones sexuales graves, y todos los sancionados con pena igual o superior a 15 años— de 5 a 8 años (o hasta 10 años) para los mayores de 16 años, y de 2 a 4 (o 5 años) para los menores de 16 años. Lo que 10 meses antes se consideraba sanción suficiente para todos los supuestos de extrema gravedad, ahora —tras el proceso de reforma para dar respuesta a la llamada *kale borroka*— ya no se juzga adecuado.

Por tanto, una ley como la del menor, que se declara en su Exposición de Motivos de “naturaleza educativa”, que renuncia a “otras finalidades esenciales del Derecho penal de adultos, como la proporcionalidad entre el hecho y la sanción o la intimidación a los destinatarios de la norma”, y que establece el primado del “superior interés del menor”, se adultera por la utilización meramente simbólica del Derecho penal. Antes de entrar en vigor, el propio promotor de la misma ya duda y desconfía de la norma que se ha aprobado. La intención de dar una respuesta educativa y no represiva a la delincuencia juvenil, se frena en seco optando por la regresión al castigo.

La función de las normas penales denominada “prevención general positiva” significa que aquéllas deben lograr la adhesión de los miembros de la comunidad cuya convivencia regulan, precisamente porque se perciben como justas, como capaces de garantizar un modelo de convivencia basada en los derechos humanos. Unas normas que se perciban como “terror penal”, como excesivas, como injustas, provocarán el efecto contrario, y por ello la ineficacia del Derecho para pacificar la convivencia social.

<sup>10</sup> Véase el texto del Dictamen de la Comisión (BOCG de 30 de noviembre de 2000, nº 18-6), a raíz de las Enmiendas nº 42 y 43 del Grupo parlamentario catalán (BOCG de 14 de noviembre de 2000, nº 18-3).

## V. Bibliografía

- ALBRECHT, Peter-Alexis: *El Derecho penal de menores*. Traducción de Juan Bustos. PPU. Barcelona, 1990.
- ARARTEKO: *Intervención con menores infractores. Informe extraordinario del Ararteko al Parlamento Vasco*. Ararteko. Vitoria-Gasteiz, 1998.
- ASÚA BATARRITA, Adela: "Problemas jurídicos en el tratamiento de la inadaptación infanto-juvenil", *Estudios de Deusto*. Vol. XXXIV. Enero-Junio 1986, pp. 9-47.
- BARBERET – RECHEA – MONTAÑÉS – HAEN: "Estudio internacional sobre delincuencia mediante autoinforme en Albacete, España y Omaha, Nebraska, Estados Unidos (Estudio piloto)", en *Estudios criminológicos I*. Universidad de Castilla-La Mancha. Cuenca, 1993, pp. 161-179.
- BARRIOCANAL, Albano: "La Ley penal juvenil pendiente de promulgación", en *Panóptico. Ley Penal Juvenil: visiones críticas*, nº 4, Virus ed, Invierno 1997.
- BENEDI, Manuel: "La propuesta de nueva Ley Penal Juvenil", en *Panóptico. Ley Penal Juvenil: visiones críticas*, nº 4, Virus ed, Invierno 1997.
- BERISTAIN IPIÑA, Antonio: "Aproximación jurídica, criminológica, victimológica y teológica a los jóvenes infractores (El Derecho penal frente a la delincuencia juvenil)", *Estudios Penales y Criminológicos*. Santiago de Compostela, 1991, pp. 7-40.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan – HORMAZÁBAL MALAREÉ, Hernán: *Manual de Derecho penal*. Parte general. 4ª edición. PPU. Barcelona, 1994.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan: "Imputabilidad y edad penal", en *Criminología y Derecho penal al servicio de la persona*. Instituto Vasco de Criminología. San Sebastián, 1989, pp. 471-482.
- CARRETERO, Mario: El desarrollo cognitivo en la adolescencia y la juventud: las operaciones formales, en MARCHESI – CARRETERO – PALACIOS: *Psicología evolutiva*. Vol. III. Alianza. Madrid, 1985.
- CGPJ: *Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica de Modificación del Código penal y de la LORRPM en materia de delitos de terrorismo*. Madrid, 27 de septiembre de 2000.
- CUESTA ARZAMENDI, José Luis De la: "El abandono del sistema tutelar: evolución del Derecho penal español en materia de protección y tratamiento de menores delincuentes en peligro", en *Anales Internacionales de Criminología*. 1999, pp. 101 y ss.
- CUESTA ARZAMENDI, José Luis De la: "La justicia juvenil en España: regulación actual y proyectos en curso", *Azpilikueta*. Cuadernos de derecho, Eusko Ikaskuntza, Donostia, 1998, pp. 7-24.
- De la CUESTA ARZAMENDI, y GIMÉNEZ-SALINAS COLOMER: "Situación actual y perspectivas de futuro del tratamiento de los infractores juveniles en España", en *Estudios jurídicos en memoria del profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruíz*, Primer volumen, Universitat de Valencia, Institut de Criminología, 1997, pp. 539-567.

- DE LEO, Gaetano: *La justicia de menores. La delincuencia juvenil y sus instituciones*. Traducción y epílogo de González Zorrilla. Editorial Teide, Barcelona, 1985.
- DOLZ LAGO, Manuel-Jesús: *La nueva responsabilidad penal del menor (Comentarios a la Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero)*. Ediciones Revista General de Derecho. Valencia, 2000.
- ETXEBARRIA ZARRABEITIA, Xabier: "En torno a la naturaleza de la justicia juvenil", en *Un cacheo a la cárcel*, Textos de las Jornadas de Derecho penitenciario de la Universidad de Barcelona. Asociación contra la Cultura Punitiva y de Exclusión Social. Barcelona, 2000, pp. 233-255.
- ETXEBARRIA ZARRABEITIA, Xabier: "La responsabilidad penal de niños y jóvenes", en *Revista de Sentencias de TSJ, AP y otros tribunales*, nº 11, Aranzadi, Pamplona, octubre 1999, pp. 9-40.
- FUNES ARTIAGA – GONZÁLEZ ZORRILLA: "Delincuencia juvenil, Justicia e Intervención comunitaria". Traducción de "Delinquència juvenil, justícia i intervenció comunitària", en *Papers d'estudis i Formació*, nº 2, Departament de Justícia. Generalitat de Catalunya, Barcelona, 1987, pp. 19-33.
- GÓMEZ RECIO, Fernando: "Dudas de constitucionalidad y problemas prácticos: La aplicación de la nueva Ley de Responsabilidad Penal de los Menores a los jóvenes mayores de 18 años", en *Diario Jurídico Aranzadi*, de 4 de septiembre de 2000.
- GONZÁLEZ ZORRILLA, Carlos: "La justicia de menores en España", Epílogo a DE LEO: *La justicia de menores. La delincuencia juvenil y sus instituciones*, Ediciones Teide, Barcelona, 1985, pp. 113-143.
- KAISER, Günter: *Introducción a la Criminología*. 7ª edición, Dykinson, Madrid, 1988.
- KOHLBERG, Lawrence: *Psicología del desarrollo moral*. Traducido por Asun Zubiaur. Desclée de Brouwer. Bilbao, 1992.
- LANDROVE DÍAZ, Gerardo: "El marco operativo de la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad penal de los menores", en *La Ley*, 27 de junio de 2000.
- LANDROVE DÍAZ, Gerardo: "La Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad penal de los menores", en *La Ley*, 26 de junio de 2000.
- MARTÍN LÓPEZ, M T. (Coordinadora): *Justicia con menores. Menores infractores y menores víctimas*. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2000.
- MARTÍNEZ-PEREDA RODRIGUEZ, Manuel: Menores privados de libertad en España, en Menores Privados de Libertad, Cuadernos de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, pp. 13-50.
- MIR PUIG, Santiago: *Derecho penal. Parte general*. 5ª edición. PPU. Barcelona, 1998.
- NACIONES UNIDAS: "Las Naciones Unidas y la Justicia de Menores: Guía de las Normas internacionales y las prácticas más idóneas", en *Revista Internacional de Política Criminal*, núms. 49-50, 1998-1999, Naciones Unidas, Nueva York, 2000, pp. 3-38.

- PÉREZ SANZBERRO, Guadalupe: *Reparación y conciliación en el sistema penal. ¿Apertura de una nueva vía?* Comares. Granada, 1999.
- PLATT, Anthony: *Los salvadores del niño o la invención de la delincuencia*. Traducción de la 2ª edición en inglés, a cargo de Félix Blanco. Siglo XXI editores. México, 1982.
- RANGUGNI, Victoria E.: "Algunos aspectos de la 'nueva' justicia de menores", en *Panóptico. Ley Penal Juvenil: visiones críticas*, nº 4, Virus, Invierno 1997.
- RECHEA - BARBARET - MONTAÑÉS - ARROYO: *La delincuencia juvenil en España: autoinforme de los jóvenes*. Universidad de Castilla-La Mancha - Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 1995.
- RECHEA ALBEROLA, Cristina - FERNÁNDEZ MOLINA, Esther: "El reto de la nueva justicia de menores", en *Boletín Criminológico*, Instituto Interuniversitario Andaluz de Criminología, nº 47, Mayo-Junio 2000, pp. 1-4.
- RECHEA, Cristina: *Adolescencia, ¿un sarampión?: delincuencia juvenil en Castilla-La Mancha mediante autoinforme*, Consejería de Bienestar Social. Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, Toledo, 1995.
- RÍOS MARTÍN - SEGOVIA BERNABÉ: *La infancia en conflicto social*. Cáritas española. Madrid, 1999.
- RÍOS MARTÍN, Julián Carlos: Derecho penal de menores: aspectos sustantivos y otras consideraciones, en VARIOS AUTORES: *Niños y jóvenes criminales. Prevención. Tipología. Criminología. Procedimiento y Derecho Correccional de menores. Medidas y ejecución*. Comares. Granada. 1995.
- RÍOS MARTÍN, Julián Carlos: *El menor infractor ante la ley penal*. Comares. Granada, 1993.
- SÁNCHEZ GARCÍA de PAZ, Isabel: "La nueva ley reguladora de la responsabilidad penal del menor", en *Actualidad Penal*, nº 33, 2000, pp. 699-727.
- SÁNCHEZ GARCÍA de PAZ, Isabel: *Minoría de edad penal y derecho penal juvenil*. Comares. Granada, 1998.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: "El régimen de la minoría de edad penal (art. 19)", en *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*. J.M. Bosch. Barcelona, 1997, pp. 159-195.
- VARIOS AUTORES: (Grupo de Estudios de Política Criminal): *Proyecto alternativo a la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*. A partir del Manifiesto sobre justicia juvenil (Valencia 26 de septiembre de 1998). Fotocopia. Toledo, 16 de octubre de 1999.
- CUELLO CONTRERAS, Joaquín: *El nuevo Derecho penal de menores*. Civitas. 2000.
- GARCÍA PÉREZ, Octavio: "Los actuales principios rectores del Derecho penal juvenil: un análisis crítico", en *Revista de Derecho penal y Criminología*, 2ª época, nº 3, 1999., pp. 33-76.
- LADROVE DÍAZ, Gerardo: *Derecho penal de menores*. Tirant lo blanch. 2001.

LÓPEZ CABELLO, Patxi: "Ejecución de medidas privativas de libertad", en *Ponencias de las Jornadas sobre la Ley Orgánica 5/2000 de Responsabilidad Penal de los Menores*. Gobierno Vasco - Consejo Vasco de la Abogacía, Bilbao, 2001, pp. 155-173.

## VI. Anexo

En este anexo se ofrecen algunos datos empíricos, que en absoluto pretenden ser exhaustivos ni integrales, exclusivamente con el fin de proporcionar una somera información que permita extraer algunas conclusiones para una valoración político criminal más realista de la justicia juvenil.

### Mayores de 12 y menores de 16 años

Durante el año 1999<sup>47</sup>, en el marco de la LO 4/92 (personas menores de 16 años y mayores de 12) se han ejecutado en la CAPV 527 medidas (396 en 1998 y 351 en 1997), incluyendo actividades de mediación y reparación (247, 46,9% del total). Se percibe un significativo aumento (163%) de las mediaciones, un importante decremento de las amonestaciones (40%), y en general un incremento total del 50%, aunque los incrementos porcentuales en algunas medidas sean menos relevantes de lo que parece, dado lo exiguo de las cifras absolutas.

Las medidas de internamiento han afectado a 37 menores (51 medidas), mientras que en 1998 fueron 31 menores, y en 1997 22. Es decir, un incremento del 68,18% en 1999. Las 51 medidas de internamiento representan el 9,68% del total de medidas ejecutadas. Dentro de las medidas privativas de libertad cabe destacar también los internamientos de fin de semana, un total de 15, lo cual supone un incremento del 200% respecto a los 8 de 1998.

Las medidas de internamiento representan el 24,5% respecto de aquellas que necesariamente se imponen en sentencia (esto es, excluyendo mediaciones y amonestaciones): 20 medidas de internamiento provienen del Juzgado de Vitoria, 18 del de Bilbao, 10 del de San Sebastián y 3 de juzgados de fuera de la CAPV.

En 1999 no se ha ejecutado ninguna medida de internamiento en centro cerrado, 5 tienen carácter cautelar —todas decididas por el Juzgado de Bilbao— (lo que significa régimen cerrado, aunque al elevarse a definitivas se conviertan en régimen abierto o semiabierto), 41 en régimen semiabierto y 5 en régimen abierto. La duración media y máxima del internamiento cautelar fue de 3 meses, las de régimen abierto duraron desde el mes y medio a los 6 meses, y las de régimen semiabierto de 6 días a 18 meses, con un promedio de 4 meses y medio.

<sup>47</sup> Datos proporcionados por el Departamento de Justicia, Trabajo y Seguridad Social del Gobierno Vasco, publicados en LÓPEZ CABELLO, "Ejecución de medidas privativas de libertad".

Las medidas de internamiento traen causa mayoritariamente de faltas o delitos, de robo (49%), hurto (15,7%), lesiones (11,8%), hurto de uso (3,9%), amenazas (3,9%) y daños (3,9%). Por tanto, el 72,5% son infracciones contra bienes materiales. Estos datos no tienen en cuenta que la medida puede haber sido impuesta por más de un hecho, lo cual ocurre en el 39,2% de los casos.

A mi juicio todo ello representa una aplicación desproporcionada del internamiento con relación a la gravedad del hecho delictivo y diferencias apreciables en los criterios de los juzgados, además de una elección de la medida en función de las ofertas disponibles por las instancias de ejecución. El criterio básico para la determinación de la medida parece ser la "reincidencia" (68,6% de los menores internados) —en sentido no técnico, por la ausencia de registros sistemáticos—, junto con consideraciones sobre la situación familiar y social del menor.

Las diferencias de género son importantes. 39 medidas impuestas a chicos y 12 a chicas. En las chicas sólo se detectan tres tipos de delitos que dan lugar a internamiento: robo (50%), hurto (33,3%) y lesiones (16,7%). De los 37 menores, el 62% pertenecen a la etnia gitana o provienen del Magreb. En concreto, de las 51 medidas de internamiento, 30 se imponen a menores de etnia gitana y 3 a menores de origen magrebí. La edad media de comisión de los hechos se aproxima a los 16 años. Un 53% de las medidas se impusieron a menores no escolarizados —en el sentido de inasistencia real—. La práctica totalidad se refiere a menores de tutela (45%) o en situaciones convivenciales carenciales y/o conflictivas. El 84% provienen de las capitales de los Territorios Históricos, y muy prevalentemente de las áreas más degradadas de las mismas.

#### Mayores de 16 y menores de 18 años

Durante 1998, 493 personas mayores de 16 y menores de 18 años se vieron implicadas en sentencias firmes de los juzgados y tribunales de la CAPV. De éstas, 30 eran chicas y 461 chicos. Se detectaron y sancionaron 2 delitos de homicidio, 186 robos, 30 hurtos, 164 faltas, 34 hurtos de uso de vehículos, y 23 delitos contra el orden público. En dichas sentencias se impusieron 302 multas, 21 penas de prisión (8 superiores a un año, y 3 de ellas superiores a 2 años), 125 arrestos, 22 arrestos de fin de semana y 1 internamiento en centro de menores. No es posible establecer con precisión en qué casos se habrían impuesto medidas, ni cuántos de los menores en cuyos casos no se produjo sentencia firme podrían ser objeto de control por los Juzgados de menores.

#### Mayores de 18 y menores de 21 años

Durante 1998, 921 personas mayores de 18 años y menores de 21 se vieron implicadas en sentencias firmes de los juzgados de la CAPV. De éstas, 58 eran mujeres y 863 hombres. Se observa una clara disminución en el número de delitos de los 19 a los 20. Se detectaron y sancionaron 4 delitos de homicidio, 248 robos, 21 hurtos, 292 faltas, 38 hurtos de uso de vehículos, 62 delitos contra la seguridad en el tráfico, 27

delitos contra la salud pública, 133 casos de insumisión al servicio militar, y 28 delitos contra el orden público. En dichas sentencias se impusieron 377 multas, 267 penas de prisión (173 de entre 4 y 6 meses, 58 superiores a un año, y 19 de ellas superiores a 2 años), 196 arrestos, 34 arrestos de fin de semana, 44 privaciones del permiso de conducir y 2 privaciones del derecho de residencia. En este caso es aún más complejo establecer con precisión cuáles serían objeto de control por los Juzgados de menores, en qué casos se impondrían medidas, ni cuántos de los menores en cuyos casos no se produjo sentencia firme podrían ser objeto de control por los Juzgados de menores. Aplicando, en la medida de lo posible, los criterios del art. 4 LORRPM, podrían ser objeto de remisión a los juzgados de menores las 292 personas condenadas por faltas, y otras 520 por delitos menos graves *a priori* no excluidos por el art. 4 LORRPM<sup>48</sup>. Téngase en cuenta la desaparición del delito de insumisión y las dificultades para precisar la aplicación del criterio de la violencia e intimidación y la calificación como delito grave o menos grave por no constar en cada grupo de delitos.

#### Estimación de necesidades del sistema de justicia juvenil

Teniendo en cuenta que la mayoría de las personas menores de 16 años objeto de medidas superan los 14 años (las medias y medianas en cada una de las medidas juveniles se sitúan a partir de los 14 años, con mayor incidencia en función de la gravedad de la medida juvenil), si sumamos, tomando los datos de 1998, a las 398 personas menores de 16 años implicadas en medidas ejecutadas, las 493 mayores de 16 años implicadas en sentencias y las 812 personas mayores de 18 que, estimo, podrían haber sido remitidas a los juzgados de menores, vemos que el total, unas 1700 personas, nos indica el importantísimo aumento de recursos que necesitaría el sistema de ejecución<sup>49</sup>. Si tomamos en consideración el relevante número de expedientes que en el juzgado de menores terminan sin imposición de medida, se puede concluir que el trabajo de los juzgados, fiscalías y equipos técnicos también se verá notablemente incrementado, con la consiguiente necesidad de dotación de recursos.

Al igual que en el estudio realizado en Castilla-La Mancha<sup>50</sup> se constata que el incremento de los 15 a los 16 años parece escaso (hipotéticamente por el control informal ejercido desde el ámbito escolar, a una edad de obligatoria escolarización), una mayor prevalencia delictiva a los 17 y 18 años, mientras que a partir de los 19 años se produce un progresivo decrecimiento.

El estudio del ARARTEKO, ofrece un elenco de datos más amplio, referido no sólo a la fase de ejecución sino también a las anteriores<sup>51</sup>.

<sup>48</sup> Cuando entren en vigor el art. 69 CP y el art. 4 LORRPM, en principio, el 13 de enero de 2003.

<sup>49</sup> Véanse las previsiones de gasto estimado por las CC.LL.AA. publicadas en el diario El País de 3 de enero de 2001.

<sup>50</sup> RECHEA - FERNÁNDEZ MOLINA, El reto de la nueva justicia de menores, p. 3.

<sup>51</sup> ARARTEKO, Intervención con menores infractores, 1998.

En 1996 y 1997 se produjeron un total de 774 y 775 atestados y denuncias, respectivamente. En 1996 se incoaron 439 expedientes. Siendo 751 el número de menores de 12 a 16 años implicados, representan el 7,46% de la población total de su edad de la CAPV (100.593). De los 439 expedientes incoados se observa que 296 acabaron con la imposición de una medida. De todo ello se puede deducir que, en principio, en el proceso social y policial de detección de las infracciones, y en el proceso judicial desde la detección hasta la imposición de una medida, se produce un importante proceso de selección de la población que finalmente será objeto de una medida.

Aproximadamente el 60% de las infracciones sancionadas contra las normas penales fueron delitos contra la propiedad de escasa entidad (daños, hurtos, robos, utilización ilegítima de vehículo a motor), el 30% delitos que implican a otras personas, en general también menores de edad (robo con intimidación, lesiones, amenazas, agresiones, agresiones y abusos sexuales...) y en un 10% se trata de delitos de desórdenes públicos, desobediencia a la autoridad y tenencia de explosivos.

En relación con las medidas, se observa una tendencia a la renuncia a la imposición de medidas, sobre todo en Gipuzkoa (enorme porcentaje de conclusiones en Gipuzkoa respecto a la media), con unas cifras muy bajas. Esta tendencia se acentúa, la disminución de las medidas, con la progresiva consolidación de la mediación, y la consecuente reparación, que da lugar a la terminación del proceso con el archivo del expediente.

Entre los tres territorios se da una desproporción de mediaciones acordadas, lo cual tiene que ver con el establecimiento de un sistema que lo posibilite, la posible resistencia de los profesionales u otros problemas para su aplicación sistemática. Por los datos de 1999 las mediaciones han aumentado espectacularmente, llegando, de media en los tres T.T.H.H., al 46,87% (247 en números absolutos) de las medidas a medida que se afianza el sistema en todos los territorios históricos. En 1997 fueron 94 (26,8% del total de medidas impuestas) y en 1998 158 (39,9%). No obstante, sigue habiendo enormes diferencias entre T.T.H.H. En Álava se han realizado 27 (15,7% del total de medidas impuestas), en Gipuzkoa 55 (57,3%) y en Bizkaia 165 (64,7%). En Álava sólo se realizaron por tanto el 10,9% de las 247 de la CAPV, lo cual se puede atribuir a los diferentes criterios de actuación de las Fiscalías.

En relación con las medidas acordadas y ejecutadas se aprecia un importante incremento de los servicios en beneficio de la comunidad de 1996 a 1997, que suele ser una forma habitual de terminar también las mediaciones. También culminan habitualmente con la realización de servicios en beneficio de la comunidad algunos tipos de delitos como daños y hurtos en instituciones o medios de transporte públicos (RENFE, Ferrocarriles Vascos, etc.).

Los internamientos (78 en los 18 meses analizados) suponen el 17,6% de las medidas acordadas, con preferencia del centro semiabierto (13,3%). Álava también supera la media de manera relevante en el número de internamientos (22,9%). Hay que tener en cuenta que hasta 1997 no existía un centro cerrado para chicas, y aún no existe un

centro cerrado para chicos, con lo que no se podían ejecutar dentro de la CAPV<sup>52</sup>. Ello determinaba la preferencia por otro tipo de internamientos. Con la previsión de creación de un centro con 40 plazas de centro cerrado para chicos (Zumárraga) es probable que se produzca un aumento de la aplicación de esta medida.

A mi juicio resulta una consideración muy poco positiva para el sistema de justicia de menores, que en la adopción por los Juzgados de Menores de unas medidas u otras su disponibilidad material —y no los criterios de necesidad y adecuación a las circunstancias personales y sociales del menor— sea un criterio tan decisivo.

En el ámbito estatal, tomando como fuente de información únicamente la población privada de libertad<sup>53</sup>, de los 597 menores entre 12 y 16 años privados de libertad 520 (87,1%) lo está por delitos contra la propiedad (228 por robo, 59 por hurto y 205 por utilización ilegítima de vehículo de motor), 52 (8,71%) por delitos contra la vida e integridad personal (2 por homicidio intencional y 47 por lesiones), 8 por delitos contra la libertad sexual (1 por violación y 7 por agresiones sexuales), y 16 (2,17%) por tráfico de drogas.

### Valoración de la delincuencia juvenil

Teniendo en cuenta estos datos, tomando en consideración que son las conductas más graves que realizan los menores y no el grueso de la 'delincuencia' de niños y jóvenes, se puede afirmar que "en caso alguno el ámbito de la criminalidad de menores registrada tiene que ser ponderada como tan amenazante, aterradora y epidémica, como se desprende a menudo de la opinión pública y en una gran parte de la literatura especializada"<sup>54</sup>. Por ello, parece clara la "falta de necesidad preventiva de la pena convencional imponible a los adultos", dado que, por otra parte, "la imposición a estos sujetos de consecuencias jurídico-penales distintas de la pena del adulto no obsta a comunicar al sujeto el valor que se encuentra detrás de la norma"<sup>55</sup>. La escasa potencialidad lesiva de las conductas infractoras habituales en este sector de población conduce a afirmar también la menor necesidad preventivo general de cualquier intervención sancionadora.

<sup>52</sup> Existen tres centros de cumplimiento en la CAPV:

Andollu (Alava): chicas, los tres regímenes, 7 plazas

Aramaio (Alava): chicos, abierto y semiabierto, 11 plazas

Ortuella (Bizkaia): chicos, abierto y semiabierto, 8 plazas

En el momento del análisis (ARARTEKO, Intervención con menores infractores, p. 251), había 14 menores internados (3 chicas y 11 chicos), de entre 13 y 17 años, 7 por robo, 3 por agresión, 2 por agresión sexual, 1 por robo con fuerza y uno por hurto, la duración oscila entre menos de 6 meses (6), entre 7 y 12 meses (3) y entre 13 y 24 meses (4).

En la actualidad existe un centro de internamiento de reciente construcción en Zumárraga (Gipuzkoa), con 40 plazas para la ejecución de medidas de internamiento en régimen cerrado, semiabierto, abierto, cautelar y de fin de semana. Su entrada en funcionamiento se ha retrasado al haber sufrido importantes daños a causa de un atentado a comienzos del 2001.

<sup>53</sup> Datos de MARTÍNEZ-PEREDA, Menores privados de libertad, pp. 26-27.

<sup>54</sup> ALBRECHT, Derecho penal de menores, p. 21.

<sup>55</sup> SILVA SÁNCHEZ, El régimen de la minoría de edad penal, p. 174.

A partir de estudios basados en informes de autodenuncia, comúnmente se destaca el carácter pasajero y episódico de estas conductas infractoras<sup>56</sup> y la constatación empírica de que la conducta transgresora y eventualmente delictiva de los niños y jóvenes es un fenómeno normal y ubicuo entre este sector de población<sup>57</sup>, ligado a un proceso normal de socialización y aprendizaje, en las que se produce generalmente el abandono natural de las conductas infractoras a partir de cierta edad (*peak-age*) por los procesos normales de socialización<sup>58</sup>. Estos datos permiten contrarrestar la tendencia a identificar menor infractor con menor inadaptado, y consecuentemente la presunción operante en la legislación positiva de que el mero hecho de delinquir es síntoma de algún trastorno que reclame una intervención psicológica, educativa o terapéutica<sup>59</sup>. Conclusión que sólo se deduce a partir de los datos sobre criminalidad registrada, y en especial, a partir de aquellas sobre la que se interviene con mayor intensidad. Esto lleva a pensar que las características sociales de los/as jóvenes infractores/as son producto del proceso de selección informal y formal de las personas sobre las que se interviene.

De estos datos anteriores se pueden deducir dos grupos de ideas, al nivel de principios: que estas conductas encuentran normalmente su corrección en el proceso de maduración e integración social y a través de los cauces informales de socialización, lo que nos conduce directamente a la exasperación del principio de intervención mínima del Derecho penal en el ámbito juvenil. Por otra parte, que el sistema de justicia juvenil es altamente selectivo, y por demás discriminatoriamente selectivo, puesto que el criterio básico no es la gravedad del hecho, sino la reincidencia y sobre todo las condiciones sociales de exclusión de determinados colectivos, sus necesidades sociales, económicas, educativas... La confusión del plano educativo y el plano penal conduce a una selectividad discriminatoria, criminalizando "la pobreza", con lo que se utiliza el instrumento represivo para lo que debiera ser objeto de asistencia y protección. Es el fracaso de la sociedad para paliar los efectos excluyentes del sistema socioeconómico lo que acaba siendo objeto de control punitivo<sup>60</sup>.

<sup>56</sup> KAISER, Introducción a la Criminología, pp. 281-282.

<sup>57</sup> Véanse para España los estudios de autoinforme en las obras de RECHEA, BARBERET y MONTANÉS citadas en la bibliografía.

<sup>58</sup> ALBRECHT, Derecho penal de menores, p. 33.

<sup>59</sup> Por ejemplo, en la Exposición de Motivos del L.O. 5/2000 se presume que el 'comportamiento antisocial' es producto de 'disposiciones o deficiencias'. Por otro lado, el artículo 3 parece dar por supuesto que la realización de hechos delictivos por menores de 14 años requiere la aplicación de "lo dispuesto en las normas sobre protección de menores previstas en el Código Civil y demás disposiciones vigentes". Más claramente, en la defensa del proyecto en el Congreso, afirmó la Ministra de Justicia que "tras un joven infractor siempre hay un dramático problema humano y la constatación del fracaso de las estructuras sociales en su conjunto", lo cual quizás pudiera deducirse de un estudio empírico de la criminalidad registrada, pero en ningún caso a partir del conjunto de conductas infractoras realizadas por menores.

<sup>60</sup> Véanse en FUNES ARTIAGA - GONZÁLEZ ZORRILLA (Delincuencia juvenil, pp. 27-28), diáfaramente expuestos, los efectos perversos de la confusión de la 'lógica de las necesidades' con la 'lógica de la violación de las normas'.

## La responsabilidad civil en la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor

Autor: Iñigo Alfonso Navarro Mendizábal

Profesor Propio Adjunto de Derecho civil

Departamento de Derecho privado. ICADE - Universidad Pontificia Comillas de Madrid

### I. ¿Responsabilidad civil en la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor?

Lo primero que hay que escribir cuando se toca una materia como la presente, recuerda a la letra de una canción muy conocida en la época de la llamada «movida madrileña». Un grupo de rock urbano llamado Burning cantaba «¿qué hace una chica como tú en un sitio como éste? ¿qué clase de aventura has venido a buscar?». La mejor regulación sustantiva que podría tener la responsabilidad civil en esta ley es que el artículo 61 dijera: «La responsabilidad civil derivada de hechos regulados en esta ley se regirá por el Código civil». Lo que tenemos, en cambio, nos lleva a preguntarnos, ¿qué hace la responsabilidad civil en un sitio como éste? El problema no es tanto el sitio, sino que además se regula de manera diferente la responsabilidad civil en el artículo 1903 y en esta ley, lo que únicamente puede producir, como veremos, distorsiones y no pocas aventuras jurídicas<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Sobre esta «injustificada dualidad normativa» vid. YZQUIERDO en sus múltiples escritos sobre la materia y