



Universidad
de Alcalá

LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL MENOR

CRIMINAL RESPONSABILITY OF MINORS

Máster Universitario en Acceso a la Profesión de Abogado

Facultad de Derecho

Autor: César Abad de la Fuente

Prof^a Doña Raquel Roso Cañadillas

Universidad de Alcalá de Henares, curso 17/18

En Alcalá de Henares a, 19 de enero de 2018

Índice

➤	Abreviaturas.....	pág. 2
➤	Resumen / Summary.....	pág. 3
➤	Introducción.....	pág. 4
➤	Desarrollo.....	pág. 5
I.	<u>Evolución legislativa de la Responsabilidad Penal del Menor en España</u>	
	1. Ley de Organización y Atribución de los Tribunales para niños de 1918.....	pág. 5
	2. Ley de los Tribunales Tutelares de Menores de 1948.....	pág. 6
	3. LO 4/1992, 5-6, sobre reforma de la Ley reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores.....	pág. 7
	4. LO 5/2000, 12-1, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores.....	pág. 8
	5. Reformas de la LO 5/2000, 12-1: LO 7/2000, 22-12; LO 9/2000, 22-12; LO 9/2002, 10-12; LO 15/2003, 25-11; LO 8/2006, 4-12; y LO 8/2012, 27-12.....	pág. 10
II.	<u>Modelo de Responsabilidad Penal del Menor en España</u>	
	1. Principios Generales.....	pág. 13
	2. Medidas susceptibles de imposición.....	pág. 16
	3. Determinación de la mayoría y minoría de edad.....	pág. 20
III.	<u>Convergencias y divergencias en la RPM en países comunitarios y extracomunitarios</u>	
	1. Sistemas de justicia juvenil en países Comunitarios.....	pág. 23
	2. Sistemas de justicia juvenil Extracomunitarios.....	pág. 29
IV.	<u>Casuística relevante y comparada</u>	pág. 36
V.	<u>Conclusiones</u>	pág. 44
➤	Bibliografía.....	pág. 51

Abreviaturas

AH	Antecedente de Hecho
Art. / Arts.	Artículo/os
Ayto/s	Ayuntamiento/s
CCAA	Comunidades Autónomas
CE	Constitución Española
CIDN	Convención Internacional sobre los Derechos del Niño
CP	Código Penal
CPI	Código Penal Italiano
DA	Disposición Adicional
DGAIA	Dirección de Atención a la Infancia y Adolescencia
DTU	Disposición Transitoria Única
EE.UU.	Estados Unidos de América
EM	Exposición de Motivos
FJ	Fundamento Jurídico
JGG	Ley de Tribunales de Menores (<i>Jugendgerichtsgesetz, DE</i>)
LO	Ley Orgánica
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LORPM	Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor
LTTM	Ley de Tribunal Tutelar de Menores de 1948
MF	Ministerio Fiscal
Nº	Número
Pág. / p. / pp.	Página/as
Párr.	Párrafo
PIEM	Programa Individualizado de Ejecución de la Medida
RPM	Responsabilidad Penal del Menor
S. / Ss.	Siguiente/es
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
t.	Tomo
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo
TTM	Tribunal Tutelar de Menores de 1948
UE	Unión Europea
Vol.	Volumen

Resumen

Con la aprobación de la Ley Orgánica 5/ 2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal del Menor, el legislador español dio respuesta a las exigencias que, en materia de justicia juvenil, se llevaban tiempo exigiendo de los textos internacionales, como la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, y del Alto Tribunal Constitucional, proclamando la preeminencia de un nuevo ordenamiento que promulgara el superior interés del menor. Sin embargo, las sucesivas reformas a las que se vio sometida fueron desfigurando su silueta inicial para algunos o dando un aspecto más punitivo, afortunadamente, para otros. En el presente estudio se abordarán la finalidad de cada una de estas reformas, el análisis de nuestro modelo de justicia penal juvenil, la comparativa con el de otros ordenamientos Europeos y Extranjeros, y finalmente, una abundante, y sobre todo, ilustrativa casuística. Estudios todos ellos, en los que intentaremos de forma crítica desmenuzar nuestra todavía novedosa Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor.

Palabras clave: Responsabilidad penal de menores, menores infractores, proceso penal, reformas, principios generales, modelo de responsabilidad penal del menor en España, modelo de responsabilidad penal del menor fuera de España, crímenes de menores.

Summary

With the enactment of the Organic Law number 5/2000, of January 12th, of Criminal Responsibility of Minors, Spanish government give the answer to all of juvenile justice demands which ones, for a long time, comes from the international orders, such as the Convention on the Rights of the Child, or the Spanish Constitutional Court, who proclaimed the prevalence of a new justice order that promulgates the superior interest of childs. However, the successive reforms which ones this new Organic Law suffered were disfiguring its initial justice silhouette for the detractors, or giving a necessary punitive aspects, fortunately, for others. In this study, we'll deepen in all of these reforms, we'll analyze our juvenile criminal justice system, we'll compare each order with others European and foreign systems too, and finally, an abundant and illustrative casuistry. All of these stages with which ones we'll try to make a review to unravel our still new Organic Law of Criminal Responsibility of the Minor.

Keywords: Criminal responsibility of minors, young offenders, criminal proceedings, reforms, general principles, model of criminal responsibility of minors in Spain, model of criminal responsibility of minors outside Spain, minors crimes.

Introducción

Desde el día 12 de enero del 2000 en que fue promulgada nuestra Ley Orgánica 5/2000, 12-1, sobre la Responsabilidad Penal del Menor, ésta ha sufrido hasta seis reformas, si bien, podrían ser muchas más teniendo en cuenta que durante cada ejercicio no son pocas las críticas que nacen del discurso general en la sociedad, o bien desde la política, intentado dar respuesta muchas veces a esos movimientos críticos que, en la mayoría de las ocasiones, surgen tras acaecer los crímenes más desconcertantes, a la par de impensables, cometidos por menores. La influencia de los partidos políticos y de los medios de comunicación ha ocasionado que la sociedad tenga una idea que no se ajusta a la realidad respecto a un supuesto crecimiento de la delincuencia, tratamiento benévolo de los delitos más graves, etc., cuando la realidad es la contraria, pues como veremos, la tendencia de todas estas reformas han ido encaminadas al endurecimiento del régimen procesal aplicable a los delitos cometidos por menores de edad, dándoles un reproche punitivo más severo.

Y no es otro que éste el objeto del presente estudio: conocer realmente nuestro modelo de Responsabilidad Penal del Menor, sus antecedentes históricos, pero sobre todo, los aspectos en los que de verdad ha de mejorar, pues pese a la creencia generalizada, el verdadero problema no se encuentra en la LORPM *per se*, sino en que no se han adoptado los medios necesarios para llevarla a cabo; los medios para ejecutar con utilidad sus sentencias.

El lector estará de acuerdo en que, conociendo el pasado, será más sencillo comprender el presente, y quizá la tendencia futura de nuestra LORPM y sus reformas. Por ello, los dos primeros títulos del estudio irán encaminados a conocer los antecedentes históricos de la Ley, arrancando desde los antiguos Tribunales para niños de 1918, hasta la última reforma de 2012, para finalmente conocer sus principios inspiradores y principales características. En la segunda parte del estudio, pasaremos a un contenido más práctico, donde, para llegar a las conclusiones finales del título V, antes habremos de conocer en profundidad los modelos de Justicia Penal Juvenil del resto de países, tanto comunitarios como extracomunitarios, -Derecho comparado-, para que con las convergencias y divergencias entre ordenamientos podamos dar respuesta a todo aquello en que puede mejorar nuestro modelo de RPM.

En una línea de pensamiento diferente a la doctrina mayoritaria y crítica tanto con la sociedad como con el legislador, este estudio rubrica el que a mi parecer es el correcto camino a seguir para conseguir un modelo de RPM lo más justo posible, que pasa por incrementar el control de sentencias, el número de profesionales, las medidas a aplicar, las instalaciones, la instauración de un modelo mixto de discernimiento, etc. En definitiva, un pensamiento defensor de la LORPM y sus reformas, -lógicas como veremos-, pues el problema no radica en la Ley, sino en que ésta no se aplica con los medios necesarios y suficientes para ejecutarla correctamente. Conclusiones todas ellas, que veremos recogidas en el título final número V de este estudio.

Desarrollo

I. Evolución legislativa de la Responsabilidad Penal del Menor en España

1. Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales para niños de 1918

Los Juzgados de Menores actuales han tenido sus antecedentes históricos en nuestro país, si bien, es en los denominados Tribunales para niños creados en 1918 donde encontramos por primera vez la aplicación de lo que podemos entender como criterios modernos de corrección, reforma y educación de los jóvenes delincuentes. Hasta la puesta en marcha de estos Tribunales, el tratamiento de los menores desviados en nuestro país siguió la doble vía del hospicio para huérfanos, vagos y vagabundos, y cárcel para los infractores de la ley penal. Es por ello que nuestro punto de partida en la evolución legislativa en materia de responsabilidad penal del menor comenzará conociendo estos Tribunales, coincidiendo socialmente con el interés ideológico de principios de siglo XIX por corregir a los niños delincuentes y abandonados, alejándolos de penas expiatorias y represivas que se ejercían contra los adultos.

Es en este momento del siglo XIX cuando la sociedad empieza a tener conciencia de que el sistema capitalista provocaba desigualdades sociales entre los jóvenes que nacían en los diferentes estratos sociales. Desigualdad de oportunidades entre individuos cuyos actos delictivos, por factores económicos, psicológicos e incluso biológicos (un niño enfermo por ejemplo) se encontraban condicionados por su situación social, no actuando así de manera totalmente libre. La sociedad empezó a comprender que necesitaba defenderse de estos jóvenes “condicionados” de una manera diferente, más humana, terapéutica y curativa, a fin de desplazar al sujeto de la comisión de futuros delitos. Surge entonces en Europa una jurisdicción para niños separada de la ordinaria, la cual se inspiraba en las “*Juvenile Courts*” creadas a instancia del juez de niños Benjamín Lindsey¹ en Denver, Estados Unidos, suprimiendo la cárcel y libertad vigilada para los más jóvenes.

Nace así en España el primer Tribunal tutelar de menores en Bilbao en 1920 al amparo de la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales para niños promulgada el 25 de noviembre de 1918 tendente a legislar estos nuevos Tribunales, si bien, la tardanza en su aplicación fue debida a que exigían la creación de establecimientos especiales dedicados a la observación y redución de dichos menores, exigencia que provocó desigualdades judiciales a nivel territorial pues había regiones donde se aplicaba la nueva Ley de Tribunales para niños, mientras que en otras, al no habilitarse dichos establecimientos, seguía aplicándose el Código Penal.

En síntesis, las características² más relevantes de esta Ley fueron la creación de un Tribunal especial para niños formado por un juez presidente de primera instancia (ordinario de adultos), y dos vocales, designados por la Junta Provincial de Protección a

¹ Platt, Los “salvadores del niño”, 1982, p. 188 ss.

² González Fernández, Los Tribunales para niños.,1999, p. 116

la Infancia, si bien, por sus prácticas pedagógicas o conocimientos debían hallarse capacitados para el desempeño de su cargo complementario, el cual, carecía de retribución. Esta nueva jurisdicción alcanzaba hasta menores de quince años, ampliada a dieciséis por Decreto-ley de 15 de julio de 1925, pudiendo privar de la patria potestad a aquellos padres que abandonasen la educación de sus hijos y decretar también la libertad vigilada de los pequeños delincuentes. Sus resoluciones eran ejecutivas y sin posibilidad de posterior recurso.

Que la actuación de estos primeros Tribunales de menores fuese más bien lenta y desorganizada dependiendo de la Provincia en que nos encontráramos, no impidió que la Ley, tras la experiencia de años de actuación, se viese modificada y mejorada con la práctica por Decretos y Disposiciones legislativas hasta alcanzar finalmente el siguiente estadio de este estudio.

2. Ley de los Tribunales Tutelares de Menores de 1948

Como se apuntaba anteriormente, tras sucesivas modificaciones, la Ley de 1918 dio paso a la Ley de los Tribunales Tutelares de Menores de 1948, aprobada por Decreto de 11 de junio de ese mismo año. Importante reseñar que un mes más tarde, el 2 de julio de 1948, también se aprobó el Texto Refundido de la legislación sobre Protección de Menores encomendada a la Obra de Protección de Menores, un organismo que tenía personalidad jurídica propia además de un patrimonio independiente para conseguir sus fines.

No es baladí dicha mención de la Obra de Protección de Menores, pues, los TTM no eran más que una parte de la estructura de este organismo encargado no sólo del enjuiciamiento de menores por los citados Tribunales, sino también de la facultad reformadora para/con los menores de dieciséis años que cometían delitos o faltas, con una especial labor protectora de aquellos que eran prostituidos, vagos, vagabundos e indisciplinados, e incluso de aquellos que, contemplado por primera vez en una Ley, eran denunciados por sus propios padres. Los TTM también se encargaban de conocer las faltas cometidas por mayores de dieciséis años siempre que estuviesen recogidas en el art. 584 del CP vigente en aquel momento.

Analizando alguna de las principales características³, vemos que la LTTM seguía manteniendo el criterio de menos de dieciséis años para delimitar la inimputabilidad de los menores en el CP que había vigente. Como hemos dicho, la citada Ley atendía no sólo a la facultad reformadora en faltas y delitos cometidos por menores, sino que abarcaba también a las denominadas conductas irregulares del considerado vago, vagabundo, etc. La consecuencia jurídica fue la protección correccional, sin distinción, entre menores en situación de peligro y menores que delinquen. Desapareció el concepto de pena y en su lugar se dio un carácter educativo y tutelar a la legislación cuyo fin era la corrección moral del menor sometido a ella. Curiosamente, la LTTM sostenía que no era necesario ni

³ Coy/Torrente, Intervención con menores infractores:, 1997, p. 42 ss.

Abogado defensor ni Ministerio Fiscal durante el procedimiento, dando lugar a un proceso inquisitivo y no contradictorio, lo que en definitiva, cuestionaba sus garantías.

Los TTM ostentaron plena competencia en materia de protección y reforma de menores hasta 1985, momento en que se transfirieron las competencias a las comunidades autónomas.

3. 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

A lo largo de finales de los años 90, tuvo lugar la entrada al Registro del TC de numerosas cuestiones de inconstitucionalidad promovidas por Juzgados de Menores de diversos lugares del territorio español sobre varios articulados de la LTTM. Dada la necesidad de arrojar luz sobre la cuestión, el Pleno del Alto Tribunal mediante STC 36/1991, de 14 de febrero⁴, declaró únicamente la inconstitucionalidad del art. 15 de la LTTM, el cual versaba en el siguiente sentido; *“las sesiones que los Tribunales Tutelares celebren no serán públicas y el Tribunal no se sujetará a las reglas procesales vigentes en las demás jurisdicciones, limitándose en la tramitación a lo indispensable para puntualizar los hechos en que hayan de fundarse las resoluciones que se dicten, las cuales se redactarán concisamente, haciéndose mención concreta de las medidas que hubieren de adoptarse.”* En lo que al procedimiento corrector del menor se refiere, suponía una clara lesión de las garantías procesales que ofrece el art. 24 de la CE, así como de los derechos proclamados por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos del Niño, por lo que, pese a que sólo se anuló un art. de la LTTM, el TC instó al legislador a salir de *“una situación normativa oscura e incluso un vacío normativo que únicamente la actividad del legislador puede llenar”*⁵

A raíz de dicha sentencia, se planteó la necesidad de una reforma en la justicia de menores con el fin de adaptarla a las exigencias de la CE. Esta reforma tiene lugar con la promulgación de la Ley Orgánica 4/1992, reguladora de la Competencia y el Procedimiento ante los Juzgados de Menores. En ella, se estableció una serie de novedades como por ejemplo la atribución al Ministerio Fiscal por el art. 15 de la dirección de la investigación y la iniciativa procesal, además de encomendarle la defensa de los derechos, observancia de las garantías y el cuidado de la integridad física y moral del menor. El Juez quedó así relegado a cumplir su papel como órgano velador de las garantías procesales (anteriormente lesionadas por la LTTM), y sentenciador. Asimismo, se recogieron nuevas medidas como las del art. 17; libertad vigilada, amonestación por tiempo de uno a tres fines de semana, privación del derecho a conducir ciclomotores o vehículos de motor, acogimiento por otra persona o núcleo familiar, servicios en beneficio de la Comunidad, tratamiento ambulatorio, ingreso en un centro de carácter terapéutico e ingreso en un centro en régimen abierto, semiabierto o cerrado. También se instauró la finalidad educativa como principio inspirador de las medidas, las cuales tendrían un límite

⁴ STC 36/1991, 14-2

⁵ STC 36/1991 14-2, AH nº 6, párr. 20

máximo de dos años, revisable atendiendo a la evolución del menor, pudiendo excepcionalmente suspender el fallo.

Marcada por la provisionalidad, la LO 4/1992 supuso simplemente una reforma urgente y parcial de LTTM en la que, más adelante, sería una profunda renovación legislativa a través de la LO 5/2000, 12-1.

Desde mi punto de vista, dicha LO supuso un rápido remedio para construir un proceso penal respetuoso con las lesionadas garantías procesales, si bien, continuaba teñida de aspectos penales para adultos, entremezclados con educativos que cada vez inspiraban más y más a la flexibilidad y proporcionalidad, lo que en consecuencia, seguía suponiendo una cierta arbitrariedad según el caso a tratar, y la consiguiente inseguridad jurídica que aún hoy perdura.⁶

El origen de todas las polémicas actuales, y voces que apelan por una legislación penal del menor más estricta, surgen de esta mezcla *sui generis* de materia penal y educativa a la que viene tendiendo el legislador, entremezclándose el aspecto resocializador y reeducacional, con el punitivo. El resultado, en muchos casos, da lugar a menores que vuelven a delinquir tras la aplicación de estas educativas medidas penales, así como por otro lado, que graves crímenes perpetrados por jóvenes con psicopatía y conductas asociales/antisociales, se les aplique medidas educativas-penales, claramente insignificantes, creando en definitiva todos ellos una sensación de impunidad frente a la sociedad. Quizá la solución sea poner el noventa por ciento del énfasis del proceso penal-educativo del menor en la aplicación de una estricta fase de ejecución del mismo, en vez de centrar las reformas en una continua mezcla de materias, reiterativas en ocasiones de su labor reeducacional. En cualquier caso, será más detenidamente abordada esta postura en el porvenir de este estudio.

4. Ley Orgánica 5/2000, 12-1, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores

La LO 5/2000, 12-1, supuso la asunción efectiva por nuestro ordenamiento de unos principios básicos en materia de responsabilidad penal asociados a la delincuencia juvenil, partiendo del menor como un sujeto en proceso de formación que justifica el desigual tratamiento del reproche frente al ilícito cometido, no pudiendo ser su responsabilidad penal equiparable a la de un adulto. Siendo el valor de la educación el espíritu inicial de la LORPM, con el paso del tiempo éste cambia debido a la utilización política del Derecho penal de menores, provocando numerosas reformas legislativas que más adelante veremos, más o menos acertadas, que no dejan de tener su ser en los polémicos aspectos aquejados por el discurso general, enunciados al final del apartado anterior, y en el deseo político de resolver dichas controversias.

⁶ Ríos Martín, Críticas a la reforma penal de la Ley Orgánica 4/92, 1992, p. 233 y ss.

Dando cumplimiento a lo prescrito en el CP⁷, la LORPM aclara en su art. 1 a quienes iba dirigida su aplicación, esto es, personas mayores de catorce años y menores de dieciocho que cometieran hechos tipificados como delito o falta (actualmente delitos leves) en el CP o en las leyes penales especiales. También resultaría aplicable, conforme al art. 4, a los jóvenes con edades comprendidas entre los dieciocho y veintiún años, siempre que se tratara de una falta o delito menos grave cometido sin violencia o intimidación, ni grave peligro para su vida o integridad física; que el sujeto no hubiera sido condenado en sentencia firme por hechos delictivos cumplidos los dieciocho años, así como que las circunstancias personales del imputado y su grado de madurez aconsejaran la aplicación de la Ley.

Una vez aclarados los sujetos a quienes iba dirigida su aplicación, la Exposición de Motivos de la Ley también dilucidaba qué elemento primaba en el Derecho Penal del Menor de forma determinante, tanto en el procedimiento, como en las medidas que se adoptaban; el superior interés del menor. *“Interés que ha de ser valorado con criterios técnicos y no formalistas por equipos de profesionales especializados en el ámbito de las ciencias no jurídicas, sin perjuicio desde luego de adecuar la aplicación de las medidas a principios garantistas generales tan indiscutibles como el principio acusatorio, el principio de defensa o el principio de presunción de inocencia.”*⁸

Sin entrar en el análisis de los principios rectores que fundamentan la LORPM, los cuales, más adelante serán objeto de estudio de forma pormenorizada, estos principios básicos que ya guiaron la redacción de la LO 4/1992, especialmente, el principio del superior interés del menor, las garantías del ordenamiento constitucional, y las normas de Derecho Internacional, con particular atención a la Convención de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, son en síntesis los principios que debían responder a las expectativas creadas en la sociedad española del momento, por razones en parte coyunturales y en parte permanentes, como se desprende de encuestas⁹ de valoración social de la LORPM realizadas en aquel momento, soslayando la opinión pública que, *“incluso antes de ser aprobada [LORPM] es ineficaz para reducir el número de delitos cometidos y para evitar la reincidencia, dejando prácticamente impunes a los jóvenes delincuentes, desprotegiendo a sus víctimas y a la sociedad en general.”*¹⁰

Asimismo, fueron criterios orientadores¹¹, como no podía ser de otra manera, la doctrina del TC, singularmente en los fundamentos jurídicos de las sentencias 36/1991, 14-2, y 60/1995, 17-3, sobre las garantías y el respeto a los derechos fundamentales los que necesariamente debían de imperar en el procedimiento seguido ante los Juzgados de Menores.

⁷ Art. 19, CP

⁸ LO 5/2000, 12-1, EM II, nº 7.

⁹ García/Martín/Torbay/Rodríguez, La valoración social de la LORPM, 2010, pp. 865-871.

¹⁰ García/Martín/Torbay/Rodríguez, La valoración social de la LORPM, 2010, pp. 865

¹¹ LO 5/2000, 12-1, EM I, nº 5.

Sin embargo, la novedosa y tan necesaria LORPM fue modificada en numerosas ocasiones hasta la actualidad, reformas a las cuales se hará mención a continuación sintetizando sus características más relevantes.

5. Reformas de la LO 5/2000, 12-1.

1ª) LO 7/2000, 22-12; La primera modificación de la LORPM tiene lugar antes de la propia entrada en vigor de dicha ley, a través de la LO 7/2000, 22-12. El contexto en que se produce dicha modificación, España veía recrudecida la actividad terrorista, violencia callejera a través de la conocida como *Kaleborroka*. En este sentido, se redefinió el castigo a imponer al menor infractor cuando concurrieran delitos de terrorismo, creándose para conocer de todos ellos el Juzgado Central de Menores de la Audiencia Nacional, así como delitos otros considerados de extrema gravedad¹², dando a todos ellos una respuesta punitiva más endurecida. Incluso, siendo el superior interés del menor el principio principal de actuación de la LORPM, en los casos de delitos de terrorismo, se contemplaba la posibilidad de evitar el cumplimiento de la medida del menor condenado cerca de su residencia.

Si bien la respuesta punitiva frente a determinados delitos se recrudece mediante esta modificación, como veremos en adelante, el hilo conductor de todas las modificaciones posteriores atiende al endurecimiento de la respuesta penal frente al menor que delinque, además de otras razones puramente técnicas. A mi entender, el interés superior del menor no es en ningún caso un principio superior, único y excluyente frente al resto de bienes jurídicos que deben protegerse, y menos, frente a bienes constitucionales. Por tanto, dicha modificación no es más que una respuesta sancionadora más proporcional atendiendo a la gravedad del ilícito cometido, proporcionando una mayor capacidad de operación y valoración al Juez conecedor y una mayor individualización de la pena entre la variedad de causas. La principal crítica: que como el resto de modificaciones, han nacido de la casuística criminal del momento que socialmente se encontraba más candente, y por tanto, aplicadas de forma tardía, y a golpe de complacencia política.

2ª) LO 9/2000, 22-12; Como se ha mencionado, la segunda reforma, también anterior a la entrada en vigor de la LORPM, se caracteriza por su aspecto puramente técnico en el sentido de agilizar la Administración de Justicia. Introduce una modificación para suprimir las Salas de Menores de los Tribunales Superiores de Justicia, previstas inicialmente como órgano especializado con competencia para conocer de los recursos de apelación contra resoluciones de Jueces de Menores, atribuyéndose así la competencia a las Audiencias Provinciales. Por último, se deja en suspenso durante dos años desde la entrada en vigor de la LORPM la aplicación de su art. 4, que establecía la posibilidad de aplicar a los jóvenes de dieciocho a veintiún años el régimen especial atendiendo a las circunstancias personales a las que ya se hizo referencia anteriormente.

¹² LO 7/2000, 22-12, DA 4ª.

3ª) LO 9/2002, 10-12; Como tercera modificación, puede decirse que la LO 9/2002 no introduce ninguna en la LORPM, sino que añade una nueva sección denominada sustracción de menores¹³ para dar respuesta penal a aquellos supuestos donde la sustracción del menor se produce por unos de sus progenitores, cuando las facultades inherentes a la custodia de éste han sido atribuidas legalmente al otro progenitor, otra persona o institución en interés del menor. Su finalidad fue dar un reproche penal claro, distinto del delito de desobediencia genérico, así como prever medidas cautelares para evitar estas sustracciones ilícitas.

Asimismo, esta reforma suspende la inclusión en su ámbito de aplicación de las infracciones cometidas por sujetos de edades comprendidas entre los dieciocho y veintiún años¹⁴. En concreto, hasta el 1 de enero de 2007, si bien, como recordaremos de la reforma 9/2000, 22-12, dicha disposición ya se encontraba suspendida por dos años.

4ª) LO 15/2003, 25-11; Siguiendo con el hilo conductor del endurecimiento progresivo desde un punto de vista político-criminal, la cuarta reforma que sufre la LORPM (en un período de tres años) modifica las posibilidades de defensa de las personas directamente ofendidas por el ilícito cometido por el menor. La diferencia con la LO 5/2000 es que ésta optaba por una intervención limitada, mientras que tras esta reforma se incorpora la figura de la acusación particular sin límites¹⁵, de forma similar a como se configura en el proceso penal de adultos.

Esta modificación fue objeto de crítica por cierto sector de la doctrina. Tras la reforma, la acusación particular podía ejercitar la acusación durante el procedimiento de una forma plena, instando a la imposición de medidas cautelares, teniendo vista de lo actuado, proponiendo y participando en la práctica de la prueba, siendo oídos durante el procedimiento, formulación de recursos, etc. En definitiva, los más críticos soslayaban que estas razones apoyaban la idea de una acusación particular interviniente “destructiva” que no favorecía el interés superior del menor, sino más bien, pretendía utilizar el Derecho Penal para resarcir a la víctima. Desde mi perspectiva, el hecho de limitar o apartar en última instancia a la acusación particular de un proceso penal de menores, en el que recordemos, dicha parte ha sufrido una lesión de sus bienes jurídicos, supondría una grave violación del principio fundamental a la tutela judicial efectiva del individuo, la cual, llevaría a la sociedad a entender que el interés superior del menor es, no sólo superior, sino único y excluyente frente al resto de bienes constitucionales, por lo que en definitiva, encuentro más que lógico y acertado el objeto de la reforma.

5ª) LO 8/2006, 4-12; Esta reforma tuvo como objeto político-criminal, endurecer la respuesta penal de los ilícitos cometidos por menores de edad entre catorce y dieciocho años. La reforma amplió los supuestos en los que se podía imponer medidas de internamiento en régimen cerrado y la duración de las medidas. Asimismo, se eliminó definitivamente la aplicación, ya suspendida como recordaremos, de la LORPM a los

¹³ LO 10/1995, 23-11, art. 225 bis.

¹⁴ LO 9/2002, 10-12, DTU.

¹⁵ LO 5/2000, 12-1, art. 25.

mayores de dieciocho y menores de veintiún años, si bien, como podemos observar en la actualidad, el legislador ha permitido la permanencia del art. 69 del CP en el ordenamiento, donde se plasma esta mayoría de edad “incompleta”, que, sin embargo, carece de aplicación en la práctica como la jurisprudencia del Alto Tribunal¹⁶ así lo aclara, afirmando que carece totalmente de contenido y aplicación.

Con la reforma LO 8/2006, también se posibilitó que a partir de la mayoría de edad, el cumplimiento de las medidas se efectuara en Centros Penitenciarios destinados a personas adultas.

Sin analizar detalladamente cada una de las modificaciones que introduce esta LO, la conclusión fundamental que se puede extraer de la reforma es, sin duda, que se produce nuevamente un endurecimiento de la norma legal que regula la RPM. Endurecimiento justificado por la Exposición de Motivos en que las estadísticas revelan un aumento considerable de delitos cometidos por menores. Como reza la propia LO 8/2006,

“Las estadísticas revelan un aumento considerable de delitos cometidos por menores, lo que ha causado gran preocupación social y ha contribuido a desgastar la credibilidad de 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. Junto a esto, debe reconocerse que, afortunadamente, no han aumentado significativamente los delitos de carácter violento, aunque los realmente acontecidos han tenido un fuerte impacto social.”¹⁷

Ahora bien, cabe realizar alguna observación al respecto, pues, si tal como se reconoce expresamente el número de delitos violentos no ha aumentado, por qué razón la reforma se centra precisamente en incrementar la duración de la medida de internamiento para los delitos graves. Lo único que cabe aseverar de las cinco modificaciones llevadas a cabo por el legislador hasta el momento, donde podemos incluir también la siguiente de LO 8/2012, 27-12, es que suponen un cambio de modelo, pues se sustentan en un incremento de los principios punitivos en detrimento de las medidas de reinserción social, y educativas, esenciales, inicialmente, e indiscutibles si recordamos la EM de la LO 4/1992 y la LO 5/2000.

6ª LO 8/2012, 27-12; En un contexto de profunda crisis económica, esta última reforma se hizo imprescindible para *“garantizar la prestación de los servicios públicos esenciales mediante la adopción de medidas que mejoren la eficiencia de todas las Administraciones Públicas, incluyendo la Administración de Justicia.”¹⁸* Por ello, se propuso una reforma de la LOPJ que garantizara la prestación del servicio público elevando los niveles de profesionalización de la carrera judicial. Con ello se pretendía que la totalidad de las resoluciones judiciales fueran dictadas por miembros integrantes

¹⁶ Véase STS 1363/2004, 29-11, FJ 4º, o STS 16/2016, 21-1, FJ 3º

¹⁷ LO 8/2006, 4-12, EM.

¹⁸ LO 8/2012, 27-12, EM I.

de la carrera judicial y que la actuación de jueces sustitutos y magistrados suplentes fuera excepcional.

En lo que a este estudio respecta, esta ley es la última que reforma el texto de la LORPM. A través de su DA segunda, modifica simplemente su art. 2.4, con el fin de atribuir al Juzgado Central de Menores de la Audiencia Nacional la competencia sobre los delitos cometidos por menores en el extranjero cuando, en virtud de la LOPJ y de los Tratados Internacionales, corresponda su conocimiento a la jurisdicción española.

Si bien las modificaciones de la LO 8/2012, 27-12 son discretas en materia de RPM, a modo de síntesis, podemos observar que tras las sucesivas reformas aplicadas sobre la LORPM, el legislador se ha ido alejando de los principios inspiradores originarios, -modelo de carácter especial-educativo-, dando paso a un nuevo sistema caracterizado por ser un modelo punitivo-educativo. El aparente aumento en España de la delincuencia de menores ha dado pie a que se apele por una mayor protección de la sociedad y un tratamiento más severo con respecto a esos “menores y jóvenes criminales”.

Los más críticos con esta pérdida de los principios inspiradores originarios defienden que en origen, la LORPM perseguía que la medida impuesta a un menor no podía ser más gravosa que la que correspondería a un adulto por el mismo ilícito, y que, a partir de la reforma 8/2006, en lugar de progresar en tal dirección, se produce un cambio de sentido cuya razón de ser presenta una justificación errónea.

Pues bien, el hecho de haberse producido un endurecimiento de determinadas penas (por delitos violentos o terrorismo), la creación de nuevos tipos delictivos (como la sustracción de menores), la creación de determinados juzgados y especificación de su competencia, la extensión de posibilidades de defensa para la acusación particular o la protección de bienes constitucionales, deben traducirse como una constante actualización de una LORPM novedosa, necesaria y flexible, la cual, como ya he podido enunciar anteriormente, lleva a la sociedad a entender que el interés superior del menor, puede ser superior en cuanto a su especial protección, pero nunca será único y excluyente frente al resto de bienes constitucionales, ni sobre la tutela jurídica de los perjudicados, por lo que en definitiva, encuentro lógica y acertada la posición del legislador respecto a las reformas actuadas, no dejando de ser éstas un nexo constante con la realidad social a lo largo de la vigencia de la todavía joven LORPM en España.

II. Modelo de Responsabilidad Penal del Menor en España

1. Principios Generales

Una vez clara la evolución legislativa de la RPM en nuestro país, en este segundo título analizaremos el modelo de RPM español, última parte de este estudio con carácter puramente teórico, pues en los siguientes títulos –III, IV y V- estaremos a la comparativa entre el modelo de RPM español que a continuación vislumbraremos, y el resto de

modelos de RPM existentes tanto dentro como fuera de la Unión Europea, así como para finalizar, casuística de relevante interés y conclusiones.

Sin más óbice, en las últimas líneas del apartado de Reformas de la LORPM ya pudimos adelantar el cambio de modelo de RPM, sustanciado, según los críticos, en la pérdida de los principios inspiradores originarios. La justificación de ese hilo conductor que percibimos en todas las reformas como es el endurecimiento punitivo, no es otra que el crecimiento de la delincuencia juvenil y la necesidad de reproches penales más severos, la parafraseada idea de “mano dura”, contra los jóvenes delincuentes. Muestra de ello fueron sin duda crímenes como el de la “catana” o el “crimen de San Fernando” ocurridos en el año 2000, de los cuales hablaremos más adelante en casuística relevante. Sendos crímenes, así como la intensificación criminal de la *Kaleborroka*, crearon una sensación de impunidad y, consecuencia de ello, una actitud de rechazo a la LORPM que motivó la reforma aprobada por la LO 7/2000 –delitos de terrorismo y extrema gravedad, recordemos-. No cabe duda de que la opinión pública sobre la delincuencia y criminalidad de los menores se ha revelado de suma importancia para el diseño de las diferentes políticas criminales, al influir en la orientación que los gobiernos han de tomar en la lucha contra el delito.

En cualquier caso, pese al cambio de modelo que aseveran los más críticos, con la promulgación de la LORPM en el año 2000, surgió un régimen de RPM inspirado por una serie de principios que pese a las constantes reformas, continúan y continuarán vigentes. Estos principios se encuentran enumerados en la Exposición de Motivos de la LORPM y son los siguientes¹⁹:

- a) *Naturaleza formalmente penal pero materialmente sancionadora-educativa del procedimiento y de las medidas aplicables a los infractores menores de edad.*

En este sentido, Gómez Recio²⁰ destaca que pese a que formalmente la LORPM reclame para sí un carácter penal, la responsabilidad que ésta regula, es completamente distinta de la aplicable a mayores de edad. Se trata de responsabilidades distintas, no sólo porque los principios inspiradores son distintos, -aunque con las reformas, surjan voces que aseguran que cada vez son más parecidos-, sino también porque la RPM se aplica mediante un procedimiento propio, orientado a fines distintos de los puramente penales. Cuando la LO habla de esta nueva orientación, no hace sino referirse a la resocialización del menor, recogida concretamente en el art. 55 de la LORPM. Este concepto se sustenta en la idea de que un menor internado durante años, sin más objetivo que cumplir un reproche penal, no hará que ese joven deje de ser un delincuente esperando a salir, mientras que si en ese tiempo se le dota de “herramientas” educativas-sociales que desconocía o no sabía aprovechar, lograremos reconducir a ese menor dando un paso más hacia una sociedad menos violenta.

¹⁹ LO 5/2000, 12-1, EM II, nº 6.

²⁰ Gómez Recio, La aplicación de la nueva LORPM., 2000, p. 1 y ss.

- b) *Reconocimiento expreso de todas las garantías que se derivan del respeto de los derechos constitucionales y de las especiales exigencias del interés del menor.*

Estas garantías podrían resumirse, principalmente, en: el principio acusatorio; como hemos visto en el anterior título de Reformas, plenamente desarrollado por la reforma LO 15/2003, 25-11, pues no puede haber juicio sin previa acusación ejercitada por órgano distinto del que va a juzgar, de tal manera que no pueda condenarse por hechos distintos de los que ha sido objeto la acusación. Como recordaremos, esta modificación fue objeto de crítica por cierto sector de la doctrina quienes soslayaban que con ello no se favorecía el interés superior del menor, si bien de contrario, limitar este principio, supondría una grave violación del principio fundamental a la tutela judicial efectiva del individuo.

En segundo lugar nos encontramos con el derecho de defensa; el art. 1.2 LORPM establece el derecho de todo menor a que se le notifique inmediatamente el hecho por el que se produce su detención y el lugar de la custodia a sus representantes legales. Además de ello, su declaración se llevaría a cabo ante la presencia de quien ejerza su patria potestad, -fiscal distinto al instructor, en su defecto-.

En tercer lugar, la RPM, como no puede ser de otra manera, también se supedita al pilar maestro del Estado de Derecho que es el derecho a la presunción de inocencia, esto es, ningún menor puede ser condenado mientras no se demuestre su culpabilidad.

Y en último lugar, el derecho a ser juzgado por un juez imparcial, derecho fundamental de todos los españoles recogido en la CE, art. 24.2, y por supuesto, también aplicable en el ámbito de la RPM, concretamente, establecido en su art. 2 LORPM.

- c) *Diferenciación de diversos tramos a efectos procesales y sancionadores en la categoría de infractores menores de edad.*

Diferenciación de diversos tramos a efectos procesales y sancionadores de las distintas categorías de infractores menores de edad, -de catorce a dieciséis, y de dieciséis a dieciocho-, sin olvidar que, como hablamos anteriormente en la Reforma LO 8/2006, 4-12, pese a que el art. 69 del CP parece permitir aplicar dicha LORPM a mayores de dieciocho y menores de veintiún años, la jurisprudencia del TS lo deja totalmente carente de contenido.

- d) *Flexibilidad en la adopción y ejecución de las medidas aconsejadas por las circunstancias del caso concreto.*

El juez dispone de una amplia discrecionalidad para la elección de la medida aplicable y del plazo de duración de la misma. Esta amplia libertad se verá limitada por los arts. 8 y 9 de la LORPM, -respeto al principio acusatorio de no imponer una pena mayor a la solicitada por MF y acusación, y respeto a los límites de las penas-. Esta flexibilidad se muestra como la mejor herramienta motivadora para/con los menores al

ser una “amenaza” para el joven que no se muestra activo en su proceso educativo en busca de la reinserción social.

e) Competencia de las entidades autonómicas relacionadas con la reforma y protección de menores para la ejecución de las medidas impuestas en la sentencia, y control judicial de esta ejecución.

Supone la aplicación del principio general de que las medidas habrán de ser ejecutadas por las CCAA (y ciudades autónomas) del lugar donde se ubique el juez de menores que dicte la sentencia, y bajo el control del mismo, salvo dos excepciones; que se dé la existencia de aquellas medidas que se agotan con la sola actuación del juez de menores²¹; y salvo aquellos tipos delictivos expresados en la DA 4ª introducida por la LO 7/2000 en relación con los delitos a los que ésta se refiere, -terrorismo-, en los cuales la ejecución de las medidas se llevará a cabo en establecimientos con control de personal especializado que el Gobierno ponga a disposición de la Audiencia Nacional. Para llevarlo a cabo, la LORPM requiere que se cumpla con el principio de especialización por el cual todos los actores intervinientes en el procedimiento de menores como jueces, fiscales, abogados y equipos técnicos, deben ser especialistas.

2. Medidas susceptibles de imposición

El art. 7 de la LORPM enumera y describe el contenido de un total de quince medidas que se pueden imponer a los menores infractores. La adopción de unas medidas que, como ya se ha dicho, fundamentalmente no tienen carácter represivo, sino preventivo-especial, orientadas a la reinserción y el superior interés del menor. Para la elección de la medida adecuada se atenderá, no sólo a la valoración de los hechos, sino especialmente a la edad, circunstancias familiares y sociales, personalidad y e interés del menor. A continuación vamos analizar de forma breve, pero con detalle, cada una de estas medidas:

A) Medidas de Internamiento:

El internamiento es una medida de privación de libertad durante el tiempo que determine la sentencia a realizar en un centro adecuado y homologado por la Administración, custodiado por personal de seguridad. Dicho centro estará compuesto por un/a director/a, equipo técnico especializado, educadores y personal de mantenimiento. En la CCAA de Madrid por ejemplo hay 254 plazas de internamiento en 6 centros de la Comunidad²².

Existen cuatro tipos de internamiento en dichos centros, si bien, no en todos, pues algunos centros sólo disponen de algún concreto servicio de internamiento.

1) Internamiento en régimen cerrado. Sólo se aplica a menores que han cometido delitos graves con violencia, intimidación o peligro para las personas. El menor sometido

²¹ LO 5/2000, 12-1, art. 7.1, l y m

²² Web de la Agencia de la Comunidad de Madrid para la Reeduación y Reinserción del Menor infractor, Centros de Ejecución de Medidas Judiciales.

a esta medida residirá en el centro y llevará a cabo sus actividades contempladas en el PIEM y las propias del centro, facilitando éste, además, los medios para asegurar a los menores en edad escolar obligatoria el acceso a la formación reglada que les corresponda, así como la de aquellos mayores de dieciséis que deseen continuar con su formación durante el tiempo de permanencia en el centro.²³

2) *Internamiento en régimen semiabierto*. Las personas sometidas a esta medida residirán en el centro, el mismo que para régimen cerrado, pero podrán realizar fuera del mismo algunas actividades formativas, educativas, laborales y de ocio. Siempre estará condicionado a la evolución y comportamiento del menor, pudiéndose restringir o incluso anular temporalmente por el juez, o a través de expediente disciplinario.²⁴

3) *Internamiento en régimen abierto*. Las personas sometidas a esta medida llevarán a cabo todas las actividades del PIEM en medio abierto; en sus respectivos colegios, institutos, lugares de trabajo o de formación prelaboral, debiendo regresar al centro exclusivamente para pernoctar.²⁵

4) *Internamiento terapéutico en régimen cerrado, semiabierto o abierto*. Serán centros con equipos técnicos, personal médico y psicológico clínico especializado, que supervisarán y actuarán junto al resto de equipos y personal. Se realiza una atención educativa especializada o un 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 supongan una alteración grave. En estos casos, cuando el interesado rechace un tratamiento de deshabitación, el Juez habrá de aplicarle otra medida adecuada a sus circunstancias.²⁶

Es importante reseñar que a la finalización de cualquiera de las medidas anteriores de internamiento, -primer período de internamiento-, le seguirá una medida de libertad vigilada acorde a lo establecido por la LORPM, -segundo período de internamiento-.²⁷

B) Medidas de medio abierto:

El Juez podrá imponer al menor una o varias medidas de las previstas en la LORPM siendo muy frecuente que, sobre todo en el caso de medidas de medio abierto, también en algunas de internamiento semiabierto, se impongan varias por la comisión de un mismo hecho; como por ejemplo la compatibilización de medidas de convivencia en grupo, con asistencia a centro de día o tratamiento de deshabitación o psicológico. La libertad vigilada a la que en el párrafo anterior hacíamos mención, -segundo período de internamiento- suele acompañarse de estas medidas de tratamiento ambulatorio. En este estadio, es fundamental la coordinación con la Administración Pública, tanto para

²³ LO 5/2000, 12-1, art. 7.1, a)

²⁴ LO 5/2000, 12-1, art. 7.1, b)

²⁵ LO 5/2000, 12-1, art. 7.1, c)

²⁶ LO 5/2000, 12-1, art. 7.1, d)

²⁷ LO 5/2000, 12-1, art. 7.2

conseguir actividades enriquecedoras, como coherentes y útiles para los menores infractores en su proceso reeducativo.

5) *Tratamiento ambulatorio*. Esta medida podrá aplicarse sola o como complemento de otra medida. Al tratarse de medio abierto, lógicamente es una medida adaptada a delitos menos graves que las del bloque anterior o a faltas. Se distinguen dos tipos de medidas de tratamiento ambulatorio: Psicológico, - menores con anomalías o alteración psíquica, o alteraciones en la percepción-, y de deshabituación de adicción al consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o sustancias psicotrópicas.²⁸

6) *Asistencia a un centro de día*. Los menores sometidos a esta medida residirán en su domicilio habitual y acudirán a un centro a realizar actividades de apoyo, educativas, formativas, laborales o de ocio. Esta medida suele ir acompañada de otra con mayor protagonismo. Aunque la asistencia a centros de día requiere de actividades y contenido educativo suficiente para tener entidad propia, en la práctica, como decimos, ha resultado más beneficiosa gracias a su carácter de apoyo a otras.²⁹

7) *Permanencia de fin de semana*. Los jóvenes sometidos a esta medida permanecerán 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, es decir, durante el fin de semana, a excepción del tiempo que deban dedicar a las tareas socio-educativas asignadas por el Juez. No deja de ser en síntesis una medida de internamiento de corta duración. En la práctica, la permanencia en el domicilio tiene la dificultad de que en la mayoría de los casos suele existir una falta de colaboración por parte de los padres, como en otras tantas medidas, lo que en definitiva, dificulta su cumplimiento.³⁰

8) *Libertad vigilada*. Sin duda alguna, es la medida más aplicada y controvertida de todas. Muy utilizada por todos los juzgados y la más propuesta por todas las fiscalías. En esta medida se ha de hacer un seguimiento de la actividad del menor sometido a la misma; su asistencia al instituto, al centro de formación profesional o al lugar de trabajo, según los casos, procurando ayudarle a superar los factores que provocaron el ilícito. La persona sometida a esta medida también queda obligada a mantener con el profesional encargado del seguimiento las entrevistas establecidas y a cumplir las reglas de conducta impuestas por el Juez: obligación de horarios, sometimiento a programas terapéuticos o de educación en valores, prohibición de frecuentar ciertos lugares, compañías, etc.³¹

9) *Convivencia con otra persona, familia o grupo educativo*. Es la medida más difícil de gestionar y dirigir a nivel administrativo. El menor sometido a esta medida debe convivir, durante el período de tiempo establecido por el Juez, con otra persona, familia o grupo educativo, distinto al suyo, adecuadamente seleccionados para orientarle en su proceso de socialización. En la práctica, sólo se lleva a cabo la convivencia con grupo

²⁸ LO 5/2000, 12-1, art. 7.1, e)

²⁹ Op. cit., art. 7.1, f)

³⁰ Op. cit., art. 7.1, g)

³¹ Op. cit., art. 7.1, h)

educativo; la entidad convenida organiza la medida en un inmueble, donde los menores, con un equipo técnico, dirección y educadores, convivirán durante el tiempo que determine el Juez, -la media oscila entre 9 y 12 meses-. La dificultad radica básicamente en que los menores se encuentran sometidos a un estricto horario al que no están acostumbrados en sus hogares, y, al ser una medida de medio abierto, los educadores carecen de las medidas de contención que tienen en centros de internamiento.³²

10) *Prestaciones en beneficio de la comunidad.* Constituyen una medida por la que el menor sometido a ella, que no podrá imponerse sin su consentimiento, tendrá que realizar las actividades no retribuidas que se le indiquen, de interés social o en beneficio de personas en situación de precariedad. Suele buscarse relación entre la naturaleza de dichas actividades con el tipo delictivo cometido.³³

11) *Realización de tareas socio-educativas.* Es otra medida usualmente complementaria de otras como la libertad vigilada, o bien impuesta a menores condenados por faltas o delitos de escasa entidad. El sometido ha de realizar actividades específicas, individual o colectivamente, de contenido educativo encaminadas a facilitarle el desarrollo de su competencia social. Destacamos dentro de los talleres más impartidos, refuerzo escolar, alfabetización, educación vial, habilidades sociales, orientación laboral, control de impulsos, etc.³⁴

C) Medidas de ejecución directa por el juez:

12) *La prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez.* Control llevado a cabo a través de los cuerpos y fuerzas de orden público.³⁵

13) *Amonestación.* Medida consistente en la reprensión del menor por el Juez de Menores con la que se pretende 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.³⁶

14) *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.*³⁷

15) *Inhabilitación absoluta.* Medida incluida por el legislador, y sobretodo, dirigida a menores con delitos o faltas relacionadas con el vandalismo callejero y política micro-terrorista, -como la *Kaleborroka*, por ejemplo-. Esta medida produce la privación

³² LO 5/2000, 12-1, art. 7.1, j)

³³ LO 5/2000, 12-1, art. 7.1, k)

³⁴ LO 5/2000, 12-1, art. 7.1, l)

³⁵ LO 5/2000, 12-1, art. 7.1, i)

³⁶ LO 5/2000, 12-1, art. 7.1, m)

³⁷ LO 5/2000, 12-1, art. 7.1, n)

de todos los honores, empleos y cargos públicos sobre el que recayere, así como la incapacidad para obtener los mismos o cualesquiera otros y la de ser elegido para cargo público durante el tiempo de la medida.³⁸

D) Medidas cautelares:

Si bien, no forman parte del elenco de quince medidas antedicho, no es baladí hacer mención cuales de ellas son susceptibles de aplicarse cautelarmente. Primeramente, para adoptarlas en el proceso de menores, deben concurrir dos presupuestos; el *fumus boni iuris*, -apariencia de buen derecho-, y *periculum in mora*, -riesgo de eludir u obstruir la acción de la justicia hasta la conclusión del procedimiento-. De tal manera que, cuando concurren cumulativamente se podrá adoptar la medida cautelar interesada, como así se desprende de la Circular de la Fiscalía General del Estado, en la que se exige que para la adopción de las medidas cautelares “*es necesario que concurren en el menor indicios racionales de participación en el delito y que se comprueben además la existencia de riesgo de fuga o de obstrucción a la acción de la justicia por parte del menor*”³⁹

La Ley prevé que se puedan adoptar como medidas cautelares, de entre todas las anteriormente vistas del art. 7, las siguientes:

- Internamiento en centro, en el régimen que corresponda.
- Libertad vigilada.
- Convivencia con otra persona, familia o grupo educativo.
- La adopción de medidas cautelares en los casos de exención de la responsabilidad.⁴⁰ Cuando en el transcurso de la instrucción que realice el MF quedara suficientemente acreditado que el menor se encuentra en situación de enajenación mental o en cualquier otra circunstancia prevista legalmente, se adoptarán las medidas cautelares precisas para la protección y custodia del menor.
- La detención⁴¹. Medida cautelar de naturaleza puramente procesal penal.

3. Determinación de la mayoría y minoría de edad

Como punto de partida, el art. 19 del CP no ofrece lugar a dudas acerca de la edad a partir de la cual será aplicable un régimen u otro: CP o LORPM; “*Los menores de dieciocho años no serán responsables criminalmente con arreglo a este Código. 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*”.

Sin embargo, no es anodino para este estudio entender las razones por las que el legislador determina esa edad, dieciocho años, y no otra, y una vez conocidas las razones,

³⁸ LO 5/2000, 12-1, art. 7.1, ñ)

³⁹ Circular 1/2000, 18-12, Fiscalía General del Estado, relativa a la LORPM, p. 38

⁴⁰ LO 5/2000, 12-1, art. 29

⁴¹ LO 5/2000, 12-1, art. 17

cuestionarnos si caben otras posibilidades de determinación, y en última instancia, cuál es la más correcta.

En primer lugar, nos encontramos con los menores de 14 años para los que se prevé una exención total de responsabilidad penal: la conocida inimputabilidad. Actúa de forma automática toda vez que se confirme el dato biológico de la edad del infractor. Para estos menores infractores únicamente cabe la aplicación de normas sobre protección de menores promulgadas por el Estado y las CCAA, pero nunca la LORPM, y menos el CP. Este primer límite, -inferior-, plantea la cuestión que más adelante abordaremos sobre si es o no la edad adecuada para constituir el límite mínimo de RPM. Como explica Requejo Naveros⁴², al igual que en el límite superior, existe un sector importante, -que ella considera minoritario-, que llevados por casos de gran repercusión mediática, defienden la rebaja del límite o establecimiento de excepciones al límite mínimo en casos de menores que, bien hayan cometido un gran número de ilícitos, o bien hayan cometido alguno de considerable gravedad.

En segundo término, como establece el CP, encontramos establecido el límite superior para la aplicación de la LORPM en menores de hasta dieciocho años de edad. Sin embargo, dentro de ese intervalo de edad entre el límite inferior y superior, esto es, catorce y dieciocho años, la Ley establece dos nuevas franjas cuya principal razón de ser radica en la diferencia en la duración de las medidas que podrán ser aplicadas. Una primera franja de catorce a quince años, y otra de dieciséis a diecisiete.

Por tanto, por simple que parezca, no deja de ser cuestionable que si un menor infractor con diecisiete años, once meses, y veintinueve días, planea un ilícito para finalmente cometerlo dos días después, éste sea sometido a las previsiones del CP y no del LORPM. ¿Biológicamente hay algún tránsito en ese menor autor del ilícito para pasar de someterse de una a otra normativa?

La legislación española opta por aplicar un sistema cronológico y biológico que recurre al dato objetivo de la edad para determinar los límites mínimos y máximos de la responsabilidad penal. A partir de los dieciocho años, no importa qué grado de madurez, sensatez o discernimiento tenga el infractor; el reproche penal se sustanciará a través del CP de adultos. Ahondando en los motivos que han podido llevar al legislador a aplicar este método cronológico, el primero de todos es claro, pues la principal ventaja resulta económica. No necesitamos de continuos exámenes de expertos que se pronuncien sobre el discernimiento del menor, y sobre qué régimen aplicar, y en segundo lugar, se crea cierta sensación de seguridad jurídica e igualdad al estar sujetos todos los jóvenes por los mismos criterios normativos. Pero es indudable, desde mi punto de vista, que se ha creado una aparente igualdad que no es totalmente objetiva, pues si contáramos con un instrumento infalible que pudiera detectar qué persona ha alcanzado la suficiente madurez volitiva para presuponer que es responsable de sus actos y del mal que causa, probablemente, ese medio constituiría la forma más justa de aplicar un Derecho penal u

⁴² *Requejo Naveros*, Criterios de determinación de la edad penal, 2011, pp. 26 y ss.

otro. Instrumento infalible el cual no existe, si bien, y como veremos también en el título siguiente, otros países han arriesgado, jurídicamente hablando, por acercarse lo máximo posible a él.

Este modelo alternativo se denomina sistema de discernimiento, donde la determinación de la edad se conforma en realidad de una manera mixta, pues sigue teniéndose en cuenta el dato cronológico-biológico, si bien, la cuestión reside en dirimir si en función de su edad se subordina la responsabilidad del autor a la normativa para adultos o a la de menores, atendiendo a si el menor infractor tenía o no madurez y discernimiento suficiente al momento de delinquir.

La principal dificultad que suscita este modelo es determinar cómo se debe realizar la prueba de discernimiento, lo que se une la necesidad de definir qué entendemos por discernimiento. El concepto de discernimiento no es más que la “inteligencia” del bien y el mal, unida a la comprensión de las consecuencias, siendo discernimiento sinónimo de imputabilidad. Como expresa Requejo Naveros⁴³, la doctrina considera que consiste en indagar, a partir de cierta edad, la madurez del menor. El juez, con ayuda de expertos debe dirimir si en el caso concreto el menor es capaz de conocer y respetar el precepto separándose de su incumplimiento. Esto se denomina, capacidad de inhibición.

Este sistema, naturalmente, también ha sido objeto de numerosas críticas basadas en la falta de recursos humanos suficientes, dada la dificultad que supondría aplicar el sistema “caso por caso”, además de las subjetivas interpretaciones que podrían suscitarse de ese dictamen final sobre el que sentenciaría el juez, -subjetivas interpretaciones, a mi parecer, también patentes con la aplicación del método cronológico-biológico-. Pese a todo ello, no obsta que pueda ser un modelo de éxito, alternativo, y desde mi punto de vista, más justo ya que es aplicado por otros países de nuestra zona, con modelos de justicia muy similares al nuestro, como Alemania o Italia.

El mismo principio se trasladaría a la edad mínima de determinación de la responsabilidad penal, si bien, es evidente que biológicamente cuanto más baja es la edad del joven infractor, la falta de madurez se hace mucho más palpable y menos discutida que en su límite superior. El legislador entiende que los menores de catorce años carecen de ese discernimiento suficiente como para asumir ante el Estado una responsabilidad de índole penal por sus actos. Pero del mismo modo surgen opiniones sociales y políticas que sostienen que esta delimitación debería tener algún tipo de excepción para determinados sujetos y hechos delictivos.

En mi opinión, la determinación de la edad mínima de la RPM debe ser abordada con mayor cautela, pues el criterio cronológico se encuentra mucho más presente en esta edad, -catorce años-, si bien, comparto que el legislador, como expone Blanco Barea⁴⁴, llegue a contemplar un sistema paralelo a la entidad pública de protección de menores que permita intervenir exclusivamente en aquellos menores que tengan un historial

⁴³ *Requejo Naveros*, Criterios de determinación de la edad penal, 2011, pp. 26 y ss.

⁴⁴ *Blanco Barea, J.A.*, Responsabilidad Penal del Menor: Principios, 2008, p. 7

policial especialmente amplio o que hayan cometido delitos especialmente graves, poco comunes en dicho rango de edad. Se trata de casos puntuales que, si bien en su cuantía no son un fenómeno preocupante, sí que despiertan una alarma social que debe ser atendida. Es en este sentido donde la existencia de un sistema público de protección de menores “agravado”, encargado únicamente de aquellos delitos de gravedad, supondría una medida lógica y útil, pero como se ha hecho mención anteriormente, entiendo que la traba a su implantación es debida más por motivos de recursos humanos, que intencionales.

III. Convergencias y divergencias en la RPM en países comunitarios y extracomunitarios

1. Sistemas de justicia juvenil en países Comunitarios

Aunque la delincuencia juvenil presenta unas características similares en la mayoría de países europeos, la respuesta penal que cada ordenamiento jurídico da al ilícito varía significativamente atendiendo, como veremos, a cuestiones históricas, culturales y de “tradición” jurídica. La premisa inicial que sí cumplen todos los países comunitarios, al igual que en el modelo español, es que el menor infractor debe recibir un reproche penal diferente al de los adultos.

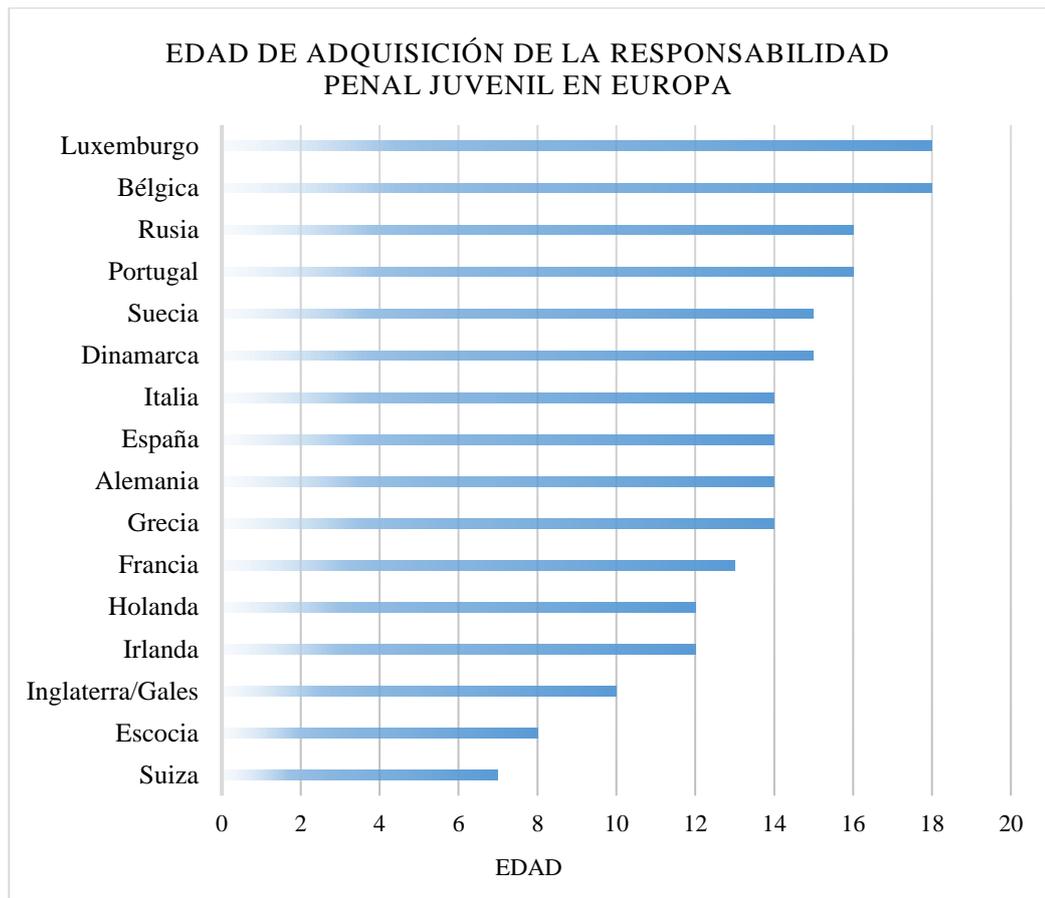
Como aspectos coincidentes, todos los países europeos han modificado, como no se entendería de otra manera, su legislación penal juvenil para adecuarla a las recomendaciones de las Naciones Unidas y del Consejo de Europa, abandonando el modelo protector, -movimiento filantrópico de los años cincuenta que consideraba al menor como una víctima de un sistema “injusto”⁴⁵- por modelos de justicia juvenil que refuerzan la posición legal del menor, reconociéndole como un sujeto especial, con sus garantías y derechos, y delimitando así su responsabilidad penal dejando a un lado el modelo protector antedicho. Asimismo, la mayoría de países europeos convergen en un régimen sancionador en el que prevalecen las alternativas a las penas privativas de libertad, la proporcionalidad de las sanciones y el carácter educativo de las mismas.

Como principales aspectos divergentes, nos encontramos con,

A) Edad de adquisición de la responsabilidad penal juvenil en Europa:

Existen numerosas diferencias entre los distintos ordenamientos jurídicos europeos, sobre todo en la fijación del límite mínimo para exigir la RPM, donde las diferencias se acrecientan, fluctuando desde los ocho años de Escocia, los diez de Inglaterra y Gales o Suiza, los doce de Holanda, los catorce de Alemania, Austria, España o Italia, los quince en los países escandinavos, los dieciséis de Portugal o los dieciocho de Bélgica. A modo comparativo, se presenta la siguiente tabla con varios países comunitarios más aparte de los ya citados:

⁴⁵ *Vázquez González*, La Responsabilidad Penal de los Menores en, 2005, p. 3



Como podemos observar, **Suiza** por ejemplo, pese a considerar penalmente responsables a los menores a partir de los siete años, regula un régimen sancionador diferente para niños de siete a catorce años, con penas más bajas, que las que se aplican a menores-adolescentes de quince a dieciocho años, de tal manera, que ningún menor pueda considerarse inimputable, -a excepción de los menores de siete años, que objetivamente, resultan totalmente inmaduros-, sancionándose cada ilícito proporcionalmente según el rango de edad en que el infractor se encuentre. Además de la seguridad jurídica que aporta a la sociedad la creación de rangos de edad más amplios, la clave del éxito que a mi parecer caracteriza este modelo, y al que me referiré más extensamente en conclusiones, es que pese a la dureza que en un primer momento puede plantear el hecho de condenar a un niño de siete años, Suiza apuesta con firmeza por las medidas de reinserción, terapéuticas y educativas antes que privativas de libertad. Por tanto, el factor determinante para rebajar la delincuencia juvenil, al menos en Suiza, ha sido que el legislador ha puesto prácticamente la totalidad de su empeño en la ejecución de la condena, esto es, en el estricto cumplimiento de unas medidas útiles, y con un sistema de responsabilidad juvenil con recursos humanos suficientes para llevar a término su finalidad, tal y como explica el psicólogo Guggenbühl, fundador del Instituto suizo para la Gestión de Conflictos, IKM; *“Respecto a otros países, como Estados Unidos, ponemos más énfasis en la reinserción del adolescente [...] Algunos programas prevén sesiones regulares para aprender a gestionar la rabia. En otros, los jóvenes delincuentes se trasladan al campo, a la montaña – antes salían incluso al extranjero, pero ya no. En*

varios programas tienen que trabajar [...]”⁴⁶. Aunque se considera que es más importante educar que sancionar, evidentemente, en los casos más graves los menores también pueden ser internados en un centro.

Haciendo un breve recorrido por el resto de países, en Holanda, se considera que un niño menor de doce años no tiene capacidad para cometer un delito, y por lo tanto, cuando se presenta uno de estos casos ante las autoridades policiales, se desestima automáticamente.

En **Francia**, por su parte, se ha fijado la edad penal en trece años, no obstante, existe un régimen civil especial para los menores de trece años, -hasta diez- quienes podrán ser objeto de medidas siempre educativas, nunca con penas privativas de libertad. Es curioso, además, que en Francia no existe un código específico para menores, sino que se les aplican las mismas penas que a los adultos, aunque con una considerable atenuación, modelo igualmente seguido por los países escandinavos. Por ejemplo, si la pena a imponer por el delito fuera de cadena perpetua, se puede castigar a los mayores de trece años con una pena de prisión de hasta 20 años.

En **Inglaterra**, la competencia de los Tribunales de Menores está circunscrita al menor de edad penal, es decir, a los niños y jóvenes de edades comprendidas entre los diez y los diecisiete años. No obstante, al igual que en la LORPM, el Derecho Penal inglés subdivide en franjas de edad de diez a catorce años, donde los menores son considerados "niños" desde el punto de vista legal; de quince a dieciséis años, considerados "jóvenes", y los que cuentan entre diecisiete a veinte años, o "semi-adultos". Así, para poder condenar a un "niño" ante los Tribunales de Menores, hay que demostrar que en el momento de la comisión del delito tenía capacidad para discernir y era consciente de que estaba actuando mal. Con respecto a los "jóvenes", sin embargo, se parte de la presunción de que tienen capacidad de discernimiento, y en su caso, es la defensa la que tiene que demostrar lo contrario. En cuanto a los "semi-adultos", son tratados procesalmente como adultos, recurriéndose a la hora de imponer a la pena al sistema de sanciones vigente en el derecho penal juvenil.

La misma división en franjas de edad se efectúa en el Derecho Penal Juvenil alemán donde se distinguen tres categorías; en primer lugar, los menores de catorce años llamados "impúberes", considerados incapaces de culpa, y por lo tanto, inimputables. En segundo lugar, entre catorce y diecisiete años, los menores pasan a ser penalmente responsables, del mismo modo que en la tercera franja, entre dieciocho y veinte años, pasando a ser considerados “semi-adultos”.

⁴⁶ Entrevista de *Guggenbühl Allan*, La Fórmula es combinar castigo y reinserción, Diario SWISSINFO.CH 4-10-13, 2013, en: <https://www.swissinfo.ch/spa/delincuencia-juveniladd-the-underlinela-f%C3%B3rmula-es-combinar-castigo-y-reinserci%C3%B3n/37020416>, consultado en diciembre de 2017.

B) Criterio biológico o biopsicológico (de discernimiento) para la determinación de los límites de la RPM:

Cuestión importante es también observar el diferente régimen existente entre aquellos países que, como **España** o **Portugal**, se han decantado por un criterio biológico-cronológico, mediante el cual se establecen unos límites de edad fijos para delimitar la mayoría y minoría de edad penal, primando criterios de certeza y seguridad jurídica, sobre otros aspectos como la madurez, la personalidad o el grado de desarrollo del menor; de aquellos otros como **Alemania**, **Italia** o **Francia** que han preferido seguir un criterio mixto entre biología y discernimiento, en el que los menores para tener responsabilidad penal juvenil, además de tener una determinada edad, han de mostrar un grado de madurez acorde a esa edad que les otorgue capacidad para comprender el carácter ilícito de su acto. Así lo dejan plasmado también sus respectivas legislaciones como por ejemplo el;

Art. 98 CP italiano: *“Es imputable quien, en el momento en que ha cometido el hecho, haya cumplido catorce años, pero no aún dieciocho, si tenía capacidad de entender y querer, [...]”*⁴⁷.

O el art. 3 JGG alemana: *“El joven (mayor de 14 y menor de 18 años) es jurídicamente responsable cuando en el momento del hecho es suficientemente maduro según su desarrollo moral y mental, para comprender el injusto del hecho y actuar conforme a esa comprensión”*⁴⁸.

Como acabamos de ver, el CP italiano aplica de forma mixta los dos criterios, el biológico y el de discernimiento, cuando en su art. 98, primer párrafo, especifica la imputabilidad de los que ya han cumplido catorce años pero no los dieciocho, con la coletilla de que siempre que tengan *“capacidad de entender y de querer”*. Es decir, parte de una presunción absoluta de inimputabilidad respecto de los menores de catorce, como en nuestro ordenamiento, en tanto que a los comprendidos entre catorce y dieciocho les refiere una presunción relativa de imputabilidad. La presunción de imputabilidad respecto a los mayores de catorce y menores de dieciocho presenta innumerables problemas en su aplicación práctica, pues la responsabilidad de quienes se encuentran en esa franja de edad está subordinada al hecho de que quede acreditada su *“capacidad de entender y de querer”*, por tanto, en contraposición al Derecho español, un menor entre catorce y dieciocho, de acreditarse esa falta de entendimiento, podría ser inimputable por el ilícito cometido.

La jurisprudencia insiste en la idea de que para la determinación de la capacidad de entender y de querer se deben tener en cuenta una multiplicidad de factores en relación a aspectos psicológicos y físicos de la evolución del menor, sus condiciones socio-ambientales y familiares, el grado de instrucción y educación así como la naturaleza del delito cometido. Es más, se llega a afirmar que la imputabilidad de un mismo sujeto puede ser descartada para algunos delitos y sostenida para otros, en consideración al mayor o

⁴⁷ CP (*Código Penale, IT*), 19-10, 1930, Código Penal Italiano, art. 98

⁴⁸ JGG (*Jugendgerichtsgesetz, DE*), 11-12, 1974, Ley de los Tribunales de Menores, art. 3

menor grado de percepción del desvalor ético-social del delito como sostiene Vaello Esquerdo. En esta línea argumental y como concreción, la jurisprudencia sostiene que en el caso de delitos contra la persona y la propiedad es suficiente un grado de madurez menos destacado que el que se demanda respecto a otras conductas penalmente, ya que los primeros van contra las normas más elementales de conducta moral, que de inmediato son rechazables⁴⁹.

Tradicionalmente el contenido de la capacidad de entender y de querer en el menor se viene identificando con el concepto de madurez, deducible de factores tan etéreos, como el desarrollo intelectual, la fortaleza del carácter, la capacidad de entender ciertos valores éticos, la aptitud para distinguir el bien del mal, lo lícito de lo ilícito, etc. Si bien, al igual que en España, la imposibilidad de dar al concepto de madurez una definición científica suficientemente rigurosa ha provocado críticas a este modelo mixto, por parte de quienes defienden que el resultado de su aplicación resulta un abuso a la fórmula de la absolución con base en el art. 98 CPI, lo que incita a que los jóvenes lleven a cabo transgresiones más graves aprovechándose de la, -aparente-, debilidad del Estado.

En la misma línea que Italia y Alemania, en contraposición a la claridad de la legislación española para la determinación de la mayoría/minoría de edad, también encontramos la **Ley Francesa**, la cual, desde un principio no ha sido demasiado clara en el tema que nos ocupa, ya que deja la puerta abierta al juez para aplicar los criterios de discernimiento estableciendo que la responsabilidad penal del menor dependerá del discernimiento de este. Este discernimiento, será acreditado tras un estudio pormenorizado del menor que el juez realizara sobre el propio menor, el entorno familiar, social y educativo de este. A tal efecto, no es hasta la llegada de la Ley 9-9, 2002⁵⁰, de orientación a la justicia, cuando se hace una mención expresa a este respecto, proclamando que, *“les mineurs capables de discernement sont pénalement responsables des crimes, délits et contraventions dont ils ont été reconnus coupable [...]”*⁵¹, esto es, que la responsabilidad del menor depende del discernimiento de éste, es decir, si sometido a un examen personal, social, y familiar el juez *d’enfants* cree que el menor es capaz de discernir, podrá de forma motivada ser condenado aunque tenga menos de trece años, - hasta diez-, eso sí, siempre a medidas educativas, nunca encarcelado.

Consagrando de esta forma una solución que ya antiguamente en el Derecho francés, como apunta la especialista en Derecho Internacional Francés Comparado, Peña Capel, se había dado por la Cour de Cassation en su célebre Sentencia *“Laboube du 13 décembre 1956”*, en la que se dice que un niño pequeño no puede ser condenado penalmente, si no tiene la razón mínima necesaria para comprender la naturaleza y el alcance de sus actuaciones, pues *“Intelligence et volonté, [...], toute infraction est constituée d’un élément moral ou intellectuel quui est la conscience d’agir en contravention à la loi, [...], de plus, el serait à fait inutile est injuste de punir une*

⁴⁹ Vaello Esquerdo, La Responsabilidad Penal de los Menores en Italia, 2006, pp. 319-359

⁵⁰ Loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002, d'orientation et de programmation pour la justice

⁵¹ CP (*Code pénal, FR*), 1-3,1994, Código Penal Francés, art. 122-8

personne et a fortiori un mineur nom discernant. Inutile car il ne serait pas mesure de comprendre pourquoi il est puni et injuste car il n'avoit pas conscience de violer la loi pénale"⁵².

Así, la sentencia anterior, más conocida como *La Boube*, introduce una nueva categoría de menores los cuales, son denominados por el ordenamiento como “*infans*”, es decir infantiles, individuos que por razón de su extrema inmadurez, no pueden comprender el alcance de sus actos, por lo que deben de quedar fuera del campo del Derecho Penal. En síntesis, podemos observar como el Derecho Penal francés utiliza sendos criterios, -biológico y de discernimiento-, para determinar la existencia de responsabilidad penal en el joven infractor, al fijar como mínima la edad de trece años para poder ser responsable penalmente, no pudiendo estos menores de trece años ser encarcelados, sino únicamente objeto de medidas educativas, pero aplicando caso por caso el criterio de discernimiento, imponiendo unas medidas/condenas acordes a la madurez y al ilícito cometido, lo que en definitiva, hace un Derecho Penal Francés más justo. Como defiende su Code Pénal, “*La inteligencia y voluntad [...] de toda infracción está constituida de un elemento moral e intelectual que es la conciencia de contravenir la ley [...]*”.

En definitiva, como hemos podido ver anteriormente al respecto de los modelos biológico, de discernimiento, o mixtos, cada fórmula presenta ventajas e inconvenientes en la práctica. Al criterio biológico se le achaca que el desarrollo biológico, el crecimiento físico de las personas y su correspondiente desarrollo intelectual y madurez personal, es un proceso evolutivo continuado, que no puede dividirse en fases o periodos, salvo creando una clara ficción jurídica, que a veces conduce a resultados insatisfactorios e injustos, mientras que al criterio mixto se le ha objetado principalmente la dificultad que entraña el demostrar la madurez o inmadurez de un joven en un caso concreto, la falta de recursos humanos, y la inviabilidad material de aplicar el modelo caso por caso, tal como ocurrió en España mientras estuvo vigente el criterio del discernimiento para determinar la responsabilidad penal de los adolescentes en el CP español de 1822. Pese a ello, no obsta que pueda ser un modelo de éxito, alternativo, y desde mi punto de vista, más justo, siendo prueba de ello que es el aplicado por otros países de la UE, con modelos de justicia modernos, muy similares al nuestro como hemos podido ver, como Alemania, Francia e Italia.

C) Régimen sancionador:

También podemos encontrar significativas diferencias entre los países de la UE respecto del régimen sancionador aplicable a los menores infractores de cada uno de ellos. Divergencias entre aquellos países como **España** o **Alemania** que han elaborado un

⁵² *Peña Capel*, La problemática que suscita la fijación de la edad mínima, 2013, p. 656 ss. “*La inteligencia y voluntad [...] de toda infracción está constituida de un elemento moral e intelectual que es la conciencia de contravenir la ley [...], además, sería inútil castigar a una persona, y mucho menos a un menor sin discernimiento. Inútil porque no podría entender por qué es castigado e injusto porque no sería consciente de haber violado la ley penal*”.

Derecho penal juvenil con un régimen de sanciones propio, y aquellos otros como Francia, Inglaterra o los países escandinavos, que como hemos mencionado anteriormente, han optado por aplicar a los menores las mismas penas que a los adultos, con determinados límites y, generalmente, con una considerable atenuación.

El profesor Vázquez González realiza en su artículo⁵³, ya citado anteriormente, una pormenorizada correlación de dichas divergencias además de otras, si bien, a modo de síntesis, como notas más destacadas de los diferentes regímenes sancionadores vigentes en Europa destacaremos los siguientes:

Como hemos dicho, Alemania y España por sorprendente que parezca, son de los pocos países Europeos que han elaborado un Derecho penal juvenil con un régimen de sanciones propio. En este sentido, con buen criterio dicho sea de paso, ambos países han prescindido de la pena de pecuniaria o multa, pues como es evidente, en la mayoría de casos resulta ser la pena preferida por el menor, ya que al ser en la mayoría de los casos insolvente y dependiente económicamente de su familia, dicha multa acaba siendo satisfecha por sus padres o tutores.

Asimismo, tanto en Alemania como España la duración máxima de la pena privativa de libertad viene fijada por la ley: cinco años como regla general y hasta diez años en casos excepcionales de extrema gravedad. Los países que se han decantado por imponer las mismas penas que en el Derecho penal de adultos, aunque atenuadas, como Austria, Francia o Italia, superan en muchas ocasiones esos límites. Por ejemplo, en Francia, si la pena a imponer por el delito fuera de cadena perpetua, se podrá imponer a los mayores de trece años una pena de prisión de hasta veinte años. Y si el joven fuera mayor de dieciséis años, de modo excepcional, se le puede retirar el beneficio de la atenuante de menor edad.

En **Inglaterra e Irlanda**, por su parte, tras la entrada en vigor de la Ley de Delincuencia y Desorden, o *Crime and Disorder Act* de 1998, los Tribunales de Menores pasaron a tener la potestad de imponer sanciones a los padres y guardadores si se demostraba que una falta deliberada de los padres en el cuidado y control del menor, había contribuido al comportamiento delictivo del menor. El incumplimiento por los padres de estas órdenes se considera un delito. A diferencia del Derecho anglosajón, en España la Ley únicamente castiga como delito a los padres que incumplen sus deberes en relación a los preceptos del Derecho de Familia, así como se les considera responsables solidarios en las multas que se impongan por botellón, o delitos de desorden público en general, pero nunca como autores del delito tal y como predica la Ley de Delincuencia y Desorden anglosajona.

En el mismo sentido que el Derecho anglosajón, tras la reforma del Derecho Penal Juvenil en **Bélgica** de 2006 se estableció como novedad el *stage* parental, una medida

⁵³ Vázquez González, La Responsabilidad Penal de los Menores en, 2005, p. 6

destinada a sancionar la responsabilidad de los padres por las infracciones cometidas por sus hijos menores de edad.

2. Sistemas de justicia juvenil en países Extracomunitarios

Al igual que en el marco de la UE, gracias a la Convención sobre Derechos del Niño, en vigor desde el 7 de septiembre de 1990 se han producido a nivel normativo cambios sustanciales en la manera de concebir a los niños, a los jóvenes, y lo más importante, a sus derechos. Ningún otro tratado internacional sobre derechos humanos ha provocado tal consenso por parte de los 195 gobiernos representados en las Naciones Unidas, siendo actualmente ratificado por 192 de dichos Estados, a excepción de Somalia, Sudán del Sur y, sorprendentemente, Estados Unidos, pues pese a haberlo firmado en un primer momento, muchos Estados prefieren reservarse el derecho a imponer penas considerables a los menores, incluso la pena de muerte, por lo que el consenso entre todos ellos para adherirse al Convenio es altamente improbable.

Sin embargo, las divergencias entre naciones tan dispares es más evidente que en el caso del derecho comparado de la UE, pues cada sistema jurídico nacional establece una mayoría de edad penal acorde a los valores de su cultura, religión, política, etc., sin olvidar que la situación de un menor que haya cometido un delito no será semejante si el hecho se produce en un país de mayoría musulmana, entre los pueblos aborígenes de una selva sudamericana, en un Estado fallido donde se sobrevive en condiciones tercermundistas o en el marco de una sociedad democrática. De ahí la necesidad de permitirme sucintamente agradecer el esfuerzo que la comunidad internacional realiza para implantar un “mínimo común” aplicable entre naciones tan dispares, respecto a los derechos de los niños y jóvenes del mundo.

A) Edad de adquisición de la responsabilidad penal juvenil fuera de Europa:

La mayoría de los países de América Latina por ejemplo tienen en funcionamiento distintos sistemas de responsabilidad penal juvenil incorporados paulatinamente desde que se firmó el CIDN. En la región, la edad mínima de responsabilidad criminal va desde los siete años, en Trinidad y Tobago, hasta la máxima de dieciocho en Brasil, según un informe de Unicef⁵⁴.

En **Ecuador**, por ejemplo, los adolescentes desde los doce años son considerados responsables de sus acciones a través de un sistema que establece medidas alternativas y de custodia bajo un sistema juvenil de justicia. En Brasil también la edad mínima es doce, ya que es a partir de esta edad cuando el menor infractor puede ser considerado responsable por sus actos mediante un sistema de justicia penal juvenil.

En el caso de **Uruguay**, la legislación penal para menores está recogida en el Código de la Niñez y la Adolescencia, en donde se establece un régimen especial para jóvenes de entre trece y dieciocho años. Las penas aplicables son diferentes a las de los

⁵⁴ UNICEF, Justicia Penal Juvenil: Las buenas prácticas en América Latina, p. 5 ss.

adultos, y curiosamente, a los dieciocho años una vez cumplidas, se borra el expediente. Conforme a la ley, de igual modo que con la utilización del criterio de discernimiento, cuando un joven es detenido, será necesario constatar si en el momento de la comisión del delito era lo suficientemente maduro como para tener conocimiento del carácter ilícito del hecho.

En **Chile** por su parte, un joven de entre catorce y dieciocho años que ha cometido un ilícito, ya no depende de que un juez lo encuentre con conciencia o no al momento de perpetrar sus actos delictivos, sino que rige un sistema penal especial desde hace doce años ajeno a toda idea de discernimiento. La ley n° 20.084⁵⁵ Chilena, erradicó la polémica figura del discernimiento, una prerrogativa judicial que permitía que cada tribunal decidiera si castigaba o no como un adulto al joven imputado de acuerdo al grado de conciencia de sus actos, y que surgía de una serie de exámenes, de igual manera que la LORPM no vislumbra dicho modelo.

Continuando con **México**, tras años de debate, el 12 de diciembre de 2005 el Congreso de México aprobó la reforma al Artículo 18 de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos para crear un sistema de justicia penal para adolescentes. Con esta reforma se supera el ya obsoleto sistema tutelar que regía en el país. La reforma introdujo un sistema de responsabilidad penal para adolescentes entre los doce y dieciocho años que antes no existía. Asimismo, establece un sistema de justicia independiente para los adolescentes, con jueces, ministerios públicos y técnicos especializados, quienes determinarán si se cometió o no una infracción a la ley penal.

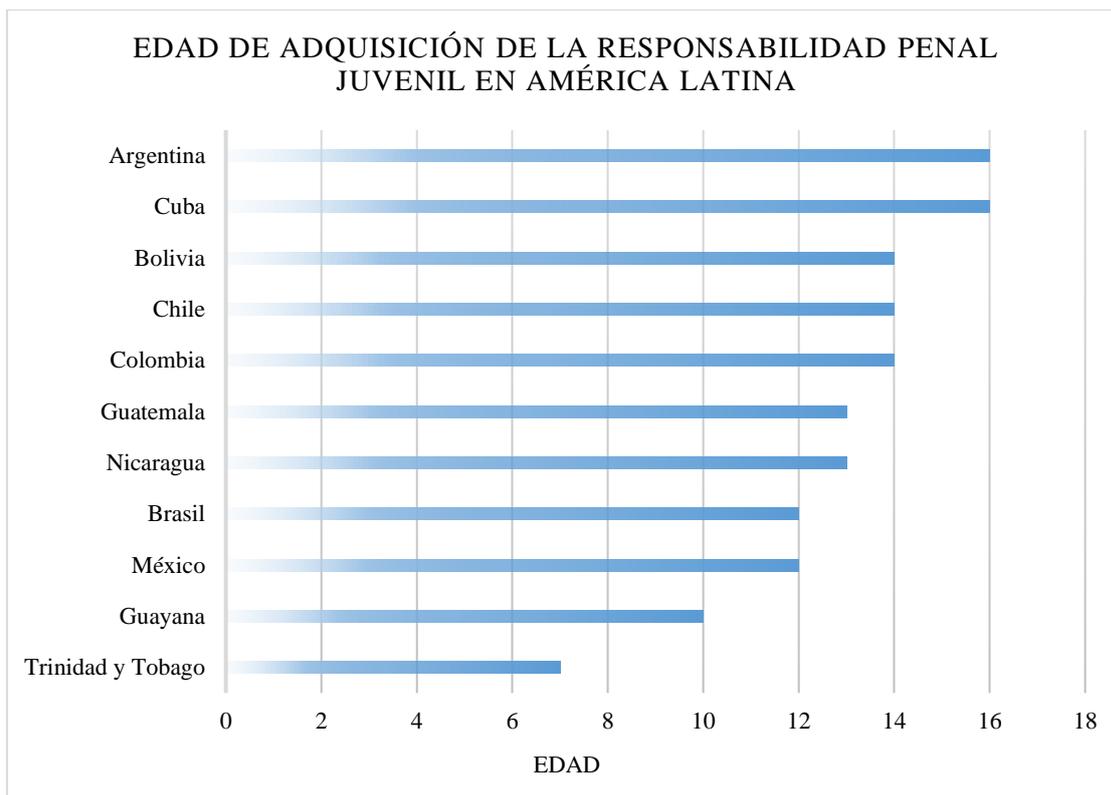
Finalmente, en **Argentina**, aunque el Decreto 22.278⁵⁶ establece que un niño menor de dieciséis años no puede ser considerado penalmente responsable, dicha norma permite un tratamiento igual al de los adultos a personas que cometieron algunos delitos entre los dieciséis y los dieciocho años. La autoridad judicial se encuentra facultada para no imponer una sanción penal, o para reducirla, pero permitiendo también la normativa la imposición de las sanciones previstas en la normativa penal ordinaria, -para adultos-.⁵⁷

Como podemos ver, en general, todos los países de América Latina, menos Argentina, han ido incorporando sistemas de responsabilidad penal juvenil, si bien, rigen a partir de edades muy dispares dependiendo de cada país, las cuales esquematizaremos a continuación de una forma más visual, pero respetando en todo caso el límite superior de dieciocho años acorde a sus respectivas ratificaciones de la CIDN, -sistemas de RPM que se han ido incorporando de forma mucho más tardía que en Europa-.

⁵⁵ Ley n° 20.084, 7-12-15, por la que se establece el Sistema de Responsabilidad de los Adolescentes por Infracciones a la Ley Penal, Chile

⁵⁶ Ley n° 22.278, 25-8-1980, por la que se establece el régimen penal aplicable a los menores incurso en delitos, Argentina.

⁵⁷ Palummo, Justicia Penal Juvenil: Situación y perspectivas en América Latina y El Caribe, 2014, p. 19



En lo que respecta al continente asiático y pacífico, en **Australia**, como punto de partido, su sistema de RPM no se aplica de la misma manera en todo el territorio. El estado de Queensland, por ejemplo, cuenta con un sistema especial de justicia penal para los jóvenes de entre diez y dieciséis años, mientras que en el resto del país lo aplica a adolescentes de diez a diecisiete años. De otro lado, la prisión aparece en el Derecho juvenil australiano como el último recurso para la mayoría de los menores. El gobierno central ha establecido una serie de medidas especiales para desviar a los adolescentes infractores lejos del sistema de justicia criminal en lo que se conoce como modelo de justicia restaurativa; reuniones entre delincuente y víctima, creación de tribunales especiales en materia de drogas y alcohol, e incluso la protección de la privacidad y estigmatización de los menores, no registrando sus antecedentes en algunos casos a fin de ayudar a los jóvenes a “salir” del crimen. Un modelo que muestra en definitiva una positiva evolución de la legislación australiana en este campo con útiles medidas.

En **China**, en cambio, su sistema de justicia juvenil no guarda la misma trayectoria que puede encontrarse en países del mundo occidental, pues el derecho a guardar silencio, o a un abogado defensor, allí resultan algo reciente. Sólo treinta años después de la Fundación de la República Popular China⁵⁸ se instauraron las primeras normas reguladoras del proceso penal. Hay dos tipos de Instituciones Correccionales Juveniles en China para adolescentes infractores de Ley en China. El primero es el Reformatorio Juvenil, *-Shaonian Guanjiao suo-*. Esta es una prisión para jóvenes entre catorce y dieciocho años de edad en las que, en caso de ser sentenciados a penas con plazo

⁵⁸ 1 de octubre de 1949, por el líder del Partido Comunista de China, Mao Tse Tung.

determinado o perpetuas, cumplirán en dicho reformatorio hasta cumplir dieciocho años, momento en que serán enviados a cárceles de adultos, en las cuales, los jóvenes serán separados de los adultos.

La segunda institución correccional es el Campamento de Rehabilitación Juvenil, *-Shao nian jiao yang suo-*. Este tipo de institución es principalmente para jóvenes bajo rehabilitación a través del trabajo. El tiempo máximo para la rehabilitación es de tres años, pero para los delincuentes juveniles, el plazo de rehabilitación está generalmente limitado a doce o quince meses, pudiendo ser el plazo para los adictos a las drogas mayor. En algunos casos, de acuerdo al art. 17 de la Ley Penal de la República Popular de China, los padres, tutores e incluso el Estado, podrán ser los encargados de reprochar el ilícito al menor infractor, a tenor de que *“Si una persona no recibe castigo criminal porque no ha llegado a los 16 años, el jefe de familia o su guardián debe disciplinarlo. Cuando sea necesario, puede ser tomado por el gobierno para rehabilitación”*⁵⁹. Pese a que la República Popular China administra actualmente la pena capital por una variedad de crímenes, el art. 49 de la Ley Penal de la República Popular de China prohíbe explícitamente la pena de muerte a criminales con menos de dieciocho años al cometer el crimen.⁶⁰

En este sentido, **Japón**, tras la firma de la CIDN, también prohibió las ejecuciones por delitos cometidos por jóvenes de hasta dieciocho años, estableciendo la edad mínima para la pena capital en los mismos, si bien, son considerados menores de edad en Japón aquellos menores de veinte años. Por tanto, un menor de edad puede ser condenado a muerte en la isla nipona, aunque es muy poco usual⁶¹. El caso más reciente fue la sentencia de muerte aprobada por el Tribunal Superior de Hiroshima el 22 de abril de 2008 contra el acusado, Takayuki Fukuda, un mes después de cumplir los dieciocho años violó y mató a una mujer, y posteriormente asesinó a su bebé.

Quizá el caso más polémico sea el de Estados Unidos, que deja al criterio de cada Estado la fijación de una edad penal. Así, nada más y nada menos que treinta y tres Estados no tienen fijada una edad mínima de responsabilidad penal, lo que permite teóricamente a cualquier niño ser condenado a penas de cárcel sea cual sea su edad. Entre los estados que sí fijan una edad mínima, encontramos Carolina del Norte que tiene la edad más baja, siete años, mientras que Wisconsin tiene la más alta, diez años.

El sistema de RPM de los **EE.UU.** representa un caso bastante diferenciado respecto a España. En cuanto a las edades mínimas y máximas existen bastantes diferencias. Lo más usual es que el límite de edad máximo sea los dieciocho años, aun cuando existen jurisdicciones que ponen el límite un poco más bajo, *-dieciséis o diecisiete años-*. En cuanto a la edad mínima, también se presentan diferencias relevantes entre

⁵⁹ Art. 17, Ley Penal de la República Popular de China, de 1 de octubre de 1994.

⁶⁰ <http://spanish.china.org.cn/xi-sifa/4.htm>, consultado en diciembre 2017.

⁶¹ Art. 475 ss. Ley N° 131 del 10 de julio de 1948, modificada por la Ley N° 26 del 27 de abril de 2010, Código de Procedimiento Penal Japonés.

Estados, muchos de ellos siguen la regla tradicional del *Common Law* que fija el mínimo en siete años. En casi todos los Estados se admite que un caso de delincuencia sea conocido por las cortes de adultos, para lo cual debe hacerse una transferencia de jurisdicción. La forma más común de hacer la transferencia es por decisión judicial de la corte juvenil la cual, previa evaluación del caso y del joven imputado, puede decidir que este se quede en el sistema juvenil o sea enviado al sistema ordinario de adultos. Los criterios para la transferencia son muy variables entre las jurisdicciones pero en general, el legislador ha entregado un marco importante de discrecionalidad a los jueces para tomar esta importante decisión.⁶²

En cuanto a las personas ejecutadas en EE.UU. por delitos cometidos cuando eran menores de edad, -antes de alcanzar la mayoría de edad de dieciocho años-, desde la reinstauración de la pena de muerte en 1976, veintidós personas fueron ejecutadas. Todos ellos varones. Veintiuno de ellos tenían diecisiete años cuando cometieron el crimen; únicamente Sean Sellers, ejecutado el 4 de febrero de 1999 en Oklahoma, tenía dieciséis años cuando asesinó a tres personas. En 2005 el Tribunal Supremo abolió la pena capital para menores de edad, estableciéndose como edad mínima los dieciocho años para poder ser sometido a la pena de muerte, poniendo fin así a la pena capital como castigo para menores de edad. En ese momento, setenta y un delincuentes juveniles se encontraban en el corredor de la muerte a espera de su ejecución, pudiendo beneficiarse de la abolición. Sin embargo, EE.UU. es el único país que permite la cadena perpetua para menores. Según un Informe de Amnistía Internacional, hay 2.500 personas en EE.UU. condenadas a esta pena antes de cumplir la mayoría de edad, pese a estar prohibido por la CIDN, razón por la cual, ya se adelantó anteriormente que, pese a ser parte, EE.UU. no ratifica dicho convenio.

B) Régimen sancionador:

En lo que a la diversidad de regímenes sancionadores aplicables existentes en el mundo se refiere, haremos un recorrido general comenzando por América Latina, donde hoy en día muchos consideran que la legislación argentina sobre RPM se encuentra entre las más atrasadas de Latinoamérica. Sus leyes de menores podrían sintetizarse de la siguiente forma; A los niños y jóvenes no se les reconoce plenamente los derechos procesales fundamentales aplicables para los adultos, pues su legislación es una mezcla entre materia asistencial y penal. De igual modo, dejan a los menores fuera del sistema penal, como sujetos de derechos, pero materialmente ejercen control coactivo sobre ellos.

En el modelo costarricense, los sujetos a quienes se dirige la justicia penal juvenil son menores de dieciocho años, quienes serán juzgados por tribunales especializados. Dada la importancia de la ejecución de las sentencias, -algo que en este estudio es continuamente defendido-, **Costa Rica** prevé la creación de jueces de ejecución de sanciones, quienes tendrán en cuenta que el fin de la sanción penal juvenil sea

⁶² *Duce/Couso*, El Derecho a un Juzgamiento Especializado de los Jóvenes Infractores en el Derecho Comparado, 2012, p. 15 ss.

eminentemente pedagógica y que el objetivo fundamental sancionatorio es el de fijar y fomentar las acciones que permitan al menor de edad su desarrollo personal y su reinserción en la familia y en la sociedad. Todo ello, sin olvidar que la sanción comporta igualmente una limitación de los derechos del individuo.

Uruguay por su parte, se debate entre el modelo tutelar de corte paternalista, - protector-, y la incorporación de medidas punitivas destinadas al endurecimiento del sistema judicial de menores para convertirlo en un espejo del aplicable a adultos. De igual modo, hay un constante reclamo popular por descender la minoría de edad a dieciséis años, en lugar de los dieciocho actuales.

En Norte América, **Canadá** actualmente regula la situación de los menores que delinquen mediante el denominado sistema de justicia reparativa. En él, los jóvenes entre doce y diecisiete años tienen responsabilidad penal resuelta y definida por un tribunal especializado en delincuencia juvenil. Su modelo sancionador se organiza en dos niveles: El primero se rige por la ley de protección de la juventud de carácter puramente administrativo, no judicial, cuya finalidad es proporcionar asistencia social a jóvenes desvalidos. Y el segundo nivel es el relativo al *Youth Criminal Justice Act*⁶³, el cual ya se ocupa de los menores delincuentes. Pero en síntesis, el sistema canadiense busca evitar la reclusión de los menores infractores, haciendo hincapié en la prevención, adaptación y reparación del daño.

Hoy en día, **EE.UU.** no tiene un sistema judicial único, y por tanto, tampoco un régimen sancionador general para menores infractores, si bien, los Estados prestan atención jurídica entre ellos, lo que no pueden hacer es incidir judicialmente entre sus sistemas. Cada Estado tiene derecho a establecer y poner en práctica un sistema judicial de adolescentes diferente que refleje sus propios requerimientos, tradiciones y costumbres. Muchos Estados adoptaron al comienzo un modelo tutelar flexible y compasivo, en lugar de un sistema judicial penal severo y orientado a la imposición de castigos. Pero los tribunales de menores estadounidenses han experimentado cambios desde sus inicios en 1899, señalando los analistas en los años cincuenta que los delitos cometidos por jóvenes delincuentes tendían cada vez más hacia actos violentos⁶⁴. Por ello, el sistema judicial tuvo que enfrentarse a severas críticas y cuestionamientos en aquél entonces, fruto del cual, los Estados comenzaron a adoptar medidas preventivas más duras para intentar frenar este incremento. Algunos estados modificaron sus procesos para hacer posible el traslado de un menor ante una institución para adultos para ser juzgado, una vez cumplida sus sentencias del tribunal tutelar, -medida que aún hoy perdura-. En otros casos, el joven podía ser transferida a un tribunal de adultos en una etapa más temprana del proceso para sr encausado como adulto.

En la actualidad, a los menores estadounidenses se les garantizan numerosos derechos al igual que en la UE, como el derecho a ser informado de la acusación, a ser

⁶³ Régimen de Menores Infractores de Canadá, de 19 de febrero de 2002

⁶⁴ Blanco, Estudio histórico y comparado de la legislación de menores infractores, 2006, p. 99

representados y defendidos en juicio, a no declarar contra sí mismo, a un juicio público, a la apelación, etc., de la misma manera que se garantizan para los adultos. Sin embargo, la percepción de inseguridad, la convicción generalizada de un sistema de menores carente de severidad, así como también la obsesión de EE.UU. por la aplicación de ciertas penas, como la cadena perpetua, hacen del sistema de justicia juvenil un verdadero drama, que ha provocado que no se respeten los preceptos del CIDN en el que en un principio fueron parte, y que, en la mayoría de estados, los menores sean juzgados como adultos. Como rezaba el eslogan, "*Penas de adultos para crímenes de adultos*"⁶⁵, éste resumía el clamor general existente en aquel entonces frente a un marcado incremento en el número de crímenes violentos cometidos por adolescentes.

IV. Casuística relevante y comparada

A continuación, en este título ahondaremos en los crímenes más relevantes en materia de delincuencia de menores. Como su propia definición evidencia, mediante la casuística, -en materia ética y jurídica aplicada-, se refiere al razonamiento basado en casos, si bien, como es evidente, la casuística objeto de análisis en este punto se limita a los crímenes más sonoros, controvertidos e inusuales, pero que en definitiva, no dejan de suceder y son reclamo muy a menudo de sistemas punitivos más severos por la sociedad. Si a la casuística le añadimos el Derecho comparado, podremos llegar a construir un pensamiento crítico sobre nuestro modelo de RPM con sus deficiencias, así como ventajas.

Caso Christian Fernández, EE.UU. (2011)

La vida de Christian Fernández es una historia de abusos, violencia y maltrato en su corta pero acelerada infancia. Brianella Marie, su madre, lo tuvo con tan sólo doce años después de ser violada por un vecino; la ley le impidió abortar. Bajo el cuidado de su abuela, influenciada por las drogas la mayor parte de su juventud, Christian fue abusado sexualmente por su primo y maltratado por su padrastro, quien se suicidó delante de él por la insoportable situación familiar.

En este macabro contexto familiar, Christian Fernández se convirtió en marzo de 2011, con doce años, en el preso más joven de EE.UU. tras matar a su hermanastro de dos años a golpes debido al aburrimiento. Su madre le dejó al cargo de sus dos hermanos pequeños, pero cuando volvió a casa aquella noche se encontró al menor de ellos sangrando por la nariz y los oídos, inconsciente en el suelo. La madre volvió a meterlo en la cama, después de que Christian le asegurara que sólo se había caído, hasta que se dio cuenta de que el niño no se movía. Asustada, avisó a emergencias, pero era tarde. El pequeño de la familia falleció en el hospital por una fractura en el cráneo.

Brianella se declaró culpable por negligencia, tras demostrarse en la autopsia que si hubiera avisado a emergencias el niño podría haberse salvado. En cuanto a Christian, la fiscalía lo acusó de asesinato en primer grado y pidió que se le juzgara como un adulto

⁶⁵ Díez, El drama de los menores juzgados como adultos en EE.UU., BBC Mundo, 22-10-2013.

bajo una pena de cadena perpetua, pero finalmente fue condenado únicamente a seis años de prisión, por lo que será puesto en libertad el próximo 2018. Paralelamente al juicio, una iniciativa ciudadana recogió 190 mil firmas en EE.UU. para que no se le juzgara como adulto.

Desde la óptica del modelo de RPM en España, el fratricidio cometido por Christian Fernández no habría supuesto de ninguna manera el ingreso en prisión, y tampoco en un centro de internamiento al estar muy por debajo de los catorce años necesarios para ser imputado. Aun en el caso de que tuviera catorce años, únicamente podríamos imponer al joven una medida de Internamiento en régimen cerrado⁶⁶, la cual como hemos visto en este estudio, sólo se aplica a menores que han cometido delitos graves con violencia, y por un periodo máximo seis años, al tener el menor menos de dieciséis años de edad. ¿Podría entenderse en este caso que la sociedad se encuentra desprotegida frente a dicho individuo tras el transcurso de esos seis años, -tanto en EE.UU. como en España si tuviera catorce años-? ¿No podrían aplicarse medidas más útiles, -y duraderas-, para asegurar la seguridad de los ciudadanos?

Pues bien, no es necesario acudir a hipótesis, ni a la casuística de EE.UU. pues propiamente España vivió hace muy poco tiempo una situación muy similar a la planteada.

“El niño de la ballesta”, España (2015)

El asesinato de un profesor a manos de un alumno de trece años en el Instituto Joan Fuster en Barcelona fue el último suceso que reabrió el debate sobre la conveniencia o no de reformar la LORPM en nuestro país, al no poder ser condenado el infractor por ser menor de catorce años. El joven, tras un brote psicótico, entró en el centro con una ballesta y un machete el 20 de abril de 2015 acabando con la vida del profesor Abel Martínez de una puñalada e hiriendo a varias personas más.

La legislación indica que las medidas que deben adoptarse en estos casos deben orientarse al ámbito educativo y familiar, pues cuando el autor de los hechos es menor de catorce años, no se le puede exigir responsabilidad. Hay que recordar que el objetivo de la LORPM es el conseguir la reinserción de los menores, de ahí que no se impongan penas como a los adultos, sino medidas, orientadas a la reeducación. Pero en casos de menores de catorce años, el déficit punitivo es aún más evidente; ni siquiera se vislumbran medidas de menor calado, sino que directamente se circunscribe la responsabilidad al núcleo familiar, y al ámbito de los Centros de Atención a la Infancia, con el evidente perjuicio que ello conlleva, pues los recursos humanos disponibles son limitados y las “medidas” tomadas en este régimen no son vinculantes, creando una evidente inseguridad jurídica, sobre todo en las víctimas.

⁶⁶ LO 5/2000, 12-1, art. 7.1, a)

Ni siquiera a dichas víctimas de crímenes cometidos por menores de catorce años se les ha dado una especial protección en materia de responsabilidad civil. La LORPM traslada la responsabilidad civil de los hijos a los padres, tutores, acogedores y guardadores legales⁶⁷ cuando el menor haya sido condenado por una sentencia penal del Juzgado de menores a efectos de indemnización por el perjuicio causado, -material o moral- a la víctima. Pero en el caso de menores de catorce, las víctimas no se ven amparadas ni por el CP ni por la LORPM, sino que deben acudir al CC, recordemos, del año 1889, para requerir a esos padres, tutores, acogedores y guardadores legales la responsabilidad pertinente con base en el art. 1903, que señala a los padres y tutores como responsables de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda.

Por tanto, no es lógico este deterioro legislativo en función del criterio biológico, tanto en los límites inferiores como superiores de lo que consideramos menores de edad, pues además de que debería tenerse en cuenta el criterio de discernimiento del joven, como viene defendiéndose en este estudio, también deberían ser las “medidas” acordes y proporcionales al ilícito cometido. Sin “saltos” punitivos (y garantistas) tan acentuados como hay entre los tres niveles, -menor de catorce años; entre catorce y dieciocho años; mayor de dieciocho años-.

Como el propio magistrado Josep Majó recordó, -encargado de archivar el caso del Instituto Fuster-, *"este juzgado carece de competencia para la prosecución de la vía penal contra dicho menor, al descartarse la intervención de terceras personas con mayoría de edad penal en los hechos objeto del procedimiento"* acordando remitir copia de las actuaciones a la DGAIA, *"por si fuere de su interés como competente para adoptar las medidas pertinentes"* pues es quien *"debe planificar las políticas de infancia y adolescencia en casos de situación de riesgo social"* y a quien correspondería *"valorar la situación del menor y adoptar las medidas necesarias"*.

Centros y Direcciones de Atención a la Infancia cuyos servicios son, como podremos comprobar si acudimos a cualquiera de las webs de las distintas Direcciones y Centros de los distintos Aytos. y CC.AA., pudiendo variar los objetivos mínimamente entre ellas:

- *Valoración inicial de situaciones de riesgo en menores.*
- *Evaluación de la situación familiar y, en su caso, de desprotección de los menores.*
- *Tratamiento familiar especializado.*
- *Acompañamiento y supervisión a las familias que no están en tratamiento.*
- *Resolución de conflictos.*
- *Soporte técnico a las y los profesionales y recursos que trabajan con menores.*
- *Prevención del maltrato infantil.*

⁶⁷ LO 5/2000, 12-1, art. 61

- *Seguimiento familiar una vez finalizada la atención.* ⁶⁸

“Medidas” evidentemente insuficientes como para corregir al joven infractor teniendo en cuenta que, pese a ser poco usuales, tanto en el caso de Christian Fernández como los que a continuación veremos, son jóvenes inimputables que presentan de forma temprana lo que se conoce como conductas antisociales, impulsivas y violentas con ausencia de remordimientos, que, recordemos, en gran medida son hereditarias, con una predisposición genética que no necesariamente te convierten en criminal, pero si añadimos un seno familiar ajeno al amor o la gentileza, marcado por la desprotección total del menor, da como resultado jóvenes potencialmente peligrosos sobre los que debería ejercerse unas medidas y controles duraderos, independientemente de la edad.

Asesinato de James Bulger, Inglaterra (1993)

Trasladándonos a Europa, en Inglaterra, el asesinato del bebé James Bulger de dos años de edad por otros dos niños de diez años es sin duda el crimen que más ha conmocionado a la opinión pública anglosajona en materia de RPM, siendo considerado por muchos como el episodio más espantoso de la criminología moderna. Los culpables, Robert Thompson y Jon Venables de diez años de edad cometieron el crimen el 12 de febrero de 1993.

Haciendo referencia de nuevo a la peligrosidad de estos jóvenes con conductas antisociales de la cual hablábamos anteriormente, -conductas en parte hereditarias, en parte adquiridas-, ambos nacieron en ambientes violentos, con padres irresponsables y alcohólicos, lo que forjó su temprana peligrosidad. El 12 de febrero de 1993, Thompson y Venables faltaron a la escuela. Días antes habían intentado llevarse a Bulger, pero la madre había regresado pronto y no lo habían conseguido, si bien, lo intentarían de nuevo aquel día. Habían estado dando vueltas por los alrededores del Centro Comercial en el que Denise Bulger y su hijo de dos años, James Bulger, hacían compras. A las 15:00, James y su madre entraban en una carnicería, cuando Thompson y Venables aprovecharon la distracción para llevarse rápidamente al niño. Lo sacaron del centro comercial y caminaron con él varios kilómetros, sometiéndolo a una serie de torturas. Cuando llegaron a una vía férrea, Thompson y Venables le pintaron de verde. Después le arrojaron ladrillos y lo golpearon repetidas veces con una barra de metal. Thompson le dio una fuerte patada en la cara que le dejó la huella marcada en la piel. Le rompieron las manos y los dedos pisándolos. Posteriormente, le quitaron los pantalones e introdujeron baterías eléctricas por el recto del niño. Finalmente, saltaron repetidas veces sobre el pecho del chico para después patearle. Ya fallecido, dejaron el cadáver del niño en las vías del tren, hallándolo finalmente los vigilantes cuatro días después con el cuerpo dividido en dos debido al paso de un tren.

Como es evidente, la opinión pública clamó a lo largo de aquellos días justicia, exigiendo procesarles como adultos, incluso pidiendo la pena máxima de cadena

⁶⁸ Portal web del Ayto. de Madrid, Servicios Sociales y de Salud, Centros de Atención a la Infancia

perpetua. Las mismas preguntas les surgían a todos durante aquellos días ¿Aquellos jóvenes de diez años realmente no fueron capaces de discernir el bien del mal? ¿Podría volver a suceder? El gobierno, preocupado por la seguridad de los asesinos, pensó en un inicio en llevarlos a alguna colonia inglesa de ultramar, pero prefirió encerrarlos en una cárcel de máxima seguridad.

El 24 de noviembre de 1993, Thompson y Venables fueron declarados culpables de la muerte del joven Bulger, convirtiéndose en los asesinos convictos más jóvenes en la historia moderna de Inglaterra. Fueron sentenciados a pena de cárcel hasta alcanzar la edad adulta de dieciocho años, siendo liberados en junio de 2001. El proceso para reformar el hábito asesino fue hacer que estos individuos reconocieran su crimen y hacerles interiorizar el ilícito de sus actos. Efectivamente, los asesinos quedaron en libertad y para protegerlos el Estado inglés invirtió miles de libras esterlinas para cambiar sus nombres, historias, residencias, profesiones, aunque siempre tuvieron la libertad condicional. Aunque en ocasiones se intentó reconstruir sus caras, y siguen difundándose el rostro actual de los posibles sospechosos por internet, no se ha conseguido saber nada más de los asesinos, hasta que uno de ellos, Jon Venables, fue nuevamente condenado el 2 de marzo de 2010 por el desarrollo de una red pornográfica infantil, siendo puesto en libertad en 3 de septiembre de 2013.

Caso similar en España, en cuanto al tratamiento por parte de los medios de comunicación y la protección del menor infractor en lo que supone los inicios del soberano principio de “superior interés del menor”, es el de José Rabadán, más conocido como “el asesino de la catana”, en el año 2000, cuando este joven, a sus dieciséis años de edad, mató a sus padres y hermana pequeña, síndrome de Down, con una catana y un machete, asestando un total de 90 golpes entre todos ellos.

Aplicando el derecho comparado y lo aprendido hasta ahora sobre nuestra legislación en materia de RPM, en España el caso de Bulger se habría desarrollado durante la vigencia de la LTTM de 1948, con las incorporaciones de la reforma de LO 4/1992, 5-6, sobre reforma de la Ley reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores. En este sentido, ni siquiera Venables y Thompson habrían sido condenados por asesinato hasta su mayoría de edad en régimen cerrado, -nuevas medidas de internamiento que vislumbraba la reforma LO 4/1992-, pues la LTTM de 1948 se aplicaba a mayores de dieciséis años, razón por la cual habrían sido considerados inimputables. En el caso de Rabadán, ya en aplicación de la novedosa LO 5/2000, 12-1, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, éste joven de forma similar al caso de los asesinos de James Bulger, pese a la obcecación y extrema dureza de su crimen, únicamente fue condenado a seis años de internamiento en un centro de menores y a dos años de libertad vigilada. Ambas sentencias, pese a los siete años que separan sendos crímenes, son resultado del nuevo principio filantrópico que caracterizaba el Derecho de Menores más moderno en los ordenamientos europeos, esto es, el superior interés del menor. Un principio que, tanto en aquél momento como en la actualidad pese al transcurso de los años, llegan a configurar al menor infractor como una víctima, cuando

no debe olvidarse que es el menor quien atenta contra el resto de bienes jurídicos, incluso con el más supremo de todos, que es el derecho a la vida. ¿Puede el superior interés del menor estar por encima del derecho a la vida? ¿Puede también estar el derecho a la reinserción?

No cabe duda que el principio del interés superior del menor, inspirador de la normativa penal juvenil, permite llevar a cabo una eficaz y rehabilitadora intervención con el infractor, permitiéndole abandonar ese circuito penal dándole un “castigo positivo” dotado de una función pedagógica y educativa, -tratamiento-, que facilita al menor reconocer en la sanción la respuesta justa y merecida por el ilícito, le haga asumir su culpa, mostrar su arrepentimiento y el compromiso de reparar el daño causado. Pero ni la ausencia total de este principio, como en los distintos ordenamientos de EE.UU. ni la supremacía frente al resto, como en Europa, son la respuesta más justa para ciertos crímenes que como vemos, pese a su extrañeza, suceden, y frente a los cuales, debemos proteger de forma igualmente diligente el resto de bienes jurídicos. Los últimos casos vislumbrados hacen patente la necesidad de un sistema penal juvenil capaz de reconocer variables, como la edad del menor, el tipo del delito, su perfil psicológico o un escrupuloso control, y asistencial, del período posterior a la condena.

Si bien, en el caso de Jon Venables el desprecio por la vida de los más pequeños ha continuado incluso después de su edad adulta, -evidenciando el fracaso del ordenamiento penal juvenil inglés-, rompiendo una lanza por el sistema español, en el caso de José Rabadán, éste pudo reinsertarse en la sociedad llevando una vida normal, creando una familia e incluso conviviendo con miembros de su familia a los que había arrebatado seres queridos, siendo muy crítico con su pasado. Todo ello, gracias al apego dispensado por el centro de internamiento y al posterior acogimiento de un miembro del propio centro. Pero en general, una reinserción de este tipo es poco usual pues el énfasis en la ejecución de sentencias, el control escrupuloso, las condenas nada proporcionales al crimen y perfil psicológico del menor, y en general, las carencias de las que hablábamos en el párrafo anterior, hacen que los menores continúen delinquiendo como a continuación veremos.

Asesinato de Sandra Palo, España (2003)

Al hilo de lo anteriormente dicho en referencia al fracaso de los sistemas juveniles penales, resulta mucho más cruento el caso de Sandra Palo Bermúdez, una joven española de veintidós años y con una discapacidad psíquica leve que en mayo de 2003 resultó brutalmente violada y asesinada por un grupo de delincuentes menores de edad, en un caso que conmocionó a la sociedad española de la época.

En el *iter* de los hechos, Sandra se encontraba esperando el autobús junto a un amigo también discapacitado, cuando se detiene un coche en el que viajan cuatro jóvenes con edades comprendidas entre los 14 y los 18 años, delincuentes desde la niñez y con numerosas estancias en centros de menores. Detenido el coche, obligan a Sandra y a su compañero a subir, amenazándoles con un cuchillo. A los pocos metros, obligan al

compañero a bajarse del coche y continúan el trayecto con Sandra, quien también intenta bajar pero es retenida. Al llegar a un descampado en la carretera de Toledo, los cuatro ocupantes deciden violar a Sandra fuera del vehículo. Cuando la víctima logra incorporarse tras la violación tratando de vestirse y alejarse del vehículo, uno de ellos, apodado *El Malagueta*, sube al vehículo y lo arranca atropellando a la víctima hasta en siete ocasiones. Tras los sucesivos atropellos, la víctima, agonizante, permanece en el suelo aún con vida, por lo que deciden acercarse a una gasolinera y comprar un bidón de gasolina con el que rocían y prenden fuego el cuerpo Sandra, a pesar de permanecer semiinconsciente. Finalmente, la joven falleció a consecuencia de las graves quemaduras.

Sandra fue encontrada medio carbonizada a la mañana siguiente por un camionero en el municipio de Leganés, Madrid. Según la autopsia, la víctima presentaba múltiples y graves lesiones, marcas de rodaduras neumáticas en la zona interior de los muslos y tórax, fractura de columna vertebral, carbonización de casi la totalidad de su cuerpo, y una bolsa en la cabeza grapada al cuello.

Los autores del crimen fueron detenidos en junio de ese mismo año. Los cuatro implicados acumulaban hasta el momento de su detención más de 700 denuncias por diversos delitos y faltas. Los acusados en el asesinato de la joven fueron: Francisco Javier Astorga, *El Malagueta*, con dieciocho años al momento del crimen, fue condenado a 64 años de prisión por secuestro, violación y asesinato con agravantes de alevosía y ensañamiento. Ramón Santiago, y José Ramón Manzano, *Ramoncín*, ambos de diecisiete años, fueron sentenciados a cumplir diecisiete años de internamiento. Cumplieron condena hasta 2012. Ambos continuaron delinquiendo. Rafael García, *El Rafita*, contaba con catorce años y con antecedentes, fue internado cuatro años en el Centro de Internamiento El Renasco de Carabanchel. Continuó delinquiendo e ingresó en prisión por reincidencia en 2013.

Este crimen, similar en cuanto a cooperación y rango de edades de los implicados, al crimen de Marta del Castillo (Sevilla, 2009), con el agravante en el caso que nos lleva de haber reincidido todos una vez cumplida condena, son los dos principales sucesos que han reabierto el debate sobre la reforma de la LORPM en la historia más actual de esta Ley Orgánica. A raíz del crimen de Sandra Palo, la reforma de la LORPM dejó de ser una visión crítica y aislada para convertirse en un reclamo de la sociedad. En 2005 llevaron un millón de firmas al Congreso y en 2008 también solicitaron ante el Parlamento europeo que los menores que hubieran cometido delitos muy graves ingresaran en prisión al cumplir los dieciocho años, pero la realidad es que muy poco ha cambiado desde entonces.

En este sentido, si recordamos las reformas de la LORPM vistas en este estudio aplicables a la fecha del caso que nos ocupa, éstas resultan ser acertadas y lógicas como ya se explicó al final del Capítulo I, pero evidentemente discretas en materia punitiva. El legislador se fue alejando de los principios inspiradores originarios achacado a un aumento en España de la delincuencia de menores, lo que provocó un endurecimiento de

determinadas penas (por delitos violentos o terrorismo), la creación de nuevos tipos delictivos (como la sustracción de menores), la creación de determinados juzgados y especificación de su competencia, la extensión de posibilidades de defensa para la acusación particular o la protección de bienes constitucionales. Extraordinarias y acertadas reformas de una novedosa LORPM que deben traducirse como una constante y necesaria actualización. Pero en la práctica, no dejan de ser mejoras técnicas y no típicas, -en cuanto a tipicidad-, que continúan llevando a la sociedad a entender que el interés superior del menor es único y excluyente frente al resto de bienes jurídicos.

No puede entenderse, en este caso, cómo de un mismo delito, podemos llegar a establecer tres condenas tan dispares entre ellas en aplicación de la LORPM, más allá de la corta diferencia entre las edades de los condenados, y menos aún, teniendo en cuenta su similar vida vandálica. Como hemos visto, el mayor de edad continúa en prisión condenado a 64 años de prisión, los dos jóvenes de diecisiete años fueron condenados a diecisiete años de internamiento (si bien cumplieron únicamente nueve), y el más joven de todos a cuatro años de internamiento. Todo ello, con el aliciente de que los tres que se encuentran en libertad continúan delinquiendo a pesar de que los informes psicológicos advertían que no se encontraban reinsertados. Ya no es sólo que se proteja muchas veces más al infractor que a las víctimas, sino que se facilita en exceso, como en este caso o el de Venable y Thompson, que puedan empezar de cero al terminar sus condenas, pese a los malos pronósticos de reinsertión. Así lo deja clara la DA 3ª de la LORPM estableciendo que *“en el Ministerio de Justicia se llevará un Registro de sentencias firmes dictadas en aplicación de lo dispuesto en la presente Ley, cuyos datos sólo podrán ser utilizados por los Jueces de Menores y por el Ministerio Fiscal [...]”*⁶⁹ o las Reglas Mínimas para la Administración de Justicia de Menores, -Reglas de Beijing-, rezando que *“los registros de menores delincuentes no se utilizarán en procesos de adultos relativos a casos subsiguientes en los que esté implicado el menor delincuente”*⁷⁰. Y es que uno de los puntos más polémicos de la LORPM es que en virtud de la misma, el historial de estos tres menores deba eliminarse.

De nuevo, como se ha defendido desde el inicio de este estudio, se hace patente la necesidad de una escrupulosa ejecución de las sentencias y control de los infractores, durante y después de sus condenas. La necesidad de un modelo juvenil judicial que, si bien, atenúa la pena a imponer, exija su taxativo e íntegro cumplimiento, su control posterior, y en caso de reincidencia, la posibilidad de ingresar en prisión una vez cumplida la mayoría de edad. Pues no podemos olvidar que el superior interés del menor es un derecho, una garantía para que los menores puedan reinsertarse, pero como todo derecho, conlleva el cumplimiento de unas obligaciones, que en caso de no ser atendidas, no deberían suponer una continua protección del menor infractor, como en el caso que nos ocupa. Como vimos en el modelo costarricense, en él se preveía la creación de jueces de ejecución de sanciones, quienes tenían en cuenta que el fin de la sanción penal juvenil

⁶⁹ LO 5/2000, 12-1, DA 3ª.

⁷⁰ Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores, art. 21.2

fuera pedagógica y que el objetivo fundamental sancionatorio fuera fomentar el desarrollo personal del menor y su reinserción en la familia y en la sociedad. Pero sin olvidar nunca que la sanción comporta igualmente una limitación de los derechos del individuo. O como vimos en el caso de Suiza, en la página 24 de este estudio que, pese a tener la edad de RPM más baja de Europa, -siete años-, cuenta con unos índices de criminalidad juvenil bajos, pues apuesta con firmeza por las medidas de reinserción, terapéuticas y educativas antes que privativas de libertad, siendo su factor determinante que el legislador ha puesto prácticamente la totalidad de su empeño en la ejecución de la condena. Esto es, en el estricto cumplimiento de unas medidas útiles, y con un sistema de responsabilidad juvenil con recursos humanos suficientes para llevar a término su finalidad.

V. Conclusiones

En este estadio final del estudio, una vez analizados los antecedentes históricos de nuestra LORPM, comprendidas sus reformas, sus principios rectores, la evolución legislativa de la RPM, la comparativa con los ordenamientos de distintos países, así como finalmente la casuística más relevante, hace que comencemos a plantearnos de forma crítica aquello en que nuestra LORPM puede mejorar. Que logremos responder a varias preguntas que desde hace tiempo ahondan en el discurso general, quienes ven la transformación de este régimen absolutamente garantista en sus inicios, desvirtuado hasta encontrarnos con un régimen que no dista mucho del régimen aplicable a los adultos. Incluso a esas víctimas de menores infractores, ya sean familiares o quienes han visto sus propios bienes jurídicos lesionados, que no entienden este sistema, dedicando toda su vida a reclamar justicia. A todas estas cuestiones intentaremos dar una respuesta.

❖ Sobre las continuas reformas de la LORPM. El interés superior del menor; superior, pero nunca único y excluyente.

Al inicio del estudio, veíamos las continuas reformas de nuestra LORPM, muy criticadas por gran parte de la doctrina, pues la tendencia ha sido ligeramente punitiva, aunque de forma discreta desde mi punto de vista, sin llegar a desvirtuar en ningún momento el fin último de esta LO como algunos achacan. Podemos observar que tras las sucesivas reformas, el legislador se ha ido alejando de los principios inspiradores originarios, dando paso a un nuevo sistema caracterizado por ser un modelo punitivo-educativo. El aparente aumento en España de la delincuencia de menores ha dado pie a que se apele por un tratamiento más severo respecto a esos “menores criminales”.

Los más críticos con esta pérdida de los principios inspiradores originarios defienden que en origen, la LORPM perseguía que la medida impuesta a un menor no podía ser más gravosa que la que correspondería a un adulto por el mismo ilícito. Pues bien, el hecho de haberse producido un endurecimiento de determinadas penas (por delitos violentos o terrorismo), que se hayan creado nuevos tipos delictivos (como la sustracción de menores), la creación de determinados juzgados y especificación de su competencia, la extensión de posibilidades de defensa para la acusación particular o la protección de bienes constitucionales, deben traducirse sencillamente como lo que son;

actualizaciones constantes de una LORPM novedosa, necesaria desde hacía años y flexible, y cuyas reformas, dan inteligentemente a entender a la sociedad que el interés superior del menor, puede ser superior en cuanto a su especial protección, pero nunca será único y excluyente frente al resto de bienes constitucionales, ni sobre la tutela jurídica de los perjudicados. Por lo que, en definitiva, encuentro lógica y acertada la posición del legislador respecto a las reformas actuadas, incluso habría de protegerse aún más ciertos derechos, como el derecho a la vida, dando un reproche punitivo más severo a los delitos que atenten contra la misma o la posibilidad de una vez acabado el internamiento, ingresar en prisión cumplidos los dieciocho años. El hecho es que las reformas no dejan de ser un nexo constante con la realidad social a lo largo de la vigencia de la todavía joven LORPM en España, la cual aún puede mejorar, y seguirá reformándose.

* * *

❖ **Sobre los criterios biológico y biopsicológicos en la determinación de la minoría y mayoría de edad. Discernimiento; igual a justicia.**

No puede obviarse que, comprobada la imposibilidad de llevar a cabo un acercamiento entre edad cronológica y adquisición de la capacidad de culpabilidad tan estrecho que no admita lugar a discusión, son otros los factores que, junto con la debida capacidad de culpabilidad inherente a todo Derecho penal y que debiera estar siempre presente, van a influir en la decisión del legislador de optar por uno u otro criterio. Debemos tener en cuenta varios factores a la hora de justificar, situándonos en la posición del legislador, qué criterio convendría aplicar en el sistema penal juvenil español.

Por un lado, el establecimiento de un límite de edad claro, a partir del cual se sabe que el Derecho va a actuar, reforzaría en la generalidad de los ciudadanos la sensación de vigencia de las normas penales, manifestación de la prevención general en su vertiente positiva. Pero también supone una manifestación en su vertiente negativa pues, no puede negarse que esta claridad biológica no supone un efecto de intimidación o susceptibilidad para lo que podríamos llamar el “núcleo duro” de la delincuencia juvenil o incluso para quienes optan por aprovecharse de esa atenuada legislación penal del menor.

El segundo factor, sería el basado en el principio de culpabilidad. Siendo aceptada la estrecha relación entre culpabilidad y Derecho penal, es a este factor al que deberían atender prioritariamente los sistemas de justicia juvenil, al menos, los punitivo-educativos, como el nuestro, o el de varios países de nuestro entorno que así lo aplican como hemos visto, sea Francia, Alemania o Italia. De no ser así, de no ponderarse debidamente las capacidades del sujeto, como ocurre en los sistemas que, como el español, optan por el criterio biológico puro, se estaría conculcando el principio de culpabilidad desde el momento en el que se impone una sanción a quien por inmadurez no tiene capacidad de comprender lo antijurídico de su comportamiento o de actuar conforme a dicha comprensión. Como afirma Roxin, *“la función político criminal del principio de culpabilidad consiste sobre todo en impedir que por razones de prevención*

general o especial se abuse de la pena [...] abuso que lesiona la dignidad del individuo por convertirle en un “mero medio político criminal”⁷¹

Otro factor: la aplicación del modelo de discernimiento sería una garantía irrenunciable en un Estado de Derecho de seguridad jurídica. Esto es, a la hora de establecer criterios para determinar si debe serle exigida responsabilidad penal al menor, o no, el legislador debe perseguir la claridad y no la confusión normativa, debe procurar que en la materia sobre la que legisle, los operadores jurídicos y los ciudadanos sepan a qué atenerse, y debe huir de situaciones confusas. Pero a día de hoy, resulta algo utópica esta idea de la claridad de imputación, -o inimputabilidad-, en cada caso. Cuestión ciertamente complicada en este ámbito y que por exigencias de culpabilidad, obligaría a una constatación de la inimputabilidad caso por caso, con el consiguiente gasto humano que ello conllevaría, lo cual supone, el principal inconveniente de esta alternativa.

Podríamos decir, que la inimputabilidad del menor de catorce años, o inimputabilidad del menor con capacidad volitiva suficiente para ser juzgado por el CP y no por la LORPM, son materias confusas y polémicas. Pese a ello, no obsta que el criterio de discernimiento pueda ser un modelo de éxito, alternativo, y desde mi punto de vista, más justo, siendo prueba de ello que es el aplicado por otros países de la UE, con modelos de justicia modernos, muy similares al nuestro como hemos podido ver en este estudio, como Alemania, Francia e Italia.

* * *

❖ **Sobre la importancia del control en la ejecución de las sentencias.**

Como hemos podido ver en este estudio, en el modelo costarricense, los sujetos a quienes se dirige la justicia penal juvenil son menores de dieciocho años, quienes serán juzgados por tribunales especializados. Dada la importancia de la ejecución de las sentencias, Costa Rica prevé la creación de jueces de ejecución de sanciones, quienes tendrán en cuenta que el fin de la sanción penal juvenil sea eminentemente pedagógica y que el objetivo fundamental sancionatorio es el de fijar y fomentar las acciones que permitan al menor de edad su desarrollo personal y su reinserción en la familia y en la sociedad. Todo ello, sin olvidar que la sanción comporta igualmente una limitación de los derechos del individuo.

Suiza por su parte, apuesta con firmeza por las medidas de reinserción, terapéuticas y educativas antes que privativas de libertad. Por tanto, el factor determinante para rebajar la delincuencia juvenil, al menos en Suiza, ha sido que el legislador ha puesto prácticamente la totalidad de su empeño en la ejecución de la condena, en el estricto cumplimiento de unas medidas útiles y con un sistema de responsabilidad juvenil con recursos humanos suficientes para llevar a término su finalidad.

⁷¹ Roxin, Culpabilidad y prevención en Derecho penal, 1981, p. 50.

Volviendo a España, ¿Por qué dar mayor importancia a la ejecución de las sentencias? El caso más ejemplarizante donde podemos ver la necesidad ha sido el de Sandra Palo. Como hemos visto, de los cuatro asesinos, el mayor de edad continúa en prisión condenado a 64 años de prisión, los dos jóvenes de diecisiete años fueron condenados a diecisiete años de internamiento (si bien cumplieron únicamente nueve), y el más joven de todos a cuatro años de internamiento. Con el aliciente de que los tres que se encuentran en libertad continúan delinquiendo, entre los cuatro acumulan más de setecientas denuncias. Si bien este caso resulta de extrema gravedad y poco usual, no es menos cierto que lo que hemos llamado “núcleo duro” de la delincuencia juvenil, -más marginal-, continúa delinquiendo una vez abandona estos centros de internamiento, resultando poco efectivas las medidas tomadas ya sean hurtos, robos, agresiones, o de forma extrema, un asesinato. Sin lugar a dudas, el método para combatir reincidencias es emplear una ejecución y control de sentencias duradera y más severa como en modelos ya mencionados anteriormente.

Es cierto que, como el profesor de Derecho Penitenciario Ríos describe a lo que la doctrina ha denominado “populismo punitivo”, se “mezclan las ansias de clamar a una opinión pública desinformada, con una percepción tendenciosa del Derecho Penal por parte de los ciudadanos, que gracias a los programas de telebasura creen que todo se arregla con más cárcel.” O como en el mismo sentido denuncia García Pérez, “Las leyes no se pueden hacer con un cadáver sobre la mesa porque se pierde la objetividad para seguir la lógica del linchamiento [...]”⁷²

Sin embargo, en desacuerdo con sendos puntos de vista, se hace patente la necesidad de una escrupulosa ejecución de las sentencias y control de los infractores, durante y después de sus condenas, de un modelo juvenil judicial que, si bien, atenúa la pena a imponer, exija su imperativo e íntegro cumplimiento, su control posterior, y en caso de reincidencia, la posibilidad de ingresar en prisión una vez cumplida la mayoría de edad en caso de delitos violentos como los que hemos podido conocer. No es *arreglar el panorama con más cárcel*, sino el hecho de exigir al menor un cumplimiento durante y tras su condena, a cambio de ese beneficio de ser justiciado por la LORPM; a cambio de las garantías que tanto este sistema judicial juvenil como los textos internacionales han puesto sobre él.

Pues insistiendo en una idea que ahonda en este estudio, no podemos olvidar que el superior interés del menor es un derecho, una garantía para que los menores puedan reinsertarse, pero como todo derecho, conlleva el cumplimiento de unas obligaciones, que en caso de no ser atendidas, no deberían suponer una continua protección del menor infractor. Como vimos en el modelo costarricense, o el caso de Suiza, debe apostarse con firmeza por las medidas de reinserción, terapéuticas y educativas antes que privativas de libertad, pero con el total empeño en la ejecución de la condena. En el estricto

⁷² Cuando le ley se hace a golpe de escándalo, *El País*, 21-11-2008, pp. 30-31.

cumplimiento de unas medidas útiles, y con un sistema de responsabilidad juvenil con recursos humanos suficientes para llevar a término su finalidad.

* * *

❖ **Cómo es y cómo habría de ser la utópica ejecución de medidas de la LORPM.**

El análisis de los ya casi diecisiete años de vigencia de la LORPM requiere que prestemos una muy especial atención a la realidad vivida en los denominados centros de reeducación y resocialización que emanan de nuestro ordenamiento jurídico como herramientas fundamentales para la ejecución de las medidas judiciales privativas de libertad, siempre en el marco programático y de objetivos fundamentales amparados por nuestra Carta Magna; diecisiete años de recorrido que, consecuentemente, nos han permitido, asimismo, detectar aquellos aspectos susceptibles de mejora para el correcto funcionamiento de estos recursos.

El escenario actual de los recursos humanos y materiales de nuestro sistema de justicia juvenil está muy lejos de la realidad que la LORPM plantea. Desde la entrada en vigor de la LO, las medidas aplicables de internamiento han venido imponiéndose teniendo en cuenta principalmente el tipo delictivo, si bien con implicación sustantiva de aspectos tan importantes como la edad, reincidencia o el apoyo en el entorno familiar con el que cuente el menor implicado, todo ello en función de las disposiciones de la norma, contaminada del principio de proporcionalidad y de retribución penal a través de las diferentes reformas operadas. Los centros de reeducación y resocialización han guiado sus proyectos de funcionamiento según la siguiente tipología ya vista: Centros de internamiento en régimen cerrado, semiabierto, abierto, y terapéutico, ya sea en régimen cerrado, semiabierto o abierto.

Pues bien, es aquí donde los profesionales del equipo técnico y educativo tienen una labor extremadamente compleja y donde debería ponerse el total empeño de la justicia de menores como hemos dicho. De su convicción, confianza y constancia, dependerá el éxito de los objetivos marcados con el menor. Es prioritario abordar los factores que han condicionado la consecución del delito. A este respecto, ha sido y es fundamental la labor comprometida de todos aquellos profesionales que desde las Administraciones Públicas y terceros sectores colaboradores tratan de contribuir al modelo ideal de justicia juvenil que proclama la LORPM.

Para la consecución de este modelo ideal, no hay nada como partir de la motivación generada en los propios menores, como hacerlos agentes activos de su propio proceso, sin perder de vista el motivo por el que están cumpliendo la medida, pues no olvidemos cumplen una sentencia bajo unas obligaciones que deberían exigirse con mayor firmeza, pero otorgándoles pequeñas responsabilidades que les permitan tomar decisiones dentro de su grupo de convivencia, en las que aprender a pensar para/con los demás, comprendiendo los beneficios que ello puede reportarle en una futura vida en sociedad.

Ya sabemos que los centros de reeducación y resocialización cuentan con equipos profesionales de distintos ámbitos; psicólogos, trabajadores sociales, abogados, médicos, psiquiatras, educadores, etc., que además de contar con una preparación adecuada para desempeñar sus funciones correctamente y conseguir los objetivos, han de contar también con unas competencias, habilidades y herramientas personales que les permitan intervenir correctamente ante situaciones de elevado conflicto y estrés que de manera ordinaria pueden vivirse en el día a día y que, dadas las circunstancias, no son sencillas de abordar con imprescindible acierto. Pero en este sentido, es necesario que estos profesionales reciban una formación previa y continua antes de iniciar su trabajo, que se les prestara el apoyo socio-emocional necesario para enfrentarse a estas situaciones, y especialmente relevante, que los centros den una oportuna flexibilidad a los programas y proyectos de trabajo, de manera que los profesionales puedan plantear actividades útiles, y de forma independiente, pues son ellos quienes de verdad conocen al menor. Actividades en las que desarrollar sus potencialidades. En definitiva, tratar en la medida de lo posible de optimizar los recursos humanos, de forma que el personal se sienta cien por cien implicado en el trabajo y repercuta en su satisfacción profesional.

La realidad de estos centros de reeducación y resocialización, normalmente ocupados por jóvenes que apenas han contado con apoyo en su entorno cercano y que suelen ser un grupo en claro conflicto social, es que participan poco a poco de una vida normalizada, lo cual exige que los profesionales trabajen cohesionados, y que se fomente la unidad y el apoyo que permita compartir experiencias que les valgan de soporte social y emocional. Se trata, por tanto, de buscar una vía de trabajo en la que con independencia del puesto que se ocupe en este proceso tratamental, la dirección en la que se mire sea la misma de manera, fomentándose un equilibrio en todas las áreas que participan en la consecución de los objetivos planteados para cada interno. Es aquí donde se pretende que la comunicación y el flujo de información sea tanto horizontal como vertical para el correcto funcionamiento del centro donde se ha de cumplir la medida judicial, así como el control posterior a la medida, duradero.

Encontrándonos ante una sociedad madura y sustentada en el Estado de Derecho como la nuestra, se debería adquirir este compromiso para buscar las vías que mejoren la aplicación de la LORPM en este sentido, así como exigir más medios, recursos y, sobre todo, acciones preventivas que permitan disminuir la delincuencia juvenil y la reincidencia que tanto aqueja a parte de la sociedad, pero también proteger a la sociedad de crímenes, que pese a ser poco usuales, ocurren. Siempre en el marco del necesario respeto al menor de edad como sujeto de protección.

Pese al tono crítico de estas últimas líneas del estudio, es necesario también extender las buenas prácticas que se vienen implementando y dar una mayor visibilidad en los medios de comunicación a los buenos datos que al respecto de la reinserción se evidencian, -a modo de ejemplo, aporto el informe emitido por la Agencia de la Comunidad de Madrid para la Reeducación y Reinserción del Menor infractor, “El 90%

de los menores infractores en la Comunidad de Madrid se reinsertan”⁷³ -, pero especialmente, se debe creer, con confianza y rigor, en la capacidad del sistema de justicia juvenil para reeducar y resocializar a aquellos menores de edad implicados en la comisión de actos delictivos. La respuesta al interrogante de si podrá conseguirse, queda pendiente para una futura reflexión.

⁷³ Telemadrid, Redacción de 22-8-2013, en: <http://www.telemadrid.es/noticias/madrid/noticia/el-90-de-los-menores-infractores-de-la-comunidad-de-madrid-se-reinsertan>, consultado en diciembre de 2017.

Bibliografía

- *Blanco Barea*, José Ángel, Responsabilidad Penal del Menor: Principios y Medidas Judiciales aplicables en el derecho penal español, en: Revista de Estudios Jurídicos 8/2008, 2ª Época, 2008, pp. 7 y ss.
- *Blanco Escandón*, Celia, Estudio histórico y comparado de la legislación de menores infractores, en: *González Martín*, Nuria (Cord.), Estudios Jurídicos en Homenaje a Marta Morineau, T. II: Sistemas jurídicos contemporáneos. Derecho Comparado. México, UNAM, Temas diversos, 2006, pp. 99 y ss.
- *Blás Mesón*, I., Populismo punitivo y tratamiento informativo en la justicia de menores, en: Anales de la Facultad de Derecho, nº 29, pp. 73-90, 2012.
- *Coy*, Ernesto, / *Torrente*, Ginesa, Intervención con menores infractores: Su evolución en España, Publicaciones Universidad de Murcia, Anales de Psicología, vol. 13, nº 1, 1997, pp. 42 y ss.
- *Duce*, Mauricio, / *Couso*, Jaime, El Derecho a un Juzgamiento Especializado de los Jóvenes Infractores en el Derecho Comparado, Universidad Diego Portales, en: Polít. Crim., vol. 7, nº 13, 2012, pp. 51 y ss.
- *García Mª D./ Martín E./ Torbay A. / Rodríguez C.*, La valoración social de la Ley de Responsabilidad Penal de los Menores, *Psicothema* 2010, vol. 22, nº 4, 2010, pp. 865 y ss.
- *Gómez Recio*, Fernando, La aplicación de la nueva Ley de Regulación de la Responsabilidad Penal de los Menores a los jóvenes mayores de 18 años, en: Actualidad Jurídica Aranzadi, 2000, pp. 1 y ss.
- *González Fernández*, Montserrat, Los Tribunales para niños. Creación y Desarrollo, Ediciones Universidad de Salamanca, en: Hist. Educa., t. XVIII, 1999, pp. 116 y ss.
- *Palummo*, Javier, Justicia Penal Juvenil: Situación y perspectivas en América Latina y El Caribe, Oficina Regional para América Latina y el Caribe, Rep. de Panamá, UNICEF, 2014.
- *Peña Capel*, Inmaculada, La problemática que suscita la fijación de la edad mínima de responsabilidad penal en el sistema francés y español, I Congreso sobre retos sociales y jurídicos para los menores y jóvenes del siglo XXI, Granada, Comares, 2013, pp. 656 y ss.

- *Platt, Anthony*, Los “salvadores del niño” o la invención de la delincuencia, México, Siglo XXI, 1982, pp. 188 y ss.
- *Requejo Naveros, M^a Teresa*, Criterios de determinación de la edad penal relevante: ¿A partir de qué momento el delito cometido por un menor merece la intervención penal?, en: *Crítica*, n° 976, 2011, pp. 26 y ss.
- *Ríos Martín, J.C.*, Críticas a la reforma penal de la Ley Orgánica 4/92, reguladora de la competencia y el procedimiento de los juzgados de menores, *Actualidad Penal*, n° 33, t. II, Madrid, 1992, pp. 233 y ss.
- *Roxin, C.*, Culpabilidad y prevención en Derecho penal, traducción de Muñoz Conde, F., Madrid, Ed. Reus, Madrid, 1981.
- *UNICEF*, Justicia Penal Juvenil; Las buenas prácticas en América Latina, Oficina Regional para América Latina y el Caribe, Rep. de Panamá, UNICEF, 2003.
- *Vaello Esquerdo*, Esperanza, La Responsabilidad Penal de los Menores en Italia, en: *Revista de Derecho Penal y Criminología* n° 18/2006, 2^a Época, 2006.
- *Vázquez González, Carlos*, La Responsabilidad Penal de los Menores en Europa, ponencia del autor que aglutina como referencias sus siguientes trabajos: La opinión pública ante la delincuencia juvenil, en: *Anuario de Justicia de Menores*, IV, 2004; *Derecho penal juvenil europeo*, Madrid, Dykinson, 2005; *Tendencias y evolución de la delincuencia y la justicia juvenil en Europa*, Cuadernos de la Guardia Civil, núm. XXXV, 2^a época, 2007; etc.