

Derecho penal de menores

Octavio García Pérez

PID_00208824



Los textos e imágenes publicados en esta obra están sujetos –excepto que se indique lo contrario– a una licencia de Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada (BY-NC-ND) v.3.0 España de Creative Commons. Podéis copiarlos, distribuirlos y transmitirlos públicamente siempre que citéis el autor y la fuente (FUOC. Fundació para la Universitat Oberta de Catalunya), no hagáis de ellos un uso comercial y ni obra derivada. La licencia completa se puede consultar en <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/es/legalcode.es>

Índice

Introducción.....	5
Objetivos.....	6
1. Concepto.....	7
2. Fuentes.....	8
2.1. La normativa nacional	8
2.2. La normativa internacional	10
3. La función del derecho penal juvenil.....	12
4. Los modelos de justicia juvenil y la evolución histórica del derecho penal juvenil español.....	14
4.1. El modelo tutelar y la Ley de Tribunales Tutelares de Menores de 1948	14
4.2. El modelo del bienestar	16
4.3. El modelo de responsabilidad y la Ley reguladora de la competencia y el procedimiento de los juzgados de menores	16
4.4. El modelo de las 4 D	19
4.5. El modelo de la seguridad ciudadana	20
5. Bases del sistema de justicia juvenil.....	22
5.1. Fundamento de la intervención	22
5.2. Naturaleza de la intervención	23
5.3. Naturaleza de las consecuencias jurídicas previstas para la comisión de delitos	24
5.4. El principio del superior interés del menor	25
6. Ámbito subjetivo de aplicación.....	27
6.1. La fijación de la edad	27
6.2. La exclusión de los menores de 14 años de la responsabilidad penal	28
6.3. La franja de los 14 a 18 años	30
6.4. La franja de los 18 a 21 años	30
7. El ámbito objetivo de aplicación.....	33
7.1. El delito y sus características: criterios comunes a los adultos	33
7.2. Particularidades	34
7.2.1. Las causas de inimputabilidad	34
7.2.2. El régimen de la prescripción	36

7.2.3. El tratamiento de los concursos y el delito continuado	37
8. El sistema de medidas previstas en la Ley de Responsabilidad Penal del Menor	39
8.1. Clases de sanciones	39
8.2. Análisis de las diferentes medidas: concepto y características	41
8.2.1. El internamiento	41
8.2.2. La permanencia de fin de semana	44
8.2.3. Tratamiento ambulatorio	45
8.2.4. Asistencia a centro de día	46
8.2.5. Libertad vigilada	47
8.2.6. La prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez	49
8.2.7. Realización de tareas socioeducativas	50
8.2.8. La convivencia con otra persona, familia o grupo educativo	50
8.2.9. Prestaciones en beneficio de la comunidad	52
8.2.10. Amonestación	54
8.2.11. Privación del permiso de conducir o de las licencias para caza o uso de armas	55
8.2.12. Inhabilitación absoluta	55
9. La aplicación de las medidas	56
9.1. Los presupuestos para la aplicación de las sanciones	56
9.2. La elección de la medida y su duración: la discrecionalidad de los jueces de Menores	57
9.3. Límites a la discrecionalidad	59
9.4. El principio de subsidiariedad como criterio rector para fundamentar la respuesta al menor dentro de los límites legales	63
Ejercicios de autoevaluación	67
Solucionario	68

Introducción

El objeto de este primer módulo lo constituye el derecho penal juvenil en sentido estricto. Se trata de un sector del derecho penal que se ocupa de fijar el alcance de la responsabilidad de los menores que cometen hechos delictivos. Para ello empezaremos por abordar el concepto de derecho penal juvenil, sus fuentes y sus fines para, a continuación, entrar en el análisis de los modelos que se emplean para abordar el fenómeno de la delincuencia juvenil. El conocimiento de la evolución de los modelos sirve, entre otras cosas, para explicar algunas de las decisiones del actual sistema.

Aclarado lo anterior y tomando como modelo el derecho penal de menores español, muy similar al de muchos países, estudiaremos las bases del sistema, la franja de edad a la que se aplica, así como los hechos por los que han de responder los menores. A continuación nos ocuparemos de la parte central: el catálogo de sanciones y los criterios de determinación de estas y su duración.

Como vamos a ver, dado que el derecho penal de juvenil se remite al de adultos para fijar cuáles son los hechos que son constitutivos de delitos para los menores y, por tanto, en este ámbito son muy pocas sus peculiaridades, donde alcanza plena autonomía es a la hora de fijar el catálogo de sanciones y establecer los criterios para elegirlos. Por ello realizaremos un análisis de las principales características de cada delito para después estudiar cómo la normativa penal otorga a los operadores jurídicos una gran discrecionalidad de cara a elegir la medida más idónea para el menor infractor y para concretar la duración de la misma. Y ello porque en tanto que el derecho penal juvenil pretende educar a los infractores, es decir, evitar que estos vuelvan a delinquir, el hecho delictivo es un requisito necesario, pero todavía no suficiente para averiguar si hace falta la sanción, pues para ello se requiere un análisis de las circunstancias personales, educativas, familiares y sociales del menor.

Pero esa discrecionalidad tiene unos límites. La normativa penal suele limitar la libertad de los operadores jurídicos, estableciendo a veces las sanciones que se pueden imponer por la comisión de determinadas infracciones penales o señalando las duraciones máximas que pueden alcanzar las medidas según los hechos cometidos o las edades de los delincuentes.

Objetivos

Son varios los objetivos que se persiguen en este módulo:

- 1.** El conocimiento del concepto del derecho penal juvenil, sus fuentes y sus fines.
- 2.** El conocimiento de los modelos de justicia juvenil y la comprensión de las consecuencias que la adopción de uno u otro tiene de cara a la elección de la respuesta y la forma de hacerlo.
- 3.** Conocimiento de las bases del sistema, la identificación de sus destinatarios y la relevancia que las normas penales previstas para los adultos tienen para el derecho penal juvenil.
- 4.** Conocimiento del concepto y las características de las sanciones previstas para los menores.
- 5.** Conocimiento de las reglas de determinación de las sanciones.
- 6.** Comprensión de que el papel de la discrecionalidad no es posibilitar decisiones arbitrarias sino permitir a los operadores jurídicos ofrecer en cada caso la respuesta más adecuada para alcanzar los fines perseguidos.
- 7.** Comprensión de que los efectos de la normativa penal en la realidad pueden ser fruto de la aplicación de la ley porque así lo impone esta, o de una determinada manera de aplicar la ley en situaciones en las que los operadores eligen alguna de las opciones entre las que la normativa, conscientemente o no, permiten elegir.

1. Concepto

El **Derecho penal juvenil** constituye un sector del derecho penal que se ocupa de la delincuencia cometida por los menores de edad. Este sector del derecho penal, como se ha destacado en la doctrina alemana, se caracteriza por su accesoriedad en los presupuestos y su autonomía en materia de procedimiento y sanciones.

En efecto, presupuesto de la intervención del derecho penal juvenil es la comisión de un hecho delictivo por parte de un menor de edad. Sin embargo, este ámbito del ordenamiento jurídico no contiene un catálogo propio de delitos, sino que se remite a la legislación penal de adultos, al establecer que los menores serán responsables de los hechos contemplados como delitos en el Código penal y en otras leyes penales. No solo es que no se incluya en la normativa penal de los menores el catálogo de delitos, sino que tampoco se contiene el concepto y las características del mismo. Todo ello le viene dado por el derecho penal de adultos, salvo algunas pequeñas peculiaridades en materia de culpabilidad y prescripción.

En cambio, la normativa penal de menores regula de manera específica el procedimiento penal al que son sometidos los menores acusados de la comisión de delitos. Como veremos, el proceso penal de menores difiere notablemente del que rige para los adultos.

Asimismo, el derecho penal de menores contiene su propio catálogo de sanciones, los criterios de determinación de estas, así como las reglas para su ejecución.

2. Fuentes

Como vamos a ver, la regulación del derecho penal de menores se contempla esencialmente en la normativa estatal por ser la legislación penal una competencia exclusiva del Estado. No obstante, la materia de ejecución de medidas es competencia autonómica, por lo que, junto al derecho estatal, hay que atender también a las normas que las diferentes comunidades autónomas hayan podido dictar sobre esta cuestión. Junto a la legislación nacional hay que tener muy presente las directrices internacionales que sobre este tema se han ido aprobando.

2.1. La normativa nacional

La Disposición final séptima del Código penal de 1995 anunciaba la futura aprobación de una ley que regularía la responsabilidad penal del menor, no entrando en vigor entretanto lo dispuesto en el art. 19 de dicho texto legal. Sin embargo, la aparición de esta Ley se retrasó considerablemente, pues no se publicó hasta el 13 de enero de 2000 (Ley 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores en adelante LORRPM), y entró en vigor un año después.

Antes de que la LORRPM cobrara vigencia, fue modificada por las Leyes Orgánicas 7/2000, de 22 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, en relación con los delitos de terrorismo, y la 9/2000, de 22 de diciembre, sobre medidas urgentes para la agilización de la Administración de Justicia, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Posteriormente se ha modificado por Ley Orgánica 9/2002, de 10 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal y del Código Civil sobre sustracción de menores, así como por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/95, de 23 de noviembre del Código Penal. Por último, la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, ha venido a realizar una profunda reforma que ha afectado casi a la mitad de sus preceptos.

Por otro lado, la Disposición Final 7.^a de la LO 5/2000 había previsto el desarrollo reglamentario de lo relativo a la ejecución de las medidas privativas de libertad por parte de las comunidades autónomas con competencia respecto a la protección y reforma de menores. Pero al entrar en vigor la Ley Orgánica

5/2000, las comunidades autónomas no lo hicieron, por lo que finalmente el Estado decidió asumir el desarrollo reglamentario para lo cual aprobó el Real Decreto 1774/2004.

Sin embargo, ya desde un principio las comunidades autónomas se percataron de que el Real Decreto 1774/2004 no era suficiente y muchas de ellas han ido aprobando normativas para paliar algunas lagunas jurídicas no cubiertas por el texto estatal. Entre ellas se pueden citar las siguientes:

- Decreto del Principado de Asturias 40/2006, de 4 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de organización y funcionamiento de los centros específicos para la ejecución de medidas privativas de libertad de menores y jóvenes infractores.
- Circular 1/2008, de la Dirección General de Ejecución Penal a la Comunidad y Justicia Juvenil, sobre disposiciones comunes de funcionamiento de los centros educativos.
- Decreto 181/2010, de 27 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto de Organización y Funcionamiento de los Centros para la ejecución de medidas privativas de libertad de menores infractores de la Comunidad Autónoma de Extremadura.
- Decreto 80/2009, de 21 de abril, sobre centros educativos de cumplimiento de medidas privativas de libertad en la Comunidad Autónoma del País Vasco.
- Orden de 25 de octubre 2010, por la que establece la organización y el funcionamiento de la Dirección General de Menores y Familia en la ejecución de las diferentes medidas judiciales no privativas de libertad que imponen los juzgados de menores, y los procedimientos y criterios de actuación.
- Orden de 1 de marzo de 2011, por la que se aprueban las Normas de Funcionamiento Interno de los Centros de Internamiento Educativo para menores infractores de Canarias.
- Decreto de la Comunidad de Castilla y León 63/2011, de 27 de octubre, por el que se regula la intervención administrativa y la organización y funcionamiento de los servicios y centros específicos destinados a menores infractores.
- En el caso de Andalucía, hay que tener presente el Decreto 33/2008, de 5 de febrero, por el que se regulan los centros y servicios de reforma juvenil y se establece el sistema de gestión de la calidad, así como numerosas resoluciones e instrucciones de la Dirección General responsable del cumplimiento de esta medida.

Además de las normativas específicas, es habitual que las leyes de infancia de las distintas comunidades autónomas contengan referencias a la justicia penal de menores.

2.2. La normativa internacional

La ONU ha prestado mucha atención en las dos últimas décadas al tratamiento de los menores que cometen hechos delictivos, lo que se ha plasmado en diversos textos: Convención sobre los derechos del niño (en adelante CDN), reglas mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de menores (Reglas de Beijing), Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad y Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad).

Asimismo, también a nivel europeo se ha ocupado del tema el **Consejo de Europa**, especialmente a través de la Recomendación (87) 20, de 17 de septiembre de 1987, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre reacciones sociales ante la delincuencia juvenil y la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa (2003)20, sobre nuevas formas de tratamiento de la delincuencia juvenil y el papel de la justicia juvenil. Más recientemente, hay que mencionar la Recomendación (2008)11, del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre Reglas Europeas para infractores juveniles sometidos a sanciones o medidas, adoptada en fecha 5 de noviembre de 2008.

Ciertamente, textos internacionales como las reglas y directrices de Naciones Unidas o las recomendaciones del Consejo de Europa no tienen carácter vinculante. Pero juegan un papel importante, pues, como ha dicho el Tribunal Constitucional en su Sentencia 36/1991, “expresan una doctrina generalmente aceptada en el correspondiente ámbito y que, seguramente, deben inspirar la acción de nuestros poderes públicos”.

Las directrices internacionales perfilan un modelo de justicia juvenil cuyo punto de partida, como proclaman las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad) en su apartado I.5.e es:

“el reconocimiento del hecho de que el comportamiento o conducta de los jóvenes que no se ajustan a los valores y normas generales de la sociedad son con frecuencia parte del proceso de maduración y crecimiento, y tienden a desaparecer espontáneamente en la mayoría de las personas cuando llegan a la edad adulta”.

El sistema de responsabilidad penal de menores se debe orientar a la prevención especial, es decir, el fin de la respuesta a los menores que cometen delitos es adoptar las medidas necesarias para que no lo vuelvan a repetir. Así, el art. 40.1 CDN consagra el “derecho del menor a ser tratado de forma que

se fortalezca el respeto por los derechos y libertades de los demás y a que se reconozca la importancia de su reintegración en la sociedad y la asunción de una función constructiva”.

En el ámbito europeo, la Recomendación (87) 20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa establece que “el sistema penal de los menores debe seguir caracterizándose por su objetivo de educación y de inserción social”. Más recientemente, la Recomendación (2003)20, sobre nuevas formas de tratamiento de la delincuencia juvenil y el papel de la justicia juvenil, señala que el objetivo fundamental de la justicia de menores y de sus medidas es evitar la comisión de delitos y la reincidencia, la (re)socialización y (re)inserción de los menores delincuentes, así como atender a los intereses y necesidades de las víctimas.

A nivel internacional, no se ha logrado acuerdo sobre las edades mínimas a las que se puede iniciar la intervención del derecho penal juvenil.

La Recomendación (2003)20, en consonancia con la prolongación de la etapa de transición a la edad adulta que representa la adolescencia, propone tratar a los jóvenes de hasta 21 años como menores y aplicarles medidas similares a las previstas para estos. El único requisito exigido para ello es que los jóvenes presenten un grado de madurez y responsabilidad parecido al de un menor. (También la regla 3.3 de las Reglas de Beijing)

El internamiento ha de ser el último recurso y para evitarlo se han de introducir medidas ambulatorias en las legislaciones (art. 37b y 40.4 CDN).

En el aspecto procesal se consagra el respeto a las garantías procesales básicas (presunción de inocencia, práctica de la prueba, al recurso, etc.). Así se proclama en el art. 40.2.b CDN, apartado 7 de las reglas de Beijing o apartado 8 de la Recomendación (87)20.

El internamiento cautelar solo se admite cuando sus fines no se pueden conseguir por otra vía y su duración ha de ser lo más breve posible, tal como consagra, por ejemplo, el apartado 13 de las Reglas de Beijing.

La Recomendación (2003)20 del Consejo de Europa señala que en los supuestos donde no queda más remedio que decretar el internamiento cautelar, no deberían transcurrir más de seis meses hasta el comienzo del juicio. Solo cuando concurren circunstancias extraordinarias se puede prolongar.

La desjudicialización, tal como dispone el art. 40.3.b CDN, exige a los Estados la articulación de mecanismos para que se puedan adoptar medidas contra los menores sin recurrir a los procesos judiciales, respetando sus derechos y las garantías legales. En este sentido, el art. 11 de las Reglas de Beijing recomienda facultar a policía, fiscales y otros para resolver discrecionalmente los casos.

3. La función del derecho penal juvenil

Tal como acabamos de ver, las directrices internacionales se manifiestan de manera unánime a favor de orientar el sistema de justicia juvenil hacia la prevención especial. De este modo, el derecho penal juvenil tiene como finalidad evitar que los menores que han cometido un delito no lo vuelvan a hacer. Por ello proclaman que se **orientan a la educación de los menores**.

Si la práctica ha demostrado las enormes dificultades para conseguir que los adultos dejen de cometer delitos, pues la intervención tiene lugar cuando ya su personalidad está plenamente formada y resulta muy difícil de modificar, en el caso de los menores se confía en que abandonen la comisión de los hechos delictivos. En efecto, se trata de sujetos que aún no han completado los procesos de socialización, por lo que se puede incidir en los mismos para orientar su comportamiento futuro hacia metas no delictivas. La actual redacción del art. 2 de la Ley Penal Juvenil alemana consagra esta idea cuando dispone que la aplicación del derecho penal juvenil debe evitar la comisión de nuevos delitos por parte de los menores y jóvenes, para lo cual, añade, las medidas y, respetando el derecho a la educación de los padres, el proceso se han de orientar preferentemente hacia la idea de la educación.

En nuestra legislación no encontramos una formulación tan clara. No obstante, la Exposición de Motivos, en su apartado 7, proclamaba lo siguiente:

“La presente Ley Orgánica tiene ciertamente 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 o la intimidación de los destinatarios de la norma, se pretende impedir todo aquello que pudiera tener un efecto contraproducente para el menor, como el ejercicio de la acción por la víctima o por otros particulares”.

Ya desde sus inicios, esta directriz encontraba en el texto de la ley excepciones donde no era difícil vislumbrar la preferencia por criterios de prevención general y las sucesivas reformas, especialmente la realizada a través de la Ley Orgánica 8/2006, han acentuado el papel de la prevención general, hasta el punto de que en esta última se proclama lo siguiente:

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

4. Los modelos de justicia juvenil y la evolución histórica del derecho penal juvenil español

En este apartado vamos a ver los diversos modelos que se han empleado para combatir la delincuencia juvenil y lo vamos a hacer al hilo de las diversas regulaciones que se han sucedido para abordar la delincuencia juvenil. Cabe hablar de cuatro grandes modelos de justicia de menores: tutelar, bienestar, responsabilidad y 4 D. En los últimos años hemos asistido a la implantación de un modelo distinto, el de la seguridad ciudadana.

4.1. El modelo tutelar y la Ley de Tribunales Tutelares de Menores de 1948

El **modelo tutelar** fue el que adoptaron los sistemas de justicia juvenil cuando surgieron a **finales del S. XIX**. Surgió en el contexto de la industrialización, que llevó a que millones de personas abandonaran el campo para trasladarse a las ciudades para trabajar en la industria con unas condiciones laborales terribles y donde las mujeres y los niños fueron los más perjudicados. En bastantes países ha pervivido hasta épocas muy recientes.

El modelo tutelar parte de la idea de que los menores son personas necesitadas al igual que los que se encuentran en situación de riesgo social. La consecuencia de ello es que ambos deben ser tratados de la misma manera, configurándose como un sistema paternalista. La justicia juvenil se contempla como un instrumento de ayuda, lo cual hace innecesario reconocer a los menores las garantías procesales esenciales. La intervención se extendía no solo a los delitos sino también a otros hechos irregulares. El reformatorio era la medida básica de este sistema.

La Ley de Tribunales Tutelares de Menores de 1948 (en adelante LTTM), al igual que la normativa predecesora, respondía a la concepción del modelo tutelar, también denominado de protección o correccional-positivista.

La LTTM atribuía a los Tribunales Tutelares de Menores la competencia para ejercer sobre los menores tanto la facultad protectora o de asistencia social como la reformadora o punitiva. Con relación a esta última, partía de un concepto amplio de delincuencia juvenil, pues su competencia se extendía no solo a los menores que hubieran cometido delitos y faltas, sino también a los que hubiesen infringido las normas provinciales y municipales, así como a los “prostituidos, licenciosos, vagos y vagabundos” o que hubieran faltado al respeto y sumisión debidos a los padres y tutores. En definitiva, la facultad refor-

madora, siguiendo las pautas del modelo tutelar, se caracterizaba por la adopción de un concepto amplio de delincuencia juvenil, pues en él se incluían simples conductas irregulares.

La LTTM, que no establecía ningún límite mínimo de edad para poder ejercer la facultad reformadora, disponía que las medidas aplicables no tenían una finalidad represiva sino educativa y tutelar. En lo referente a los hechos constitutivos de delito o falta, prescribía a los Tribunales Tutelares de Menores que atendiesen fundamentalmente a las condiciones morales y sociales que manifestaran los menores en su comisión, dejando en un segundo plano la valoración de los hechos realizados por el sujeto (art. 16).

El catálogo de medidas aplicables a los menores se recogía en el art. 17: amonestación, breve internamiento, libertad vigilada, colocación bajo la custodia de otra persona, familia o de una sociedad tutelar, internamiento en un establecimiento especial para menores anormales o internamiento en establecimiento de observación, de educación, de reforma, de tipo educativo o de tipo correctivo o de semilibertad. Las medidas tenían una duración indeterminada, pues no se fijaba ningún límite máximo salvo el de que la intervención debía cesar al alcanzarse la mayoría de edad civil (art. 18). **No se establecía ninguna correlación entre el hecho cometido y la sanción que le habría de corresponder, dejándose la cuestión a la discrecionalidad de los jueces**, lo que como se había denunciado, violaba principios básicos como el de proporcionalidad y legalidad.

En el plano procesal, los Tribunales Tutelares de Menores eran órganos esencialmente administrativos, pues no se requería que sus integrantes pertenecieran a la carrera judicial, sino que los nombraba el Ministerio de Justicia y dependían del Consejo Superior de Protección de Menores, que a su vez era un órgano dependiente del primero.

En el plano procedimental, el art. 15 LTTM disponía que “en los procedimientos para corregir y proteger a menores,... el Tribunal no se sujetará a las reglas procesales vigentes en las demás jurisdicciones”. El art. 16 añadía que los hechos atribuidos a menores de 16 años se apreciaran “por los Tribunales Tutelares, con razonada libertad de criterio”. Asimismo, en virtud del art. 29 del Reglamento de la LTTM, al menor acusado de una conducta irregular únicamente se le permitía la defensa personal, quedando excluida la intervención de abogados o procuradores. Finalmente, el art. 74 del Reglamento estipulaba que el interrogatorio del menor debía estar presidido por el afecto y la falta de solemnidad, “cuidando con insinuación paternal de captarse su confianza, a fin de lograr que se exprese con espontánea libertad en sus contestaciones”. Con ello se configuraba un procedimiento en el que no se respetaban garantías procesales esenciales, tales como la presunción de inocencia, el derecho a no declarar y a no declararse culpable, la asistencia y defensa letrada, etc.

En definitiva, frente a la idea de que con el modelo tutelar se sustraía a los menores del derecho penal, la realidad vino a demostrar, como ha destacado la doctrina, que en la práctica los adolescentes se veían sometidos a verdaderas sanciones penales que en nada se diferenciaban de las previstas para los adultos, pero con la particularidad de que en el ámbito juvenil no se respetaban las garantías legales y judiciales previstas para estos.

4.2. El modelo del bienestar

El **modelo del bienestar** surgió tras la **Segunda Guerra Mundial** al amparo del estado de bienestar. El principio rector de este modelo es el criterio de las **necesidades del menor**, lo que determina que el **sistema se oriente a la educación**. Por ello, también este sistema sigue dando un tratamiento unitario a menores delincuentes y en situación de riesgo social, pues ambos requieren que se les cubra una serie de necesidades.

En las medidas que se establecen, prima la educación y el tratamiento sobre la represión. Ello provoca la desaparición de las grandes instituciones de internamiento. Este se decreta en casos excepcionales y para ello se crean pequeñas residencias. Al mismo tiempo se introducen nuevas medidas ambulantes y se buscan familias que estén dispuestas a acoger a los menores que hayan cometido delitos. La intervención alcanzaba a la propia familia del menor a la que se le ofrece ayuda. La respuesta a los menores era muy informal, realizada a través de instituciones públicas y privadas ajenas al sistema de Administración de Justicia (familia, servicios sociales, colegios, etc.). Los protagonistas de este modelo son los **educadores** y los **trabajadores sociales**, y donde, como ha indicado Giménez-Salinas, el juez de Menores aparece como un “súper asistente social”. Para combatir la delincuencia de menores se utilizan **procesos informales**, en los que se concede un gran margen de discrecionalidad.

4.3. El modelo de responsabilidad y la Ley reguladora de la competencia y el procedimiento de los juzgados de menores

El punto de partida de los **modelos de responsabilidad** se suele situar en la sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos en el **caso In re Gault** de 15 de mayo de 1967. Gerald Gault, de 15 años, fue detenido en su casa junto a un amigo porque una vecina les denunció por hacerle una llamada obscena. Sus padres estaban ausentes durante la detención y no se les notificó. El chico fue condenado en un procedimiento en el que no estaba asistido de letrado y donde el testigo de cargo no estuvo presente. Se le impuso una sanción de internamiento en una institución correccional (Escuela Industrial

del Estado) hasta cumplir los 21 años. El Tribunal Supremo de los Estados Unidos dictaminó que los menores, al igual que los adultos, tienen derecho a un proceso justo y, por tanto, deben gozar de todas las garantías procesales.

Los sistemas de responsabilidad asimilan la justicia juvenil a la de adultos, establecen una edad mínima para poder ser sujetos de responsabilidad penal, separando esta faceta de la de protección. Fijan una edad mínima para poder ser sometidos a la intervención penal. Esta tiene lugar solo por la comisión de hechos delictivos, excluyéndose las conductas irregulares o meramente inmorales. En el plano procesal, aseguran a los menores las garantías procesales.

A continuación vamos a ver cómo se produjo la introducción en **España** de este modelo.

La entrada en vigor de la Constitución española de 1978 puso de manifiesto la necesidad urgente de configurar un nuevo modelo de justicia penal juvenil que pusiera fin al consagrado en la LTTM, pues, como la doctrina había destacado, los principios rectores de esta Ley eran incompatibles con los principios constitucionales. Sin embargo, el cambio no tuvo lugar hasta el que el Tribunal Constitucional, a través de la Sentencia 36/1991, declaró inconstitucional la regulación del proceso al que se sometían los menores acusados de un delito. Este vacío legal lo subsanó la **Ley Orgánica 4/1992**, de 5 de junio, sobre reforma de la Ley reguladora de la competencia y el procedimiento de los juzgados de menores.

Según la Exposición de Motivos, **tres** son los **pilares** sobre los que se asentaba la regulación de la Ley 4/1992:

- 1) orientación del sistema a la satisfacción del interés del menor;
- 2) flexibilidad, que se traducía en un amplio margen de discrecionalidad del juez de Menores en la adopción de las medidas más ajustadas a tal interés;
- 3) aseguramiento al menor de las garantías constitucionales.

En el plano material, la Ley introduce diversas modificaciones atinentes tanto al ámbito objetivo y subjetivo de su aplicación como a las sanciones. En el ámbito subjetivo se estableció en 12 años para poder ser objeto de la intervención penal. Los menores de 12 años que cometieran hechos delictivos quedaban a disposición de las entidades de protección. Y por arriba, a partir de los 16 años ya se respondía por el Código penal.

En el ámbito objetivo de su aplicación, la Ley adoptó un concepto restringido de delincuencia juvenil acorde con el principio de legalidad, puesto que exigía como presupuesto ineludible de la intervención que los hechos estuvieran tipificados como delitos o faltas en la legislación penal.

La Ley amplió el catálogo de medidas que originariamente se contemplaban en la redacción de 1948, introduciéndose la prestación de servicios en beneficio de la comunidad, el tratamiento ambulatorio o la privación del derecho a conducir ciclomotores o vehículos a motor. Además, la imposición de las medidas tenía carácter facultativo, por lo que la realización de un hecho delictivo no obligaba a imponer la sanción. Además, si era precisa la imposición de una medida, se concedía al juez de Menores una gran discrecionalidad con el fin de que pudiera elegir la medida más ajustada a las necesidades del menor. Las medidas impuestas eran revisables, pudiendo ser reducidas o dejadas sin efecto.

Al menor se le garantizaban los derechos a la asistencia jurídica, a ser informado, a guardar silencio, a no declararse culpable, a su intimidad (prohibiéndose que los medios de comunicación puedan obtener o difundir imágenes del menor o datos que permitan identificarlo). En el procedimiento de menores, además, se preveía la posibilidad de decretar que las sesiones no fuesen públicas. Asimismo, se le garantizaba su derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, estableciendo plazos corto y rígidos para solventar cada fase procesal, y a recurrir las decisiones judiciales.

Por otra parte, se introdujeron mecanismos de desjudicialización, pues se consagraba ampliamente el ejercicio del principio de oportunidad, permitiendo evitar iniciar el procedimiento contra el menor sospechoso de haber cometido un delito o poner fin al ya comenzado. Como medida desjudicializadora, también se contemplaba la reparación del daño extrajudicial, pues al final de la incoación del expediente el Ministerio Fiscal puede solicitar al juez de Menores que concluya el expediente, entre otras razones, por haber reparado el menor el daño o por haberse comprometido a hacerlo (art. 15.1-6.^a). Asimismo, se había previsto la posibilidad de suspender el fallo cuando mediaba una propuesta de reparación extrajudicial (art. 16.3).

En definitiva, la Ley de 1992 consagró un modelo de responsabilidad que dio cabida tímidamente a los criterios del modelo de las 4D, que, como a continuación vamos a ver, se sitúan en un primer plano en la actual regulación.

4.4. El modelo de las 4 D

En los textos de estos organismos internacionales se configura, como vamos a ver, un modelo mixto de justicia penal juvenil en el que se combinan aspectos de los sistemas educativos o de bienestar con los procedentes de los sistemas de justicia, y que refleja en buena medida las notas características del denominado **modelo de las "4D"**, de procedencia norteamericana:

- **descriminalización,**
- **desinstitucionalización,**
- **diversión y**
- ***due process.***

Con arreglo a este modelo, en el **plano material** se debe desarrollar un programa despenalizador que reduzca la intervención penal en el ámbito de los menores. Esta vía de **despenalización** ha de ir acompañada simultáneamente de una disminución de la intensidad de las medidas; en concreto, es necesario **extraer a los jóvenes de las instituciones cerradas** y fomentar las de carácter abierto y próximas a la comunidad, así como las medidas ambulatorias.

En el **plano procesal**, y en primer término, se ha de asegurar a los menores acusados de hechos delictivos un **proceso justo** (*due process*). Este se traduce en el reconocimiento y respeto de las garantías procesales fundamentales consagradas por los derechos a la presunción de inocencia, la defensa, la asistencia letrada, no declarar, la apelación ante una instancia superior, etc.

Pero al mismo tiempo se recomienda la introducción de la **desjudicialización** (**diversión**). Con este término se alude a una serie de técnicas tendentes a poner fin al proceso penal formal en fases anteriores a la constatación de la culpabilidad del menor, renunciando a la acusación o suspendiendo el proceso, o incluso a impedir que se inicie, no comunicando la policía la *notitia criminis* a los órganos de la Administración de Justicia. En función de las consecuencias que la desjudicialización trae consigo, se distingue entre la que entraña sin más una renuncia a la intervención penal y aquella en que esta va acompañada de la adopción de otras medidas de control social, siendo esta última modalidad la que se impuso en el ámbito norteamericano. La introducción de la desjudicialización se debe fundamentalmente a dos razones:

- La necesidad de evitar la estigmatización del infractor por medio del proceso penal y las sanciones en él impuestas, pues ello contribuye a crear y fortalecer la criminalidad en vez de evitarla, como se señala desde la teoría del etiquetamiento.
- La necesidad de descongestionar una Administración de Justicia sobrecargada de trabajo. Como es fácil de colegir, el objetivo último de la desjudi-

cialización es la despenalización, con la particularidad de que esta no tiene lugar en un plano normativo sino práctico.

4.5. El modelo de la seguridad ciudadana

Las sucesivas reformas de la Ley de Responsabilidad Penal del Menor han supuesto un cambio de modelo en la justicia de menores española que probablemente haya que poner en relación con el producido en el derecho penal de adultos y que se ha denominado de la seguridad ciudadana. En este sentido, es interesante retener, siguiendo a Díez Ripollés, algunas de sus características: el protagonismo de la delincuencia clásica, el sentimiento de inseguridad ciudadana, la sustantividad de los intereses de las víctimas, así como la revalorización de la prisión y, en general, del componente aflictivo de las penas.

Un primer paso hacia este modelo lo supuso la reforma operada por la **Ley Orgánica 7/2000** y posteriormente la **Ley Orgánica 8/2006**, de 4 de diciembre, ha venido a plasmar definitivamente el cambio de modelo.

A través de esta última reforma, se ha suprimido definitivamente la posibilidad de aplicar el régimen de la LORRPM a los jóvenes de 18 a 21 años. Se han ampliado notablemente los supuestos en los que se puede acordar el internamiento en régimen cerrado. Se ha incrementado también la duración de este tipo de internamiento. Se adelanta de los 23 a los 21 años el momento en el que el internamiento en régimen cerrado con carácter general se ha de seguir cumpliendo en un centro penitenciario y en casos excepcionales, a los 18 años “si la conducta de la persona internada no responde a los objetivos propuestos en la sentencia”.

Por otro lado, en materia procesal hay que destacar la incidencia que en la privación de libertad tiene la nueva regulación de las medidas cautelares. Se añade una nueva circunstancia que permite decretar una medida cautelar: riesgo de atentar contra los bienes jurídicos de la víctima. Se incrementa el tiempo de duración de la medida cautelar de internamiento: seis meses más una prórroga de tres meses. Por último, en lugar de eliminar la acusación particular del art. 25, que se había introducido a través de la Ley Orgánica 15/2003 y que suponía un cuerpo extraño en un texto legal que se había elaborado sin tenerla en cuenta, se procede a regular su actuación.

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

Una de las razones que pretendidamente animan la reforma es la “gran preocupación social” por el aumento de la delincuencia de menores, así como la pérdida de confianza en la Ley “por la sensación de impunidad de las infracciones más cotidianas y frecuentemente cometidas por estos menores, como son los delitos y faltas patrimoniales”.

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

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

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

En definitiva, en los últimos años hemos asistido a la implantación del modelo de la seguridad ciudadana en el sistema de responsabilidad penal de los menores.

5. Bases del sistema de justicia juvenil

El art. 19 del Código penal de 1995 dispone que “los menores de 18 años no serán responsables criminalmente con arreglo a este Código”, añadiendo en su párrafo segundo que “cuando un menor de dicha edad cometa un hecho delictivo podrá ser responsable con arreglo a lo dispuesto en la Ley que regule la responsabilidad penal del menor”.

La LORRPM dispone en su art. 1.1 que “se aplicará para exigir la responsabilidad de las personas mayores de 14 años y menores de 18 por la comisión de hechos tipificados como delitos o faltas en el Código penal o las leyes penales especiales”.

Con relación al menor de 14 años que haya cometido algún hecho delictivo, el art. 3 LORRPM establece que “no se le exigirá responsabilidad con arreglo a la presente Ley, sino que se le aplicará lo dispuesto en las normas sobre protección de menores previstas en el Código civil y demás disposiciones vigentes”.

5.1. Fundamento de la intervención

El primer problema que plantea la nueva regulación es la de determinar el fundamento de la respuesta que se da a los menores de 14 años o más, que realicen comportamientos criminales y que no se da por debajo de dicha edad. En algunas legislaciones de otros países se aclara expresamente que por debajo de cierta edad se considera inimputable al menor que incurra en alguna conducta delictiva, con lo cual se viene a reconocer que por encima de esa edad los adolescentes son imputables o al menos semiimputables.

En cambio, la Exposición de Motivos de la LORRPM parece dar a entender que la razón de la exclusión de los de menos de 14 años es la irrelevancia de sus infracciones o la suficiencia de otras instancias para abordar su delincuencia. No obstante, es preferible entender que la exención de responsabilidad por debajo de dicha edad se debe considerar como una presunción absoluta de inimputabilidad a la vista de las características de estos sujetos.

Ahora bien, por encima de este límite cabe hablar de una **imputabilidad** si bien **disminuida**, puesto que los adolescentes de **14 a 18 años no son motivables en los mismos términos de los adultos**. Y ello **porque** esta franja de edad **coincide sustancialmente con la adolescencia**.

Desde un punto de vista psicológico, la personalidad de los adolescentes se ve sometida a un proceso de formación complejo e influido por diversos factores (descubrimiento de la vida personal, búsqueda de la identidad personal, evolución del papel psicosexual, etc.).

Desde una perspectiva social, esta fase de la vida se ha prolongado. Vivimos en sociedades cada vez más complicadas debido a los avances tecnológicos, lo que hace que esta etapa de preparación para el desempeño del rol de adulto se extienda. Así lo demuestran la extensión del periodo de enseñanza obligatoria, el retraso en la incorporación al mercado laboral y, por tanto, en la emancipación económica, etc.

A la vista de todo ello, cabe concluir que todos los actos de los menores de 14 a 18 años y, en consecuencia, también los delictivos se realizan en condiciones diversas a las de los adultos. Por ello respecto de aquellos solo cabe sustentar una imputabilidad disminuida.

5.2. Naturaleza de la intervención

Aclarado lo anterior, la Exposición de Motivos establece que el sistema se basa en el principio general de la “naturaleza formalmente penal pero materialmente sancionadora-educativa del procedimiento y de las medidas aplicables a los infractores menores de edad...”. Con ello se está afirmando que en el fondo no estamos ante verdaderas sanciones penales, puesto que en este ámbito estamos tratando únicamente de llevar a cabo –como indica la propia Exposición de Motivos– “una intervención de naturaleza educativa, aunque desde luego de especial intensidad”.

En realidad, no estamos ante una idea nueva, pues ya el modelo tutelar o de protección negaba la naturaleza penal de la intervención sobre menores que habían cometido delitos, destacando que no tenía un carácter represivo sino tutelar. Como ha destacado **Bacigalupo**:

“la idea de tutela quiere expresar el carácter exclusivamente educativo, socializador o resocializador, en su caso, de las consecuencias jurídicas que se prevén en las legislaciones de menores. Consiguientemente, las medidas serían un «bien», a diferencia de las penas, que serían un «mal»”.

La superación de este modelo no ha supuesto, por tanto, el abandono de una de sus tesis fundamentales: en efecto, al igual que hace la propia Exposición de Motivos, también un sector de la doctrina, aun reconociendo que las medidas previstas en la legislación de menores son sanciones, les niega la naturaleza penal por estar orientadas a la educación y no a satisfacer funciones retributivas o de prevención general.

Negar que las consecuencias jurídicas establecidas para los menores sean materialmente sanciones penales porque, como dice la Exposición de Motivos, no cumplan “otras finalidades esenciales del derecho penal de adultos, como la proporcionalidad entre el hecho y la sanción o la intimidación de los destinatarios de la norma”, no es un argumento concluyente, puesto que uno de los fines que se puede atribuir a la intervención penal es la **prevención especial**. Y esta es justamente la función que se asigna a las sanciones del derecho penal juvenil cuando se sostiene que su finalidad es **educativa**. La singularidad del sistema radica en que aquí no se suele hablar de resocialización o reeducación porque se trata de personas que aún no han completado el proceso de socialización.

Es decir, pese a que en la propia Exposición de Motivos se afirma que las medidas tienen un carácter preventivo especial, no se llega a admitir que en el fondo tienen una naturaleza penal fundamentalmente porque se ponen como realidades contrapuestas represión y prevención especial. En realidad, con ello se viene a reproducir la idea consagrada en el art. 9 de la LTTM de que “en el ejercicio de la facultad reformadora, consignada en el número 1.º de este artículo, la jurisdicción del Tribunal no tendrá carácter represivo, sino educativo y tutelar...”.

5.3. Naturaleza de las consecuencias jurídicas previstas para la comisión de delitos

Esclarecida la naturaleza penal de la intervención del sistema de justicia juvenil, la siguiente cuestión a abordar es la de determinar si las consecuencias jurídicas previstas son medidas o penas que, como es sabido, son los dos tipos de reacciones de las que el Derecho penal se sirve frente a la comisión de delitos.

Mientras un sector de la doctrina se inclina por considerar que las respuestas previstas para los menores son penas, salvo las medidas terapéuticas, otros entienden que se trata de medidas de seguridad.

Desde un punto de vista meramente formal, cabría responder que el legislador ha optado por configurarlas como **medidas**, pues este es el término que se utiliza en la Ley para designarlas. Dadas las características de estos semiimputables y el fin que se dice perseguir con las reacciones penales previstas (la prevención especial), se habría optado por configurar un sistema de medidas de seguridad.

Aunque es posible llegar a esta conclusión, esta no solo no es obligada, sino que en la regulación hay datos que conducen a pensar que estamos más bien ante **penas**. Y ello, en primer término, porque, pese a la solemne declaración

de que la finalidad de las medidas es educativa, o sea, preventivo-especial, lo cierto es que las consideraciones de prevención general juegan un papel cada vez más determinante, especialmente en el art. 10 de la LORRPM, donde se recogen dos grupos de supuestos en los que es obligatorio imponer una medida de internamiento con independencia de las características de los sujetos.

A la vista de ello y del hecho de que muchas de las sanciones no difieren de las establecidas para los adultos por más que se empleen eufemismos, creo que, pese a la terminología legal empleada (medidas), las reacciones previstas para la comisión de hechos delictivos por parte de sujetos a los que se les reconoce una imputabilidad disminuida son verdaderas penas. Únicamente el **internamiento terapéutico** y el **tratamiento ambulatorio** contemplados para los menores en quienes concurra alguna de las causas de inimputabilidad del art. 20 del Código penal **constituyen auténticas medidas de seguridad**.

5.4. El principio del superior interés del menor

En coherencia con el carácter educativo de la intervención de que parte la Ley, se proclama que tanto en el procedimiento como en la adopción de las medidas del derecho penal de menores ha de primar el principio del “superior interés del menor”. Al entender del autor y salvo que se lo interprete como una acuñación del de subsidiariedad.

En la legislación penal no tiene sentido consagrar una directriz como esta, pues en el fondo se viene a mantener una reminiscencia del pensamiento positivista. Cuando con relación a un menor está en juego la imposición de una sanción, hablar de superior interés del que la sufre parece reflejar la vieja idea de que la pena no es un mal sino un bien para el delincuente con los riesgos que ello conlleva de cara a las garantías. En el derecho penal juvenil, como en el de los adultos, las medidas no se imponen en interés de los menores sino de la sociedad. Esta no puede tolerar el daño social que representa la comisión de hechos delictivos. Y por ello reacciona aplicando sanciones con las que se pretende satisfacer una necesidad social: la prevención del delito. La particularidad del sistema de justicia juvenil radica en la forma en que se busca saldar dicha necesidad: aquí priman los aspectos preventivo-especiales sobre los generales, aunque, como hemos visto, también estos tienen relevancia.

En mi opinión, hubiera sido preferible, tal como hacen las Reglas de Beijing, hacer referencia expresa tanto en la Exposición de Motivos como en la regulación al principio de subsidiariedad y a su importancia en este ámbito, destacando que a las sanciones penales únicamente cabe recurrir allí donde un adolescente muestre una peligrosidad criminal, que, además, no pueda ser combatida por otros medios menos lesivos, como por ejemplo la asistencia social.

Y en segundo lugar, consagrar expresamente el deber de aplicar siempre la medida idónea para evitar que su reincidencia sea menos gravosa, primando las sanciones ambulatorias sobre las privativas de libertad.

Este principio cobra un mayor protagonismo en un ámbito como el de la delincuencia juvenil, donde, dada la perspectiva preventivo-especial de la que se parte, se establece un amplio catálogo de sanciones en cuya elección se dota a los jueces de un amplio margen de discrecionalidad en línea con las directrices internacionales.

6. Ámbito subjetivo de aplicación

Es habitual en la literatura jurídica hacer referencia al ámbito subjetivo de aplicación. En la medida en que el derecho penal juvenil moderno solo se aplica a grupos de sujetos de determinadas edades, con la referencia al ámbito subjetivo de aplicación **se pretende identificar, en función de la edad, a los destinatarios del derecho penal juvenil**. La Ley de Responsabilidad Penal del Menor distinguía originariamente tres **franjas de edad** siguiendo las pautas propias de los modelos de responsabilidad: hasta 14 años, de 14 a 18 y de 18 a 21 años.

6.1. La fijación de la edad

Al distinguirse varias franjas de edad, cobran una especial relevancia las cuestiones relativas al momento a tomar en cuenta, de cara a **fijar la edad** (comisión del hecho, inicio del procedimiento o final de este) y la del **criterio del cómputo**. La primera de estas la ha resuelto expresamente el legislador en el art. 5.3, estableciendo que **la edad se ha referir al momento de la comisión del hecho delictivo, siendo irrelevante la que el sujeto tenga cuando se inicie el proceso o se dicte sentencia**.

No obstante, el art. 5.3 de la Ley no ha resuelto totalmente el problema, pues a veces el delito no se realiza en un único momento. Así acaece, por ejemplo, en los delitos a distancia, en los que la acción y el resultado no coinciden en el tiempo. En estos habrá que acudir supletoriamente al art. 7 del Código penal, entendiendo que el hecho delictivo se comete cuando se realiza la acción o la omisión.

En lo referente a la segunda cuestión, la doctrina y la jurisprudencia han venido rechazando el criterio que ofrece el art. 315 del Código civil, en virtud del cual “para el cómputo de los años para la mayoría de edad se incluirá completo el día del nacimiento”. Por tanto, a **efectos penales, la edad se ha de fijar de momento a momento, tomando en cuenta el del nacimiento**. Cuando no conste la hora del nacimiento, habrá que entender con base en el principio *in dubio pro reo* que aquel tuvo lugar al final del día.

6.2. La exclusión de los menores de 14 años de la responsabilidad penal

Los menores de 14 años no pueden ser sancionados penalmente por los hechos delictivos cometidos.

Con relación a este grupo se plantean problemas cuando uno o varios de los actos integrantes de determinadas figuras (delito continuado, permanente y habitual) se realizan antes de cumplir dicha edad.

Así, cuando algunas de las conductas susceptibles de configurar un delito continuado han tenido lugar con anterioridad a los 14 años, únicamente se podrá exigir responsabilidad penal por las acontecidas después de alcanzar esta edad. En caso de duda habrá que acudir al principio *in dubio pro reo* y concluir que se ejecutaron con anterioridad al cumplimiento de dicha edad. La misma solución se ha de aplicar a los supuestos de delitos permanentes o habituales, de tal manera que las actuaciones llevadas a cabo antes de los 14 años no se podrán tener en cuenta. Así, no cabrá sancionar penalmente por un delito de receptación de faltas (art. 299 CP) que requiere la habitualidad cuando esta solo se pudiera apreciar incluyendo los actos realizados con anterioridad a la mencionada edad.

Lo dispuesto en el art. 3 de la Ley no impide que se pueda someter al menor a otras formas de responsabilidad menos lesivas que la penal.

Así, cabe exigir responsabilidad civil por el hecho ilícito cometido. Sin embargo, esta se ha de sustanciar con arreglo a lo dispuesto en el art. 1903 del Código civil, por lo que en principio la misma recae sobre padres, tutores o titulares del centro docente en el que el hecho se ha realizado y siempre que estos no hayan observado la diligencia debida.

Asimismo, cabría sancionar al menor administrativamente en algunas hipótesis.

Ejemplo

Piénsese, por ejemplo, que este cometió el ilícito penal en el colegio. Aquí creo que sería posible aplicarle una medida disciplinaria si está prevista.

Al margen de lo anterior, solo cabe adoptar las medidas de protección previstas en el Código civil y demás disposiciones vigentes. En este sentido el art. 3 de la Ley dispone que:

“el Ministerio Fiscal deberá remitir a la entidad pública de protección de menores testimonio de los particulares que considere precisos respecto al menor, a fin de valorar su situación, y dicha entidad habrá de promover las medidas de protección adecuadas a las circunstancias de aquel conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero”.

En este inciso del art. 3, al igual que en otro pasaje de la Ley (art. 18) referente al desistimiento de la incoación del expediente, **se establece la obligatoriedad de la actuación de las entidades de protección cuando no se pueda exigir responsabilidad penal conforme a la Ley o se decida no acudir a ella.** La obligación de estas entidades se ha de entender en el sentido de que han de comprobar si el menor se encuentra en alguna de las situaciones de desprotección social previstas en la Ley de Protección Jurídica del Menor (riesgo o desamparo) para, en su caso, adoptar las medidas correspondientes. Por tanto, no cabe interpretar que la comisión de un hecho delictivo implique sin más una situación de riesgo o desamparo, ni que las entidades públicas de protección hayan de acordar una medida siempre que se cometa un delito por parte de un menor.

En definitiva, es preciso llamar la atención frente a cualquier tentación de convertir las instituciones de protección en órganos que vienen a suplir la falta de intervención penal sobre determinados grupos de menores.

En algunas comunidades autónomas, sin embargo, se están creando equipos técnicos con el fin de intervenir sobre los menores de 14 años que hayan cometido delitos, aplicándoles sanciones similares a las previstas en la Ley (libertad vigilada, tratamiento ambulatorio, realización de tareas socioeducativas, amonestación). A mi juicio, ello supone crear de hecho por parte de comunidades autónomas un derecho penal para menores de 14 años, siendo así que ello es una competencia estatal y cuya regulación requiere una Ley Orgánica estatal. Cuestión diversa es si ante situaciones de riesgo social por parte de menores (hayan o no cometido delitos), la actuación de las entidades de protección es insuficiente o ineficaz. Si ello es así y de hecho no escasean las denuncias de que en ocasiones las entidades de protección no están adoptando las medidas adecuadas, en este caso lo que hay que reclamar es que cese la inacción o la actuación deficiente de las mismas.

6.3. La franja de los 14 a 18 años

Representa el ámbito natural de aplicación de la Ley, habiéndose discutido si no sería conveniente rebajar la edad mínima a los 12 años. La reforma de 2006 ha optado por no hacerlo con buenos criterios, pues los argumentos empleados para disminuir la edad apuntan a la existencia de menores de 14 con graves carencias sociales que no están siendo atendidos debidamente por las entidades de protección. Pero si esto es así, lo lógico es que estas mejoren su intervención y no recurrir al derecho penal para subsanar las deficiencias en la actuación de otras parcelas de la administración.

A su vez, dentro de esta franja se distinguen **dos grupos**: de **14 a 16 años** y de **16 a 18 años**. Esta subdivisión tiene una enorme trascendencia, puesto que **la gravedad de las sanciones varía en función de ella**.

El art. 9. 3.^a establece que la duración máxima de las medidas es de dos años salvo la de prestaciones en beneficio de la comunidad, que no podrá superar las cien horas y la de permanencia de fin de semana, que no podrá exceder de los ocho fines de semana.

Sin embargo, en los delitos del art. 9.2 las sanciones pueden durar hasta tres años para menores de 14 o 15 años (150 horas en beneficios y 12 fines de semana) y hasta seis años (200 horas o 16 fines de semana) para los de 16 y 17 años. Además, en casos de extrema gravedad, es obligatorio imponer internamiento en régimen cerrado de uno a seis años con libertad vigilada de hasta cinco años a los de 16 y 17 años, no pudiéndose modificar o sustituir la medida hasta que se cumpla un año.

En los delitos del art. 10.2 es obligatorio imponer una medida de internamiento en régimen cerrado de hasta cinco años más libertad vigilada de hasta tres años a los de 14 y 15 años, pudiéndose incrementar el internamiento hasta los seis años en caso de concurso de delitos. Para los de 16 y 17 años el internamiento puede llegar hasta los ocho años más una libertad vigilada de hasta cinco años, pudiendo llegar el internamiento a los diez años en caso de concurso de delitos. Además, para los de 16 y 17 años la medida no se puede modificar o sustituir hasta que no se cumpla la mitad.

6.4. La franja de los 18 a 21 años

Dado que el art. 69 del Código penal ha previsto que “al mayor de 18 años y menor de 21 que cometa un hecho delictivo podrán aplicársele las disposiciones de la ley que regule la responsabilidad penal del menor en los casos y con los requisitos que esta disponga”, la Ley originariamente en su art. 4 establecía como condiciones para su aplicación a esta franja de edad que el joven adulto

hubiera cometido 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; que no hubiera sido condenado en sentencia firme por otros hechos delictivos una vez cumplidos los 18 años, no computándose las condenas anteriores por hechos imprudentes ni los antecedentes penales cancelados o que pudieran serlo; y, finalmente, “que las circunstancias personales del imputado y su grado de madurez” aconsejaran “la aplicación de la presente Ley, especialmente cuando así lo haya recomendado el equipo técnico en su informe”.

El fundamento de la posibilidad de aplicación a los mayores de 18 años y menores de 21 del derecho penal juvenil radica en el hecho de que entre los 17 y los 18 años no se puede establecer una censura desde el punto de vista de la evolución psicológica, pues aunque se supere la mayoría de edad civil, los denominados **jóvenes adultos** presentan en gran medida las características de los adolescentes y, como destaca **Sánchez García**, se encuentran “en una fase en la que su **personalidad** es aún parcialmente **inmadura, frágil e influenciabile**, expuesta a modificarse en virtud de sus facultades de adaptación en un sentido positivo o negativo”.

A lo anterior hay que añadir que en el contexto de las modernas sociedades industrializadas la **etapa de la adolescencia se ha prolongado**, lo que determina un retraso en la asunción de los roles de adultos por parte de los jóvenes. Así lo demuestra la ampliación de los periodos de formación escolar obligatoria y profesional. Esto a su vez provoca que la incorporación al mundo laboral y la emancipación económica se produzcan más tardíamente.

De ahí que nos encontremos con que los integrantes de esta franja de edades presentan unas **características similares a las de los menores** y, por ello, también cabe hablar respecto a ellos de **supuesto de imputabilidad todavía disminuida**, que justifica que se les dé un tratamiento parecido al de aquellos.

Desde esta perspectiva, resultaba desafortunada la opción de nuestro legislador de no atender exclusivamente al grado de madurez del joven, viniendo a exigir dos requisitos adicionales, que nada tenían que ver con ella.

La entrada en vigor de la regulación del art. 4 LORRPM se suspendió en dos ocasiones, esencialmente porque las comunidades autónomas alegaban que no tenían medios para asumir las medidas de los jóvenes y finalmente la Ley Orgánica 8/2006 suprimió este precepto, que, por un error del legislador, estuvo vigente durante algo más de un mes en el año 2007. Se trata de una decisión que nos aleja de las directrices internacionales. Así, la Recomendación (2003)20, en consonancia con la prolongación de la etapa de transición a la edad adulta que representa la adolescencia, propone tratar a los jóvenes de hasta 21 años como menores y aplicarles medidas similares a las previstas para estos. El único requisito exigido para ello es que los jóvenes presenten un grado de madurez y responsabilidad parecido al de un menor.

7. El ámbito objetivo de aplicación

También es habitual en materia de derecho penal juvenil aludir al **ámbito objetivo de aplicación**.

Ello tiene sentido porque la delincuencia juvenil se suele definir con relación a la de adultos, de tal manera que su concepto puede coincidir con el establecido para estos o puede ser más amplio o más restringido.

En efecto, como hemos visto, en el modelo tutelar se utilizaba un concepto más amplio, pues el derecho penal juvenil se aplicaba no solo por los hechos tipificados como delito o falta para los adultos, sino también por otras infracciones no previstas para estos, como, por ejemplo, ser un vago o estar prostituido, etc. Modernamente no faltan las voces que propugnan el diseño para los menores de un catálogo de delitos propio y más reducido que el de los adultos. En la actualidad, tal como dispone el art. 1 de la Ley, el catálogo de delitos para los menores es el previsto para los adultos en el Código penal y las leyes penales especiales. No obstante, en cuanto a las características de los delitos, en la Ley se contienen algunas especificidades que vamos a ver a continuación.

7.1. El delito y sus características: criterios comunes a los adultos

En las legislaciones anteriores no se aclaraba si para la imposición de una medida bastaba la concurrencia de un hecho recogido en algún tipo penal o si, además, era preciso que no se diera ninguna causa excluyente de la antijuridicidad, culpabilidad o punibilidad.

Ahora el art. 5 de la Ley, siguiendo el criterio doctrinal, establece que la aplicación de una sanción exige la realización de un hecho típico, antijurídico, culpable y punible. Por ello la presencia de causas de justificación, de exculpación, excluyentes de la punibilidad o de extinción de la responsabilidad criminal exime de la sanción. Para la identificación de estas circunstancias, así como para la determinación de su contenido, alcance y consecuencias, hay que estar en principio a lo dispuesto por el Código penal, puesto que en el plano sustantivo este texto legal, según la Disposición Final Primera, tiene carácter supletorio para lo no previsto expresamente en la Ley.

En primer término, hay que destacar que **los criterios generales del Código penal solo rigen supletoriamente para la justicia de menores en la medida en que no se opongan a los fines de esta**. Así, en nuestra opinión, son incompatibles con estas las pautas que establece el Código penal para la determinación legal de la pena en función de la concurrencia o no de circunstancias agravantes y atenuantes. En efecto, la obligación de imponer una concreta sanción en virtud de estas contradice abiertamente el principio de la flexibilidad que proclama la Ley en lo relativo a la elección de la sanción y su duración. No solo en esta materia no se puede acudir supletoriamente al Código penal, sino también en otras, como, por ejemplo, sucede con algunos aspectos de la prescripción.

Por otra parte, no hace falta acudir al Código penal en los supuestos en los que la propia Ley ofrece una regulación específica para algunos de los aspectos del hecho delictivo. Así acaece respecto de dos cuestiones: las **causas de inimputabilidad** y el **régimen de la prescripción**.

7.2. Particularidades

7.2.1. Las causas de inimputabilidad

La Ley se ocupa expresamente de las consecuencias aplicables a los menores en los que se dé alguna de las causas de inimputabilidad. En tales casos solo cabe adoptar medidas terapéuticas (internamiento o tratamiento). Pero su imposición no es obligatoria. Dada la orientación preventivo-especial de la Ley, únicamente se podrán acordar cuando, como dice el art. 95.1.2.^a del Código penal que responde al mismo fundamento, “del hecho y de las circunstancias personales del sujeto pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos”. En la elección de la medida, el juez ha de tener presente el límite que para el internamiento terapéutico establece el art. 8.2 de la Ley. Por tanto, si el hecho delictivo no está castigado con pena privativa de libertad, no se podrá decretar el internamiento. Si lo está, la duración de este no podrá exceder de la de la pena.

Con relación a esta materia, aún hay que abordar **dos problemas**:

El primero se refiere a la cuestión de qué sucede si en el menor o joven se da una causa de inimputabilidad y en el hecho cometido concurre alguna de las circunstancias que excluyen la pena (excusas absolutorias, condiciones objetivas de punibilidad, causas de extinción de la responsabilidad criminal).

Ejemplo

Piénsese, en la excusa absolutoria prevista en el art. 268 del Código penal para los delitos contra el patrimonio cometidos por determinados parientes y en los que no concurra violencia o intimidación.

A juicio del autor, no cabe quedarse en el nivel de la culpabilidad, declarando al menor inimputable y acordando en su caso la imposición de una medida terapéutica, sino que habría que señalar que el hecho es impune conforme al Código penal y, por tanto, no cabe acudir a ninguna reacción penal. En efecto, dado que estamos ante inimputables y las consecuencias a imponer son medidas de seguridad, aquí es de aplicación supletoriamente lo dispuesto en el art. 6.2 del Código penal, en el que se dispone que estas “no pueden resultar ni más gravosas ni de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido,...”. De no admitir la supletoriedad del Código penal en este punto, estaríamos haciendo de peor condición a los inimputables menores edad. Por ello en tales situaciones solo cabría, en su caso, acudir a las normas civiles sobre la incapacitación.

Estrechamente conectado con el tema que estamos tratando se plantea un segundo problema. Es el referente a la falta de regulación expresa de los supuestos en los que, tras la comisión del delito por parte del menor o joven, este deviene inimputable por **sufrir una alteración o anomalía psíquica antes o durante el proceso**. Aquí entiendo que, al menos en principio, parece aplicable supletoriamente el art. 383 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante LECrim). En virtud de este, se concluye en su caso la instrucción por parte del Ministerio Fiscal, y el juez de Menores archiva la causa hasta que el menor o joven recobre la salud. No obstante, este precepto añade que, respecto al sujeto que se encuentre en esta situación, se acordará “lo que el Código penal prescribe para los que ejecutan el hecho en estado de demencia”.

A mi entender, este inciso no puede suponer la imposición de alguna de las medidas terapéuticas, puesto que ello infringiría la presunción de inocencia. Las medidas de seguridad, al igual que las penas, tienen como presupuesto la comisión de un delito por un inimputable. Esto significa que, en tanto no se demuestre mediante sentencia que este lo ha realizado, la aplicación de cualquier reacción penal es contraria a este derecho fundamental. Por tanto, dado que el mencionado artículo dispone el archivo de la causa, lo único que cabe hacer es recurrir a los mecanismos civiles de incapacitación.

Asimismo, cuando el trastorno mental grave se manifieste después de la sentencia, hay que tener presente lo dispuesto en el art. 60 del Código penal. En este se dispone que si el padecimiento le impide conocer el sentido de la pena, se suspende la ejecución de la pena privativa de libertad y se le garantizará al condenado una asistencia médica adecuada. Este precepto añade en su apartado segundo que “restablecida la salud mental del penado, este cumplirá la sentencia si la pena no hubiere prescrito, sin perjuicio de que el juez o Tribu-

nal, por razones de equidad, pueda dar por extinguida la condena o reducir su duración, en la medida en que el cumplimiento resulte innecesario o contraproducente”.

En nuestra opinión, a la vista de la orientación preventivo-especial que preside la Ley, si el grave trastorno mental le impide al menor o joven conocer el sentido de la medida acordada, la ejecución de las no privativas de libertad es inútil para alcanzar el fin propuesto. Por ello sería conveniente hacer extensivo por analogía lo estipulado en el art. 60.1 del Código penal a la ejecución de estas.

7.2.2. El régimen de la prescripción

Asimismo, la Ley introduce una regulación específica de una de las causas de extinción de la responsabilidad criminal: **la prescripción**. En efecto, el art. 15 LORRPM en sus apartados 1 y 2 establece los plazos de la prescripción de los hechos delictivos y las medidas. Si se los compara con los previstos en el Código penal, se puede ver que en general en este ámbito los plazos son más cortos. Ello es coherente con el fundamento de las sanciones en el plano juvenil. La eficacia preventivo-especial de las sanciones penales es inversamente proporcional al tiempo que transcurre desde la comisión del hecho delictivo. Cuanto más tiempo pasa entre la comisión del delito y la aplicación o ejecución de la sanción, tanto menor es su eficacia. Por ello, transcurrido un tiempo considerable desde la realización del hecho, la imposición de una sanción no se experimenta por el infractor como una reacción justa y se pierde su efecto educativo o resocializador. En el caso de los menores, dada la diferente percepción del tiempo que tienen y que se caracteriza por un transcurso más lento de este, es lógico que para ellos se acorten los plazos.

Esta regla tiene una **excepción** en materia de prescripción de los **delitos graves** del art. 10.2. En este caso la Ley establece que estas infracciones prescriben con arreglo a los plazos fijados en el Código penal. Esta excepción carece de justificación desde una perspectiva preventivo-especial. Sin embargo, en la medida en que la Ley ha puesto en un primer plano consideraciones de prevención general en el castigo de estos delitos, esta excepción sigue también esa orientación, permitiendo que durante mucho tiempo se puedan castigar estas infracciones por más que eso pueda ser ineficaz para evitar futuros delitos.

El silencio de la Ley acerca de la cancelación de los antecedentes penales de los menores hay que interpretarlo en el sentido de que la prescripción de la reincidencia no se reglamenta, pues para los menores no se contempla como

Delitos graves del art. 10.2.

Homicidio, asesinato, agresiones sexuales graves, terrorismo y cualquier delito grave castigado con pena de prisión de quince o más años.

una circunstancia agravante con un tratamiento específico. La comisión de hechos delictivos anteriores es simplemente un factor más a tener en cuenta de cara a la realización del pronóstico de peligrosidad.

En materia de cómputo de los plazos de prescripción, dado que la Ley no se ha ocupado de esta cuestión, hay que acudir supletoriamente a lo dispuesto en el Código penal para esta materia. Dos cuestiones hay que plantearse en relación a esto.

1) Se puede entender que la reparación del daño y la conciliación previstas en el art. 19 de la Ley constituyen trámites procesales de la fase de instrucción. Por ello, mientras se están llevando a cabo las actividades necesarias para alcanzarlas, no cabe hablar de paralización del procedimiento y, por tanto, el tiempo que duren no se puede computar a efectos de la prescripción.

2) Es preciso aclarar que algunos aspectos de la regulación del Código penal con relación al cómputo de la prescripción no parecen compatibles con la orientación preventivo-especial de la Ley. Así sucede con el principio sentado por el Código penal de la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, genocidio, delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, con la excepción de los previstos en el art. 614 del Código penal, así como los delitos de terrorismo con resultado de muerte. El fundamento de esta regla, al igual que la contenida en el segundo inciso del art. 132.1 del Código penal, responde a la satisfacción de exigencias de prevención general. En mi opinión, dada la incompatibilidad de estas reglas con la finalidad preventivo-especial que preside la LORRPM, entiendo que no son aplicables supletoriamente en este ámbito.

7.2.3. El tratamiento de los concursos y el delito continuado

Inicialmente, la LORRPM contenía una regulación de los concursos de delitos muy similar a la contemplada en el Código penal por más que en la Ley se persiguieran unos fines diversos a los de este. En efecto, el legislador parecía haber adaptado sin más a las peculiaridades del sistema de sanciones para los menores el tratamiento que de estas materias ofrece Código penal: así, en el concurso real de delitos permitía imponer varias medidas, en los concursos ideal y medial aludía a la imposición de sanción en función del hecho más grave, por último, en los delitos continuado y masa se exigía en principio la aplicación de la medida en su máxima extensión.

Ahora la materia se regula en el art. 11, habiéndose procedido a unificar el tratamiento de todos los supuestos en los que un menor ha cometido una pluralidad de infracciones (concurso real de delitos, concurso ideal de delitos y delito continuado), quedando su sanción sujeta a la regla del art. 7.4. En consecuencia, al menor autor de varios hechos delictivos o de un delito continuado se le podrá imponer una o varias sanciones, con la particularidad de que no se le pueden imponer varias de la misma clase. En este asunto la nueva regulación es más coherente con los fines perseguidos por la Ley en la medida en que ahora no es obligatorio imponer una sanción como antes acontecía, sin embargo, con el menor autor de un concurso real de delitos.

Para determinar la sanción, no solo hay que atender a los criterios establecidos en el art. 7.3 sino también a “la naturaleza y el número de las infracciones, tomando como referencia la más grave de todas ellas”.

Criterios del art. 7.3

La prueba y valoración jurídica de los hechos, la edad, las circunstancias familiares y sociales, la personalidad y el interés del menor.

8. El sistema de medidas previstas en la Ley de Responsabilidad Penal del Menor

La LRRPM contiene un amplio catálogo de sanciones. En la actualidad son trece las medidas que se contemplan en el art. 7.1 si entendemos que el internamiento en régimen abierto, semiabierto y cerrado cuenta como una sola sanción y lo mismo hacemos con el internamiento terapéutico en sus diversos regímenes, lo que como veremos a continuación es bastante discutible.

En el catálogo, la LORRPM recoge numerosas sanciones alternativas a las privativas de libertad si bien se echa en falta alguna referencia a la relación entre las medidas privativas y no privativas de libertad, a diferencia de lo que acontecía en la Ley de Tribunales Tutelares de Menores de 1948 o se hace en otras legislaciones, donde se establece que a las más graves, las privativas de libertad, solo cabe recurrir en los casos en las que las más leves no sean suficientes (principio de subsidiariedad).

De todos modos, es preciso tener en cuenta que el principio de subsidiariedad aparece consagrado en un texto internacional vinculante para nuestro país de cara a la interpretación de los derechos fundamentales de los menores, como es la Convención de los Derechos del Niño. En efecto, en su art. 37b) proclama que:

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

En coherencia con esta directriz, su art. 40.4 exige que se introduzcan en las legislaciones medidas alternativas a las privativas de libertad. Este aspecto de la subsidiariedad ha permitido acuñar como uno de los principios básicos de las directrices internacionales la desinstitucionalización. Asimismo, este principio aparece recogido en otros textos internacionales (apartado c) del art. 17.1 de las Reglas de Beijing y los arts. 13, 14 y 16 de la Recomendación del Consejo de Europa sobre reacciones sociales ante la delincuencia juvenil).

8.1. Clases de sanciones

Aun cuando es posible utilizar diversos **criterios** de clasificación de las sanciones, a mi entender, el más relevante es aquel que **atiende a la naturaleza privativa de libertad o ambulatoria**. Y ello porque, como acabo de destacar, una directriz fundamental del derecho penal de menores es el principio de subsidiariedad.

Por lo que se refiere a las **medidas privativas de libertad**, el primer **problema** que se plantea es que en la actualidad no queda claro si se puede hablar de **7 tipos de sanciones de medio cerrado, cinco o tres**. Ciertamente, en el planteamiento originario de la Ley parece que se había de hablar de cinco: internamiento en régimen cerrado, internamiento en régimen semiabierto, internamiento en régimen abierto, internamiento terapéutico y permanencia de fin de semana. En efecto, el Congreso rechazó la enmienda n.º 169 del Grupo Parlamentario Catalán para configurar una sola medida de internamiento en centro y cuyo contenido se definía así:

“Las personas sometidas a esta medida estarán obligadas a residir en el centro designado, en el régimen de internamiento que se les haya atribuido de conformidad con lo dispuesto en el artículo 55.4 de esta Ley”.

Tras la reforma efectuada por la Ley Orgánica 8/2006, el art. 7.1 recoge ahora en un solo apartado el internamiento terapéutico en régimen cerrado, semiabierto o abierto, a diferencia de lo que acontece con el otro internamiento para el que reserva un apartado por cada régimen. Ello plantea la cuestión de **si hay una única sanción de internamiento terapéutico en la que se pueden distinguir tres grados frente al internamiento general en el que se distinguen tres tipos distintos**. La respuesta a este interrogante tiene una enorme trascendencia, puesto que el art. 7.4 dispone que el “juez podrá imponer al menor una o varias medidas de las previstas en esta Ley con independencia de que se trate de uno o más hechos”, aclarando que, “en ningún caso, se impondrá a un menor en una misma resolución más de una medida de la misma clase, entendiendo por tal cada una de las que se enumeran en el apartado 1 de este artículo”.

Ejemplo

Si se interpreta que efectivamente hay tres sanciones distintas de internamiento normal se podría castigar a un sujeto de 15 años por un único delito de tráfico de drogas duras por venta de cocaína a otro menor, castigado en el Código penal con pena de prisión de tres a nueve años, a tres internamientos: uno en régimen cerrado de hasta tres años, otro en régimen semiabierto de hasta tres años y otro en régimen abierto de hasta tres años. En cambio, si ese mismo sujeto ha cometido varios delitos graves de terrorismo, el art. 11. 2 prevé para ese sujeto una medida de internamiento en régimen cerrado hasta seis años y libertad vigilada de hasta tres años. Si a ello se añade que el internamiento en régimen semiabierto se puede equiparar al cerrado, puesto que el art. 7.1 b) establece que “la realización de actividades fuera del centro quedará condicionada a la evolución de la persona y al cumplimiento de los objetivos previstos en las mismas, pudiendo el juez de Menores suspenderlas por tiempo determinado, acordando que todas las actividades se lleven a cabo dentro del centro”, parece que habrá que interpretar que la referencia al régimen en el internamiento no pretende aludir a tres tipos distintos de sanción sino a una única, en cuya ejecución se distinguen tres grados que van acercando al menor hacia la plena libertad.

Las restantes sanciones que recoge son no privativas de libertad: tratamiento ambulatorio, asistencia a un centro de día, libertad vigilada, convivencia con otra persona, familia o grupo educativo, prestaciones en beneficio de la comunidad, realización de tareas socio-educativas, amonestación, privación del permiso de conducir ciclomotores o vehículos a motor, o del derecho a obtenerlo, o de las licencias administrativas para caza o para uso de cualquier tipo de armas, e inhabilitación absoluta.

Hay que tener presente que la Ley Orgánica 8/2006 ha introducido una **nueva sanción: la prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez**. Esta sanción hasta ahora se podía contemplar a través de la libertad vigilada, puesto que esta puede ir acompañada de ciertas reglas de conducta entre las que está la prohibición de acudir a ciertos lugares y cualesquiera otras que se estime oportunas, lo que también permitía dar cabida a la prohibición de comunicarse con la víctima.

Lectura recomendada

En la Consulta 3/2004 de la Fiscalía General del Estado, de 30 de noviembre de 2004, ya se había indicado que esta medida se podía imponer de forma cautelar por medio de una libertad vigilada con una regla de conducta de prohibición de aproximarse a la víctima. Cfr. también J. M. Gutiérrez Albentosa: "Modelo de política criminal en la jurisdicción de menores". *La Ley*, n.º 6687, de 5 de abril de 2007.

El art. 7.1 parece dar a entender que las sanciones se recogen en él clasificadas en función de su gravedad, pues alude a medidas "ordenadas según la restricción de derechos que suponen". Esta idea ya planteaba problemas con la redacción original de este precepto, puesto que la privación del derecho de conducir o de licencia de caza o armas son sanciones más graves que la amonestación y, a mi entender, la permanencia de fin de semana o la libertad vigilada no son en general menos graves que el tratamiento ambulatorio o la asistencia a centro de día. Tras la reforma del año 2000 en la que se introdujo la inhabilitación absoluta como última medida, solo cabía concluir que aunque el art. 7.1 tuviera la pretensión de ordenar las medidas en atención a su gravedad, lo cierto es que no lo ha conseguido, de tal manera que simplemente contiene una enumeración en la que no se sigue ningún criterio clasificatorio.

8.2. Análisis de las diferentes medidas: concepto y características

8.2.1. El internamiento

Estamos ante la **sanción más grave** de las previstas en la LORRPM. Se contemplan **dos tipos**: el **internamiento normal** y el **terapéutico**. Los condenados a esta medida, tal como dice la Ley, deben residir en el centro y desarrollarán en el mismo todas, parte o ninguna de las actividades formativas, educativas,

laborales y de ocio que formen parte de su proyecto educativo. La **diferencia** entre ambos tipos de internamiento radica en que el **terapéutico** está previsto para **sujetos con trastornos psíquicos, adicciones a drogas o con alteraciones en la percepción**. En cada uno de ellos se distinguen tres regímenes: cerrado, semiabierto y abierto. Mientras en el primero todas las actividades del proyecto educativo se realizan en el centro, en los otros todas (régimen abierto) o parte de ellas (régimen semiabierto) se llevan a cabo en la comunidad. En el régimen semiabierto “la realización de actividades fuera del centro quedará condicionada a la evolución de la persona y al cumplimiento de los objetivos previstos en las mismas, pudiendo el juez de Menores suspenderlas por tiempo determinado, acordando que todas las actividades se lleven a cabo dentro del centro”. De este modo, el régimen semiabierto constituye una medida flexible que puede funcionar como cerrado o abierto según la evolución del menor, lo cual permite quizás explicar por qué el **internamiento en régimen semiabierto**, como veremos, es la medida privativa de libertad que con **más frecuencia** se impone.

En los centros de internamiento terapéutico, tal como dispone la LORRPM, “se realizará una atención educativa especializada o tratamiento específico dirigido a personas que padezcan anomalías o alteraciones psíquicas, un estado de dependencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o sustancias psicotrópicas, o alteraciones en la percepción que determinen una alteración grave de la conciencia de la realidad”. Así pues, esta medida está prevista, como acabamos de ver, para menores con problemas de imputabilidad y debería ejecutarse en centros específicos.

El internamiento terapéutico se puede aplicar solo o como complemento de otras medidas, salvo cuando se imponga por alguna de las causas de inimputabilidad. Si concurre una causa de inimputabilidad, solo se podrá imponer, tal como señala el art. 9.5, el internamiento terapéutico o el tratamiento ambulatorio. Si se rechaza el tratamiento de deshabituación, se aplicará otra medida adecuada. En cambio, no se dice nada del rechazo del tratamiento psicológico o psiquiátrico.

En virtud de lo dispuesto en el art. 8.2, las medidas de internamiento solo se pueden acordar si el hecho cometido por los menores está castigado en el Código penal o Leyes penales especiales con pena privativa de libertad.

El art. 7.2 dispone que “las medidas de internamiento constarán de dos períodos: el primero se llevará a cabo en el centro correspondiente..., el segundo se llevará a cabo en régimen de libertad vigilada, en la modalidad elegida por el

juez. La duración total no excederá del tiempo que se expresa en los artículos 9 y 10. El equipo técnico deberá informar respecto del contenido de ambos períodos, y el juez expresará la duración de cada uno en la sentencia”.

Con ello, tal como ha recordado la Circular de la Fiscalía General del Estado 9/2001, la Ley busca con buen criterio que **la incorporación del condenado a internamiento a la sociedad sea paulatina**, evitando el paso brusco de la situación de encierro a la de libertad mediante su sujeción a un control de sus actividades durante un tiempo.

Como destaca Feijoo Sánchez, no se exige en la Ley que el menor pase un tiempo mínimo en cada periodo, por lo que la cuestión se deja en manos del juez. El problema que plantea el art. 7.2 es que obliga al juez de Menores a fijar en sentencia la duración de los dos periodos, lo cual en ese momento es muy difícil de precisar, pues ni existe todavía el proyecto individualizado de ejecución ni se puede prever la evolución que va a tener el menor. Por eso, Feijoo Sánchez ha propuesto que en la sentencia no se fije la duración exacta de ambos periodos, sino unos mínimos y unos máximos, concretándose ulteriormente en función de la evolución del sujeto.

Por otra parte, la Circular de la Fiscalía General del Estado 9/2011, de 16 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de reforma de menores, siguiendo el criterio establecido en sus sentencias por varias audiencias provinciales, entiende que en los casos del art. 10.1.b párrafos segundo y terceros, así como en el del art. 10.2 el internamiento no se divide en dos periodos, sino que consta únicamente de uno a cumplir en centro dentro de los límites fijados por dichos preceptos y a continuación el condenado debería cumplir la medida de libertad vigilada prevista en los mismos. Esto significa que en el caso del art. 10.1.b., párrafo segundo, el sujeto debe ser condenado a un internamiento de entre uno y seis años, que debe cumplir exclusivamente en un centro y a continuación dicha medida sería completada con otra de libertad vigilada de hasta cinco años que no es obligatoria, sino facultativa. Esta tesis ha sido confirmada recientemente por el Tribunal Supremo en su sentencia de 24 de septiembre de 2012, en la que unifica la doctrina en torno a la interpretación de este tema. Si, como se reconoce por la Fiscalía General del Estado y la jurisprudencia, la libertad vigilada constituye un periodo de transición desde la privación de libertad hacia la plena reincorporación en la sociedad, no parece que tenga mucho sentido que en los supuestos de menor duración de la medida de internamiento e incluso de los regímenes abierto y semiabierto se prevea obligatoriamente un periodo de libertad vigilada y en los casos de mayor duración (art. 10.1.b párrafo segundo y 10.2) y de mayor aislamiento social (régimen cerrado), la libertad vigilada sea facultativa. Además, si, como reconoce el Tribunal Supremo, estamos ante una “regla especial de aplicación y duración de las medidas”, lo que sucede es que nos encontramos con un tipo agravado previsto para la comi-

sión de determinados delitos. Pero los tipos agravados lo único que hacen es castigar con más rigor, no modificar el concepto, el contenido y la estructura de las sanciones.

8.2.2. La permanencia de fin de semana

La **permanencia de fin de semana** obliga al menor a mantenerse en su domicilio o en un centro hasta un máximo de treinta y seis horas entre la tarde o noche del viernes y la noche del domingo, a excepción, en su caso, del tiempo que deba dedicar a las tareas socio-educativas asignadas por el juez que deban llevarse a cabo fuera del lugar de permanencia.

Como ha indicado **Ornosa Fernández**, a la vista de su configuración legal, parece exigir que su **imposición vaya acompañada de la adopción de tareas socioeducativas para su realización tanto dentro del domicilio o centro como fuera**. Esto es coherente con la Exposición de Motivos, donde se destaca que “en la práctica, combina elementos del arresto de fin de semana y de la medida de tareas socio-educativas o prestaciones en beneficio de la comunidad”. Así lo ha entendido también el Reglamento cuando en el art. 28.2 establece que:

“el profesional designado también propondrá las tareas socioeducativas que deberá realizar el menor, de carácter formativo, cultural o educativo, el lugar donde se realizarán y el horario de realización.”

Con relación al perfil de los destinatarios de esta medida, la propia Exposición de Motivos indica que “es adecuada para menores que cometen actos de vandalismo o agresiones leves en los fines de semana”. No obstante, se ha destacado que no se puede descartar su idoneidad para otros casos. Así, se ha indicado por la doctrina que su ámbito de aplicación puede ser bastante mayor, pues esta medida puede tener un efecto shock que, sin afectar considerablemente a los derechos del sujeto, puede resultar de gran eficacia.

En cambio, como indica el Departamento de Justicia del País Vasco, no es aconsejable su aplicación para su cumplimiento en el domicilio “cuando no se den unas condiciones mínimas de control y supervisión o su familia no se comprometa a la necesaria supervisión”.

En cuanto al **lugar de cumplimiento** de esta medida, la Ley ha previsto que se cumpla en **centros específicos** o en el **domicilio del menor**. En algunas comunidades autónomas la medida se cumple en los mismos centros en los que se ejecutan los internamientos.

La instrucción 10/2005, de 6 de octubre, de la Fiscalía General del Estado señala que, para hechos constitutivos de falta, con el fin de respetar las reglas de proporcionalidad, solo cabrá imponer permanencias cuando el Código penal haya previsto para la concreta falta la pena de localización permanente. Aun en estos casos, las permanencias, con el fin de que no sean más gravosas que la pena paralela para los adultos, habrán de cumplirse en el domicilio del menor y no en centros de reforma.

En la medida en que la Ley dice que se ha de cumplir entre la tarde o noche del viernes hasta el domingo, ello puede plantear problemas con menores que trabajan los fines de semana, pues no se ha previsto la posibilidad de que se pueda cumplir durante los días de la semana, como, en cambio, se preveía en el caso de los adultos para el arresto de fin de semana. En tanto no se modifica la Ley, Feijoo Sánchez ha propuesto interpretar que a efectos de las 36 horas se computará el tiempo de trabajo y de desplazamiento. Asimismo, ha indicado que no plantea problemas la circunstancia de que se pueda dar un cumplimiento en fines de semana alternos, pues la Ley no exige que sean consecutivos.

8.2.3. Tratamiento ambulatorio

El **tratamiento ambulatorio** consiste en asistir a un centro con la periodicidad requerida por facultativos y cumplir con las pautas fijadas para su tratamiento. Se puede imponer solo o como complemento de otra medida, salvo que se imponga por la concurrencia de una causa de inimputabilidad (art. 9.5).

En algunos casos se ha aplicado junto con la libertad vigilada o la prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima. A mi entender, no debiera aplicarse junto con la medida de internamiento, pues si necesita tratamiento y contención, en este caso lo procedente sería una medida de internamiento terapéutico. En términos generales, Ornos Fernández se muestra contraria a la posibilidad de que esta medida o la de internamiento terapéutico se puedan aplicar como complementarias de otras porque ello supone sobrecargar al menor con tareas y deberes, lo cual puede violar el interés del menor.

La Ley ha previsto que el condenado pueda rechazar el tratamiento de deshabitación, debiendo en este caso el juez aplicar otra medida adecuada a las circunstancias. En cambio, no se ha previsto la posibilidad de rehusar otros tratamientos. No obstante, como señala el Departamento de Justicia del País Vasco, no es recomendable la aplicación del tratamiento ambulatorio “cuando se dé un rechazo frontal y total a la medida”.

8.2.4. Asistencia a centro de día

Los menores condenados a esta medida **residen en su domicilio habitual y acuden a un centro**, plenamente integrado en la comunidad, a realizar actividades de apoyo, educativas, formativas, laborales o de ocio. En realidad, como se ha destacado por la doctrina, es difícil delimitar esta medida de otras como las tareas socioeducativas o una libertad vigilada con obligación de someterse a programas de tipo formativo, cultural, educativo, profesional, laboral, de educación sexual, de educación vial u otros similares. En el fondo, parece que más que a una medida estamos haciendo referencia al lugar donde se han de ejecutar buena parte de las medidas de medio abierto. De hecho, en las comunidades autónomas se configura el **centro de día** como un espacio en el que se ejecutan las medidas de libertad vigilada, prestaciones en beneficio de la comunidad o las tareas socioeducativas.

La Ley, en su Exposición de Motivos, indica que el **objetivo** de esta medida es “proporcionar a un menor un ambiente estructurado durante buena parte del día, en el que se lleven a cabo actividades socioeducativas que puedan compensar las carencias del ambiente familiar de aquel”.

No es necesario que la medida se cumpla en un único centro, pudiéndose utilizar diversos recursos en función del proyecto educativo que se haya acordado, tal como reconoce la propia Exposición de Motivos.

El art. 17.3 del Reglamento dispone que tendrán la condición de centro de día los recursos incluidos en la red de servicios sociales de cada comunidad autónoma, siempre que se encuentren plenamente integrados en la comunidad y sean adecuados a la finalidad de la medida.

En la doctrina se ha destacado que no pueden tener la consideración de centros de día los terapéuticos ni los de internamiento.

Ejemplo

En la Comunidad de Madrid entre las distintas actividades de los centros de día se contempla un programa de habilidades sociales con los siguientes contenidos:

1. Entrevista inicial
2. Módulos de aprendizaje
 2. 1. Módulo de Conversación y habilidades sociales básicas
 2. 2. Módulo de Autoestima
 2. 3. Módulo de Autoafirmación y asertividad
 2. 4. Módulo de Expresión de emociones
 2. 5. Módulo de Resolución de conflictos
 2. 6. Módulo de Derechos, responsabilidades y organización personal
 2. 7. Módulo de Desarrollo del juicio-razonamiento moral y empatía
3. Talleres específicos
 3. 1. Taller de Autocontrol y técnicas de relajación
 3. 2. Taller de Habilidades socio-laborales
 3. 3. Taller de Educación afectivo-sexual
 3. 4. Taller de Prevención de las drogodependencias
 3. 5. Taller de Habilidades interpersonales

En esta comunidad también en los centros de día se llevan a cabo programas de educación en valores, actividades de apoyo escolar y alfabetización, prevención del consumo de drogas, educación sexual, seguridad vial, educación para la salud, programas de ocio y tiempo libre, etc.

8.2.5. Libertad vigilada

La medida de **libertad vigilada** consiste en la obligación de someter a control las actividades del menor.

En concreto, el contenido de la libertad vigilada gira en torno a dos aspectos:

- Sometimiento a control de las actividades del menor.
- Asistencia a cuantas entrevistas se acuerden.

En términos generales, el Servicio de Ejecución de Medidas Judiciales de Menores de la Consejería de Trabajo y Política Social de la Región de Murcia define los objetivos de la libertad vigilada en los siguientes términos:

- «1. Responsabilizar al menor de sus conductas y las consecuencias derivadas de ellas.
 - 1.1 Incidir en la superación de los factores que motivaron la infracción cometida.
 - 1.2 Seguir las pautas que le indique el educador para la ejecución de la medida.
2. Favorecer la integración del menor en su propio entorno natural utilizando los recursos de su medio.
 - 2.1 Realizar el seguimiento de la actividad escolar, formativa o laboral del menor.
3. Adquirir las habilidades, capacidades y actitudes necesarias para su correcto desarrollo personal y social».

No obstante, la Ley ha previsto que la libertad vigilada puede implicar, además, el sometimiento del menor a ciertas pautas socioeducativas y/o la observación de ciertas reglas de conducta:

- 1.ª Asistencia regular al centro docente.
- 2.ª Sometimiento a programas formativos, culturales, educativos, profesionales, laborales, de educación sexual, de educación vial u otros similares.
- 3.ª Prohibición de acudir a ciertos lugares, establecimientos o espectáculos.
- 4.ª Prohibición de ausentarse del lugar de residencia.
- 5.ª Obligación de residir en un lugar determinado (piso de apoyo a drogodependientes).
- 6.ª Obligación de comparecer.
- 7.ª Cualesquiera otras obligaciones que el juez estime convenientes para la reinserción social, siempre que no atenten contra su dignidad. Si alguna de estas obligaciones implicase la imposibilidad del menor de continuar conviviendo con sus padres, tutores o guardadores, el Ministerio Fiscal deberá remitir testimonio de los particulares a la entidad pública de protección del menor, y dicha entidad deberá promover las medidas de protección adecuadas a las circunstancias de aquel, conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica 1/1996.

Con relación al **acoso escolar**, la Instrucción de la Fiscalía General del Estado núm. 10/2005, de 6 octubre, apunta que una de las reglas podría consistir en la imposición “al menor infractor la tarea de ayudar durante un determinado período de tiempo a compañeros de clase extranjeros en sus obligaciones escolares, escribir redacciones reflexivas en las que se coloquen en el lugar de las víctimas, evitar relaciones con grupos problemáticos o auxiliar a compañeros recién incorporados al centro docente, al modo de los sistemas de *pairing* utilizados en las escuelas secundarias escocesas como técnica *antibullying*, por medio de la cual a los alumnos especialmente vulnerables (recién llegados, miembros de minorías, menores con discapacidades etc.) se les asigna un compañero de curso superior que actúa a modo de amigo protector”.

Deberán evitarse que las reglas de conducta puedan generar estigmas o menoscabos evitables al honor, intimidad y propia imagen del menor.

Ejemplo

Así, por ejemplo, podría ser contraproducente que se le impusieran al menor reglas en el ámbito escolar, que le pudieran identificar como autor de un delito.

Por otro lado, no resulta aconsejable abusar de las reglas de conducta, especialmente en menores con graves problemas de desestructuración, pues, como se ha destacado, es fácil que incumplan algunas por ser imposible abordar simultáneamente y con éxito todos los déficits educativos. Por ello es mejor dejarlo en manos del técnico para que este vaya fijando las fases de acuerdo con el proyecto individualizado de ejecución.

Dada la diversa naturaleza de las reglas de conducta y prohibiciones, el profesional no siempre está en condiciones de verificar directamente su cumplimiento. En cualquier caso en los informes debe comunicar al juez y al fiscal lo que sepa acerca del grado de cumplimiento.

En el País Vasco, como indica San Martín Larrinoa, los técnicos encargados de su ejecución no solo efectúan un seguimiento de las actividades de los menores, sino que aprovechan las entrevistas para darles formación sobre salud, prevención y tratamiento del consumo de drogas, y educación sexual a todos los sometidos a esta sanción.

8.2.6. La prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez

Esta medida impide al menor acercarse a la víctima, familiares u otras personas que fije el juez, así como establecer contacto con ellos por cualquier medio.

Si esta medida implicase la imposibilidad del menor de continuar viviendo con sus padres, tutores o guardadores, el Ministerio Fiscal deberá remitir testimonio de los particulares a la entidad pública de protección del menor, y dicha entidad deberá promover las medidas de protección adecuadas a las circunstancias de aquel, conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica 1/1996.

Aunque antes no existía expresamente, de todos modos se podía aplicar en el contexto de una libertad vigilada imponiendo esta medida como regla de conducta.

Cuando autor y víctima acudan a un mismo centro educativo, su aplicación va a plantear graves dificultades.

8.2.7. Realización de tareas socioeducativas

Consiste en la obligación de realizar actividades de contenido educativo con el fin de procurar el desarrollo de competencias sociales al infractor.

Ejemplos

Como ejemplos de tareas socioeducativas cita la Exposición de Motivos de la LORRPM las siguientes: asistir a un taller ocupacional, a un aula de educación compensatoria o a un curso de preparación para el empleo, participar en actividades estructuradas de animación sociocultural, asistir a talleres de aprendizaje para la competencia social, etc.

Como ha destacado Cruz Márquez, el objetivo principal de esta sanción es “estimular positivamente el proceso de socialización del menor, proporcionándole instrumentos necesarios para superar los obstáculos y dificultades específicas que se hayan detectado, a través de la participación en programas y cursos de entrenamiento social”. Una de sus ventajas es que “permite reducir al mínimo la intervención educativa desplegada, concentrándola en el área deficitaria, y deja intactas el resto de áreas vitales”.

A diferencia de lo que sucede con las prestaciones en beneficio de la comunidad, no se exige el consentimiento del menor.

Puede consistir en acudir a un programa ya existente en la comunidad o en la creación de uno específico por parte del educador.

La intervención a través de estos programas, como ha indicado Cruz Marquez, se estima que para ser idónea debe durar entre tres y seis meses según el problema que se pretenda tratar y la configuración de la medida que se realice.

Tal como dispone el art. 21 del Reglamento, el horario ha de ser compatible con la actividad escolar si se encuentra en periodo de enseñanza obligatoria y en lo posible con el de la actividad laboral.

8.2.8. La convivencia con otra persona, familia o grupo educativo

Esta medida supone la obligación de vivir durante un tiempo con otra persona, familia o grupo educativo debidamente seleccionados para orientar al menor en su **proceso de socialización**.

La referencia a una **familia distinta** a la suya, como se ha destacado, **no debería interpretarse en el sentido de excluir la posibilidad de que la medida se haga con la familia extensa** si bien también hay quien piensa que ello no debe ser así, salvo casos excepcionales, por los conflictos que ello puede generar con la familiar nuclear del menor.

Si se aplica a un **menor de edad**, **no implica la retirada de la patria potestad** a los representantes legales pero **sí de la guarda de hecho**.

Se suele considerar que esta medida es especialmente idónea para los casos de menores con carencia de núcleo familiar o bien de menores a los que este no les proporcione unas mínimas pautas educativas. La Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2000 la considera más una medida de protección que una de naturaleza sancionadora, resultando aconsejable en algunos casos que una vez cumplido el tiempo de duración de la misma se pueda instar la prosecución de la convivencia familiar como medida de protección, transformando la situación en un supuesto de acogimiento familiar, recogido en el art. 173 del Código civil.

En verdad, como destaca Ornosá Fernández, “si se aprecia que sería buena para el menor esa convivencia es porque existe un problema de protección, que implica la imposibilidad o dificultad de convivencia con su familia, en cuyo caso lo que debe hacer la comunidad autónoma, a través de las entidades de protección competentes para ello, es adoptar una medida protectora en tal sentido y no esperar a hacerlo a través de una medida de carácter penal aprovechando que el menor ha cometido un delito, ya que el menor va a vivir como una sanción lo que no es más que el intento de solucionar un problema de convivencia familiar”.

En cambio, donde sí que tiene sentido y de hecho se está utilizando bastante es en aquellos casos donde los menores cometen delitos en el seno de la familia y resulta conveniente su alejamiento de esta.

No se requiere consentimiento, lo que es **criticable**, pues como señala Ornosá es difícil que “pueda tener mucho éxito sin el consentimiento del menor e incluso de sus padres biológicos”. En cualquier caso, en el **Reglamento se exige oír al menor en la selección** de la persona, familia o grupo. En efecto, el Reglamento (19.3) requiere contar con el consentimiento de estos, la predisposición favorable del menor a la convivencia y, en su caso, la opinión favorable de los representantes legales.

Buena parte de la regulación de la ejecución contenida en el Reglamento está pensada para la selección de la persona o familia con la que ha de convivir el menor, siendo así que en gran medida esta sanción se está pudiendo aplicar gracias a la creación de grupos educativos por parte de las comunidades autónomas donde no tienen mucho sentido los criterios para determinar la idoneidad de la persona o familia. En efecto, si la comunidad autónoma ha creado un grupo educativo, evidentemente será idóneo.

8.2.9. Prestaciones en beneficio de la comunidad

Consiste en la realización de actividades no retribuidas de interés social o en beneficio de personas en situación de precariedad, relacionadas con la naturaleza del bien jurídico lesionado.

La Exposición de Motivos de la Ley señala que:

“lo característico de esta medida es que el menor ha de comprender, durante su realización, que la colectividad o determinadas personas han sufrido de modo injustificado unas consecuencias negativas derivadas de su conducta. Se pretende que el sujeto comprenda que actuó de modo incorrecto, que merece el reproche formal de la sociedad, y que la prestación de los trabajos que se le exigen es un acto de reparación justo”.

La Ley Orgánica 8/2006 suprime la referencia a que estén relacionadas con la naturaleza del bien jurídico lesionado. Sin embargo, tal como recuerda la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2007, el reglamento lo sigue diciendo y habrá que interpretar que la modificación pretende no cerrar anticipadamente las posibilidades ejecutivas de esta medida. Al margen de los casos en los que no sea posible encontrar actividades relacionadas con el bien jurídico afectado, cabe pensar en situaciones en las que los técnicos estimen más adecuado otras actividades. De todos modos, en principio se debe **orientar la actividad hacia el delito cometido**.

La **ejecución** de esta medida **requiere el consentimiento del menor**. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 10 de diciembre de 2001 considera que para imponer la medida en la sentencia no hace falta el consentimiento. Este es necesario cuando se vaya a ejecutar. Aquí **si no consiente, se debe sustituir por otra**. Si es así, en la sentencia se debiera dejar ya establecida la sanción para el caso en que no se consienta su ejecución. De hecho, las sentencias suelen recoger la medida que se habría de imponer de no dar el menor el consentimiento para la ejecución de las prestaciones en beneficio de la comunidad.

Tal como dispone el art. 20 del Reglamento, se deberá buscar un horario que no interfiera en la actividad educativa o laboral del menor. De ahí que por regla general se deba ejecutar en fines de semana y de la forma más continuada posible para tener eficacia educativa.

La jornada no podrá exceder de 4 o de 8 horas, según se trate de menores de hasta 16 años o hasta de 18 años.

De este modo, la jornada de la franja de 16 a 18 años se equipara a la de los adultos, lo que ha suscitado la crítica de algunos autores.

El art. 20.2 del Reglamento dispone que estas actividades deben reunir las condiciones siguientes:

- Han de tener un interés social o realizarse en beneficio de personas en situación de precariedad.
- Estarán relacionadas, preferentemente, con la naturaleza del bien jurídico lesionado por los hechos cometidos por el menor.
- No podrán atentar a la dignidad del menor.
- No estarán supeditadas a la consecución de intereses económicos.

Ejemplo de actividades del País Vasco

Para hacerse una idea del abanico de actividades que pueden comprenderse dentro de las prestaciones, puede ser bastante ilustrativo el cuadro de actividades que se encuadran en ellas en el País Vasco:

- Actividades dirigidas a la tercera edad: residencias de ancianos, centros de día, programas de acompañamiento.
- Actividades con personas discapacitadas: transporte adaptado, programas de acompañamiento, deporte adaptado, etc.
- Actividades dirigidas a la infancia: ludotecas, clubs de tiempo libre, etc.
- Actividades a otros grupos de población: comisiones antisida, asociaciones gitanas, etc.
- Programas de reparto de alimentos y comercio justo/solidario: Merkadeko y Cruz Roja.
- Tareas de mantenimiento, jardinería, etc.: ayuntamientos, centros escolares y de menores, centros de iniciación profesional.
- Tareas administrativas.
- Actividades formativas.
- Otras.

Las **prestaciones se ejecutan en una o varias sesiones**. Como ha destacado Ornosá Fernández, ello plantea la cuestión de si en la sentencia se han de concretar tanto las sesiones como la duración de cada una de ellas o si, por el contrario, la sentencia solo ha de fijar el número de horas y luego la entidad pública concreta el número de sesiones y la duración de cada una de ellas. En la práctica las sentencias suelen fijar solo el número de horas, lo que parece adecuado, ocupándose después la entidad pública de concretar las sesiones y su duración en función de la personalidad y circunstancias del menor.

El Reglamento dispone que aunque las prestaciones no son retribuidas, el menor “podrá ser indemnizado por la entidad a beneficio de la cual se haga la prestación por los gastos de transporte y, en su caso, de manutención, salvo que estos servicios los preste dicha entidad o sean asumidos por la entidad pública”.

Asimismo, en el apartado 20.6 el Reglamento dispone que “la determinación de la duración de las jornadas, el plazo de tiempo en el que deberán cumplirse y la ejecución de esta medida estará regida por el principio de flexibilidad a fin de hacerla compatible, en la medida de lo posible, con las actividades diarias del menor. En ningún caso la realización de las prestaciones podrá suponer la imposibilidad de la asistencia al centro docente si el menor se encuentra en el período de la enseñanza básica obligatoria”. En realidad, tal como ha indicado Feijoo Sánchez, aun cuando la Ley no lo haya dicho expresamente, se ha de entender que las **prestaciones deben realizarse durante el tiempo de ocio del sujeto** para no interferir en las actividades escolares, formativas o laborales del menor.

8.2.10. Amonestación

Consiste en la reprensión de la persona llevada a cabo por el juez de Menores y dirigida a hacerle comprender la gravedad de los hechos cometidos y las consecuencias que los mismos han tenido o podrían haber tenido, instándole a no volver a cometer tales hechos en el futuro.

Como se ha resaltado, aun cuando no se dice quiénes **deben estar presentes**, además del **menor**, en principio deberían estar el **fiscal, los representantes legales del menor y su letrado**. No debería hacerse por escrito y el juez no debe emplear un **lenguaje técnico** sino **sencillo y claro**.

Ornosá destaca que:

“para que tenga algún sentido educativo, se debe efectuar de la forma más inmediata posible a la realización del hecho delictivo y, en los supuestos en que sea factible, a la finalización de la audiencia, si el menor y su letrado muestran su intención de no recurrir la decisión judicial cuando por el juez se les anticipa el fallo, tal como prevé el art. 794.4 LECrim”.

8.2.11. Privación del permiso de conducir o de las licencias para caza o uso de armas

En virtud de esta sanción, se inhabilita al menor para ejercitar el derecho de conducir, cazar o de tenencia, porte o uso de armas.

Puede ser sanción principal o accesoria cuando el delito se haya cometido en el uso de vehículos o ciclomotores o con armas.

8.2.12. Inhabilitación absoluta

Consiste en privar al menor de los honores, empleos o cargos públicos que ostente y le incapacita durante el tiempo que disponga el juez, para recuperarlos, obtener otros o alcanzar un cargo público electivo.

Quedan fuera los títulos académicos y los empleos o cargos privados.

No responde a criterios educativos y solo se puede aplicar por delitos de terrorismo. Durará entre cuatro y quince años más que la de internamiento.

9. La aplicación de las medidas

9.1. Los presupuestos para la aplicación de las sanciones

Requisito imprescindible para poder exigir responsabilidad penal a un menor es que haya cometido un hecho que esté tipificado como delito o falta en el Código penal o en la legislación penal especial (art. 1.1).

Esto significa que para los menores los hechos constitutivos de delito son los mismos que para los adultos, es decir, el derecho penal de menores es accesorio del de los adultos en lo relativo a las infracciones. Hay que destacar, como ya vimos, que no basta con la realización de un hecho típico sino que, como se encarga de aclarar el art. 5.1, es preciso que “no concurra en ellos ninguna de las causas de exención o extinción de la responsabilidad criminal previstas en el vigente Código penal”. No obstante, si concurriera alguna causa de inimputabilidad, el art. 5.2 dispone que se podrán aplicar las medidas de internamiento terapéutico o tratamiento ambulatorio.

En segundo lugar, es preciso que el infractor se encuentre comprendido dentro de las franjas de edad a la que es aplicable la LORRPM.

Pese a la confusa redacción del art. 3, los menores de 14 años, como ya indicamos, no pueden ser sancionados penalmente por los hechos delictivos cometidos. Tras la reforma realizada por la Ley Orgánica 8/2006 en la que se excluye la posibilidad de aplicar la regulación a los jóvenes de 18 a 21 años, el ámbito subjetivo de aplicación de la LORRPM es el constituido por la franja de los 14 a los 18 años. La regulación la divide en dos grupos de cara a fijar la duración de las sanciones aplicables: 14 a 16 y 16 a 18 años.

No obstante, hay que tener presente que el antiguo artículo 4 de la Ley donde se regulaban los requisitos bajo los cuales se podía aplicar la LORRPM a los jóvenes de 18 a 21 años, cuya entrada en vigor estaba suspendida hasta 1 de enero de 2007 en virtud de la Disposición Transitoria Única de la Ley Orgánica 9/2002, ha estado vigente desde el 1 de enero de 2007 hasta la entrada en vigor de la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre.

En tercer lugar, aunque la LORRPM no lo diga expresamente salvo en el caso del internamiento, si las sanciones se orientan a la prevención especial, estas se tienen que asentar sobre un pronóstico de peligrosidad criminal¹.

⁽¹⁾Pronóstico de que es probable que el autor del delito puede volver a delinquir.

De ahí que el texto legal haga referencia a los factores que permiten realizarlo. Así, el art. 7.3 establece que de cara a la elección de la medida adecuada, se habrá “de atender de modo flexible, no solo a la prueba y valoración jurídica de los hechos, sino especialmente a la edad, las circunstancias familiares y sociales, la personalidad y el interés del menor,...”. Por ello, lo relevante para imponer una sanción no puede ser la mera existencia de necesidades educativas. No es función del derecho penal cubrir cualquier déficit educativo, circunstancia que en la franja de edades de las que se ocupa la Ley se da en todos, puesto que aún no se han completado los procesos de socialización, sino únicamente aquellos extraordinarios que puedan conducir a reiterar la comisión de hechos delictivos.

En los casos en los que, pese a la comisión de un hecho delictivo, no existan necesidades educativas especiales, se habrá de proceder, en la medida en que la Ley lo permita, a archivar o sobreseer el caso o derivarlo a una mediación.

9.2. La elección de la medida y su duración: la discrecionalidad de los jueces de Menores

A diferencia de lo que acontece en el Código penal, por regla general en la LORRPM no se establece una vinculación entre cada delito y la sanción que le corresponde.

El art. 7.3 dispone que:

“para la elección de la medida o medidas adecuadas se deberá atender de modo flexible, no solo a la prueba y valoración jurídica de los hechos, sino especialmente a la edad, las circunstancias familiares y sociales, la personalidad y el interés del menor, puestos de manifiesto los dos últimos en los informes de los equipos técnicos y, en su caso, de las entidades públicas de protección y reforma de menores emitidos conforme a lo dispuesto en el artículo 27 de la presente Ley. El juez deberá motivar la sentencia, expresando con detalle las razones por las que aplica una determinada medida, así como el plazo de duración de la misma, a los efectos de la valoración del mencionado interés del menor”.

En realidad, en este precepto más que a los criterios se apunta a los datos que hay que valorar. No obstante, ello no supone ningún problema, puesto que la LORRPM se orienta a la prevención especial con las limitaciones establecidas

para los supuestos de extrema gravedad del art. 10.1b) y de los delitos muy graves del art. 10.2. En consecuencia, será desde esta perspectiva a partir de la cual habrá que efectuar el juicio sobre estos elementos.

El planteamiento del **art. 7.3** es coherente con la **finalidad preventivo-especial** que preside la regulación. Si de lo que se trata es de eliminar aquellos déficit educativos que llevan al menor a cometer los delitos, la **sanción adecuada no se puede conocer de antemano**, sino que dependerá de los factores personales, educativos, familiares y sociales que concurran en cada sujeto, es decir, el hecho cometido no es más que un factor más a valorar de cara a identificar las necesidades que presenta el menor y cuál es la medida idónea para hacerle frente.

La discrecionalidad de los jueces de menores se ha visto incrementada en la reforma de 2006 al haberse sustituido el principio de la medida única, salvo excepciones tanto para la comisión de un hecho único como para el concurso de infracciones por el de acumulación de medidas.

Ahora se consagra en el art. 7.4:

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

La introducción del principio de la acumulación de medidas se ha de valorar muy negativamente. Y ello por varias razones. En muchos casos, como ha señalado Ornos Fernández, la imposición de más de una medida puede “resultar contrario al interés del menor”, “puesto que podría implicar una saturación que incluso podría ser contraproducente para el menor”. De hecho, en la Ley alemana, en cuyo artículo 8 se permite aplicar más de una medida, se establecen límites, señalando supuestos en los que unas sanciones son incompatibles con otras y permitiendo un único internamiento que no puede exceder de la duración máxima prevista para esta sanción. Frente a la extendida práctica de acudir a la acumulación de medidas, Eisenberg destaca que esta situación no se puede defender con la genérica afirmación de que con frecuencia es necesario aplicar una medida aflictiva antes para asegurar la eficacia educativa de otras. Por ello estima que ese uso bastante extendido de la acumulación de medidas parece responder a la satisfacción de exigencias de prevención general. De ahí que el cambio de principio operado por la reforma de 2006 se muestre coherente con el endurecimiento del tratamiento de los menores que cometen delitos y no con su orientación originaria a la educación.

En opinión del autor, lo más acertado habría sido que la nueva regulación hubiera mantenido el principio de imposición de una única sanción con excepciones y ello con independencia de si el menor ha cometido un único delito

o varios. Este mantenimiento debiera haber ido acompañado de un catálogo de casos en los que puede ser aconsejable imponer más de una medida y de los límites a la combinación de medidas como, por ejemplo, la prohibición de acumular más de una medida privativa de libertad.

9.3. Límites a la discrecionalidad

Discrecionalidad no significa arbitrariedad. En efecto, la decisión sobre la sanción y su magnitud ha de respetar unas pautas que la propia Ley ha establecido explícitamente y otras que no se mencionan, pero que son una consecuencia inmediata de los fines que se persiguen.

Así, en primer término, en la elección de la medida y su duración el juez ha de respetar el **principio de proporcionalidad**. Por muy elevadas que sean las necesidades educativas del menor, las medidas no pueden exceder del tope derivado de este criterio.

El Tribunal Constitucional en las Sentencias 36/1991, de 14 de febrero, y 61/1998, de 17 de marzo, ha concretado cómo se fija el límite de la proporcionalidad. En la primera se proclama como límites “implícitos en la imposición de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales”: “la proporcionalidad entre la gravedad del hecho y la medida impuesta o la imposibilidad de establecer medidas más graves o de una duración superior a la que correspondería por los mismos hechos si de un adulto se tratase”. **Este límite general no se ha recogido de manera adecuada en la Ley, pues el art. 8.2** dispone que la duración de las medidas privativas de libertad no podrá exceder “del tiempo que hubiera durado la pena privativa de libertad que se le hubiere impuesto por el mismo hecho, si el sujeto, de haber sido mayor de edad, hubiera sido declarado responsable, de acuerdo con el Código penal”. Con ello, el tenor literal alude únicamente a las **medidas de privación de libertad** y así lo han entendido algunas audiencias provinciales. De este modo no hay problema alguno en que una medida ambulatoria sea más gravosa o dure más que la prevista para los adultos en el Código penal. Esta interpretación del art. 8.2, como se ha dicho, es contraria a la Constitución, pues el principio de proporcionalidad tiene rango constitucional y la normativa ordinaria no puede desconocer su alcance que, entre otras cosas, tal como ha dicho el Tribunal Constitucional, se traduce en la imposibilidad de sancionar más rigurosamente a un menor que a un adulto. Este principio, como declaró en la Sentencia 61/1998, de 17 de marzo, no tiene excepciones, como acertadamente ha indicado alguna Audiencia Provincial.

También el **art. 9** contiene varias **reglas** reconducibles a este principio.

1) Inicialmente los hechos de escasa gravedad, las faltas, solo se podían castigar con amonestación, permanencia de fin de semana hasta un máximo de cuatro fines de semana, prestaciones en beneficio de la comunidad hasta cincuenta horas, y privación del permiso de conducir o de otras licencias administrativas.

Había destacado Carmona Salgado que era sorprendente que “quedasen excluidas del ámbito de las faltas la realización de tareas socio-educativas, pese a considerarse de menor gravedad que las prestaciones en beneficio de la comunidad, dado el lugar que ocupan en la escala del art. 7..., al igual que sucede con la libertad vigilada respecto de la permanencia de fin de semana”.

Esta situación la ha remediado la reforma, pues ahora también se pueden castigar las faltas con “la prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez hasta seis meses, libertad vigilada de hasta seis meses y la realización de tareas socio-educativas hasta seis meses.

2) Si antes la medida de internamiento en régimen cerrado solo se podía aplicar en delitos en cuya comisión se hubiera empleado violencia o intimidación en las personas o actuado con grave riesgo para su vida o integridad física, ahora su ámbito de aplicación se extiende considerablemente.

El art. 9.2 dispone que “la medida de internamiento en régimen cerrado solo podrá ser aplicable cuando:

- Los hechos estén tipificados como delito grave por el Código penal o las leyes penales especiales.
- Tratándose de hechos tipificados como delito menos grave, en su ejecución se haya empleado violencia o intimidación en las personas o se haya generado grave riesgo para la vida o la integridad física de las mismas.
- Los hechos tipificados como delito se cometan en grupo o el menor perteneciere o actuare al servicio de una banda, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades”.

Es muy criticable que se utilice la actuación en grupo como criterio de agravación de la sanción que permite aplicar la medida más grave a quienes realicen el delito en unión de otras personas. Y ello porque la formación de grupos entre los menores, como destaca Ostendorf, “no solo es normal sino que es útil para la socialización y la integración social”. En efecto, como ha destacado

Fierro desde el ámbito de la Psicología, “la interacción con los compañeros en la adolescencia desempeña funciones parecidas a las de la niñez, pero de manera quizá más decisiva. El grupo pasa a constituir ahora la institución socializadora por antonomasia, la fuente principal de donde el adolescente recaba su estatus y su autoconcepto”. Ciertamente, en ocasiones también juega un papel negativo, puesto que en su seno se desencadena la comisión de delitos. Y ello porque, como señala Cano, en su seno “se produce una disminución de las inhibiciones y un desplazamiento de la responsabilidad hacia otros factores externos”.

Esta nueva circunstancia no constituye ningún índice de mayor peligrosidad que justifique esta reacción, sino que es la plasmación de una forma de actuar a estas edades en las que en la mayor parte de los casos tiene, además, un efecto positivo. De la misma forma que nadie se ha propuesto agravar las sanciones cuando otras agencias de socialización fracasan, no existe en este caso razón alguna para utilizar el fracaso del grupo como factor de agravación.

3) La medida de internamiento en régimen cerrado no se puede aplicar a delitos cometidos por imprudencia. En realidad, es muy discutible que sea oportuno el castigo de la imprudencia con medidas de internamiento. Además, la exclusión del internamiento en régimen cerrado tiene una escasa relevancia si se tiene presente que se puede imponer un internamiento en régimen semiabierto y que este siempre se puede transformar en régimen cerrado, puesto que el art. 7.1.b) dispone que “la realización de actividades fuera del centro quedará condicionada a la evolución de la persona y al cumplimiento de los objetivos previstos en las mismas, pudiendo el juez de Menores suspenderlas por tiempo determinado, acordando que todas las actividades se lleven a cabo dentro del centro”.

Para Gómez Rivero “se echa en falta una previsión que recortase la posibilidad de imponer sanciones graves a otros supuestos que, si bien determinan la aplicación de la LORRPM conforme a las previsiones de su art. 1, merecen igualmente un menor contenido de desvalor; en concreto, las formas de participación intentada, los actos de participación así como los actos preparatorios punibles”. A lo anterior añade que hubiera sido conveniente “que la Ley hubiera recogido de forma expresa un principio que consagra el art. 95.2 del Código penal a propósito de los adultos: que cuando la pena que hubiera correspondido al delito cometido no fuera privativa de libertad, no podrá imponerse una medida que prive de libertad al menor”. Con relación a la primera cuestión, aun siendo cierto y de hecho en algún proyecto se hizo referencia a algunos de estos aspectos, no obstante, al consagrarse el principio de proporcionalidad, como se desprende de los arts. 8 y 9, hasta cierto punto el problema se puede resolver por vía interpretativa. En este sentido, señala Colás Turégano que los grados de ejecución se han de tener en cuenta de cara a establecer cuál es la duración máxima de la pena privativa de libertad que le hubiere podido corresponder de ser adulto para aplicar el límite del art. 8.2. En cuanto al segundo problema suscitado por la autora, si los internamientos

no pueden durar más de lo que hubiere durado la pena privativa de libertad que le habría correspondido de ser adulto, si el hecho no está castigado con esta, no cabrá aplicarle dicha sanción.

El art. 9.3. establece el régimen general de duración de las medidas, indicando que estas no podrán exceder de dos años, computándose, en su caso, a estos efectos el tiempo ya cumplido por el menor en medida cautelar, conforme a lo dispuesto en el artículo 28.5 de la presente Ley. La medida de prestaciones en beneficio de la comunidad no podrá superar las cien horas. La medida de permanencia de fin de semana no podrá superar los ocho fines de semana.

La regla de duración máxima de la sanción tiene **dos excepciones** que constituyen dos niveles de agravación.

a) En primer lugar, cuando se trata de delitos del art. 9.2, es decir, de aquellos a los que se les puede imponer el internamiento en régimen cerrado, las sanciones, según dispone el art. 10.1, tienen la siguiente duración:

- Si al tiempo de cometer los hechos el menor tuviere 14 o 15 años de edad, la medida podrá alcanzar tres años de duración. Si se trata de prestaciones en beneficio de la comunidad, dicho máximo será de ciento cincuenta horas, y de doce fines de semana si la medida impuesta fuere la de permanencia de fin de semana.
- Si al tiempo de cometer los hechos el menor tuviere 16 o 17 años de edad, la duración máxima de la medida será de seis años; o, en sus respectivos casos, de doscientas horas de prestaciones en beneficio de la comunidad o permanencia de dieciséis fines de semana.

En este segundo supuesto, cuando el hecho revista extrema gravedad, el juez deberá imponer una medida de internamiento en régimen cerrado de uno a seis años, complementada sucesivamente con otra medida de libertad vigilada con asistencia educativa hasta un máximo de cinco años. Solo podrá hacerse uso de lo dispuesto en los artículos 13 y 51.1 de esta Ley Orgánica una vez transcurrido el primer año de cumplimiento efectivo de la medida de internamiento.

A los efectos previstos en el párrafo anterior, se entenderán siempre supuestos de extrema gravedad aquellos en los que se apreciara reincidencia”.

b) En segundo lugar, cuando el hecho sea constitutivo de alguno de los delitos tipificados en los artículos 138, 139, 179, 180 y 571 a 580 del Código penal, o de cualquier otro delito que tenga señalada en dicho Código o en las leyes penales especiales pena de prisión igual o superior a quince años, el juez deberá imponer las medidas siguientes:

- Si al tiempo de cometer los hechos el menor tuviere 14 o 15 años de edad, una medida de internamiento en régimen cerrado de uno a cinco años de duración, complementada en su caso por otra medida de libertad vigilada de hasta tres años.
- Si al tiempo de cometer los hechos el menor tuviere 16 o 17 años de edad, una medida de internamiento en régimen cerrado de uno a ocho años de duración, complementada en su caso por otra de libertad vigilada con asistencia educativa de hasta cinco años. En este supuesto solo podrá hacerse uso de las facultades de modificación, suspensión o sustitución de la medida impuesta a las que se refieren los artículos 13, 40 y 51.1 de esta Ley Orgánica, cuando haya transcurrido al menos, la mitad de la duración de la medida de internamiento impuesta. En el caso de que el delito cometido sea alguno de los comprendidos en los artículos 571 a 580 del Código penal, el juez, sin perjuicio de las demás medidas que correspondan con arreglo a esta Ley, también impondrá al menor una medida de inhabilitación absoluta por un tiempo superior entre cuatro y quince años al de la duración de la medida de internamiento en régimen cerrado impuesta, atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito, el número de los cometidos y a las circunstancias que concurran en el menor.

4) Las medidas de libertad vigilada previstas en este artículo deberán ser ratificadas mediante auto motivado, previa audiencia del Ministerio Fiscal, del letrado del menor y del representante de la entidad pública de protección o reforma de menores al finalizar el internamiento, y se llevará a cabo por las instituciones públicas encargadas del cumplimiento de las penas.

9.4. El principio de subsidiariedad como criterio rector para fundamentar la respuesta al menor dentro de los límites legales

Ciertamente, la LORRPM **no menciona expresamente este principio**. En efecto, ni en la Exposición de Motivos ni en la regulación se dice que a las sanciones penales únicamente cabe recurrir allí donde un adolescente muestre una peligrosidad criminal que, además, no pueda ser combatida por otros medios menos lesivos como, por ejemplo, la asistencia social. Y en segundo término, tampoco se consagra expresamente el deber de aplicar siempre la me-

medida idónea para evitar su reincidencia que sea menos gravosa, primando las sanciones ambulatorias sobre las privativas de libertad. Únicamente existe en su Exposición de Motivos una referencia que apunta al carácter excepcional de las medidas privativas de libertad:

“las medidas de internamiento responden a una mayor peligrosidad, manifestada en la naturaleza peculiarmente grave de los hechos cometidos, caracterizados en los casos más destacados por la violencia, la intimidación o el peligro para las persona”.

De todos modos, no se puede olvidar que las sanciones afectan a derechos fundamentales y que en este sentido el art. 10.2 de la Constitución ha dispuesto que “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”. Pues bien, las exigencias del principio de subsidiariedad rigen en el sistema de justicia juvenil interpretado a la luz del art. 37.b de la Convención de los Derechos del Niño, en el que se proclama que “la detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan solo como medida de último recurso y durante el periodo más breve que proceda”.

Ello supondrá que, cuando se utilice una medida donde no hace falta o sea más gravosa de lo necesario, se estará violando dicho principio y, en consecuencia, el interés del menor.

Pues bien, dentro del límite máximo marcado por el principio de proporcionalidad, el juez deberá interpretar los datos del art. 7.3 a partir del principio orientador del sistema de justicia penal juvenil que es la educación del menor, o sea, la prevención especial. Desde esta perspectiva, lo primero que se ha de constatar es si del análisis de todos los datos se puede deducir la existencia de un déficit educativo que haga necesaria alguna intervención sobre el infractor. En este sentido, es preciso advertir que las investigaciones empíricas han demostrado que es errónea la vieja idea de que todo delito cometido por un menor sea sinónimo de un déficit educativo y, por tanto, de necesidad de corrección. Por ello, **si del estudio de los datos no se desprende la existencia de tal déficit, el juez de Menores debe concluir el procedimiento sin imponer medida alguna**. Acertadamente, la Ley ha previsto en los arts. 18 y 19 medidas desjudicializadoras que permiten ya poner fin al proceso penal recién iniciado sin imponer una sanción al menor.

En cambio, **si se aprecia una carencia educativa**, en este caso habrá que plantearse, en primer término, **a qué se debe**. Allí donde se compruebe que la causa es la existencia de una **situación de desamparo** o riesgo del menor, habrá que determinar si atajando las circunstancias que la han motivado se puede

paliar el problema. Si esto es así, bastará con **remitir al menor a los órganos administrativos de protección del menor** para que articulen los medios adecuados de cara a satisfacer sus necesidades.

Una vez descartadas las posibilidades anteriores, el juez de Menores habrá de abordar el problema de la selección de las medidas y la fijación de su duración. El juez de Menores ha de partir de que la educación del menor, idea orientadora del sistema, se ha de desarrollar, si es posible, en su entorno familiar y social, lo que se traduce en la preferencia de las medidas ambulatorias frente a las estacionarias. De ahí que la aplicación de las medidas privativas de libertad haya de tener carácter excepcional y hayan de durar lo mínimo imprescindible, tal como exigen la CDN (art. 37b y 40.4) y la Reglas de Beijing (17). En la redacción de 1948, el art. 17 señalaba que el internamiento en un centro de reforma de tipo correctivo únicamente se podía adoptar cuando los restantes medios reformadores resultasen ineficaces. Una referencia de este tipo se echa en falta en la actual regulación.

No obstante, como acabamos de ver en algunos casos, como concesión a las necesidades de prevención general, se obliga a imponer una sanción privativa de libertad. Aunque en ocasiones es cierto que los responsables de delitos graves presentan serias deficiencias que requieren este tipo de medidas, ello no siempre es así.

Ejercicios de autoevaluación

1. ¿Cuál de las siguientes sanciones no se podría aplicar a un delito que el Código penal castiga con pena de multa?

- a) Tareas socioeducativas.
- b) Prestaciones en beneficio de la comunidad.
- c) Amonestación.
- d) Internamiento.

2. ¿Cuál de las siguientes afirmaciones es correcta?

- a) En el modelo tutelar se aseguraban al menor las garantías procesales básicas.
- b) En el modelo educativo o del bienestar los menores en situación de riesgo social se trataban separadamente de los que cometían delitos.
- c) En el modelo tutelar se fijaba una edad mínima para que los menores pudieran ser objeto de intervención.
- d) Tanto en el modelo tutelar como en el educativo o del bienestar se daba un tratamiento unitario a menores en situación de riesgo social como a los que cometían delitos.

3. ¿Cuál de las siguientes notas no es característica de la libertad vigilada?

- a) Los sujetos sometidos a ella deben residir con un grupo educativo.
- b) Supone efectuar un seguimiento general de las actividades del menor.
- c) Puede ir acompañada de reglas de conducta.
- d) Conlleva el deber de asistir a cuantas entrevistas se fijen.

4. En España actualmente la Ley de Responsabilidad Penal de los Menores se aplica a...

- a) menores de 12 a 16 años.
- b) menores de 14 a 18 años.
- c) menores de 13 a 18 años.
- d) menores de 14 a 18 años y jóvenes de 18 a 21 años.

5. ¿Cuál de las siguientes afirmaciones es correcta?

- a) Al responsable de un delito solo se le puede aplicar una medida.
- b) Al responsable de dos delitos siempre se le ha de imponer dos sanciones.
- c) Al responsable de uno o varios delitos se le pueden aplicar una o varias medidas siempre que no sean iguales.
- d) Al responsable de un delito solo se le puede aplicar una medida y varias al que cometa varios delitos.

Solucionario

Ejercicios de autoevaluación

1. d

2. d

3. a

4. b

5. c