



GRADO EN DERECHO

TRABAJO FIN DE GRADO

**MINORÍA DE EDAD Y
RESPONSABILIDAD PENAL**

Autor: Raúl Ruiz Hernández.

Profesor: Dra. D^a. Alicia Gil Gil.

INTRODUCCIÓN.....	3
RESUMEN.....	4
1.- CONSIDERACIONES GENERALES.....	4
1.1.- Antecedentes históricos.....	4
1.2.- Régimen vigente en el Derecho español.....	9
1.3.- Breve referencia al Derecho comparado.....	12
2.- MINORÍA DE EDAD PENAL.....	15
2.1.- En general.....	15
2.2.- Capacidad de culpabilidad y minoría de edad.....	16
2.3.- Criterios subjetivos de aplicación del Derecho penal juvenil.....	21
2.3.1.- Criterio biológico o cronológico.....	22
2.3.2.- Criterio psicológico puro.....	22
2.3.3.- Criterio mixto o biológico-psicológico.....	24
2.4.- Criterio adoptado por el legislador español.....	24
2.5.- Relación entre criterios (reflexión personal).....	25
3.- LA LEY ORGÁNICA 5/2000, DE 12 DE ENERO, REGULADORA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS MENORES.....	28
3.1.- Breve análisis de la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/2000.....	28
3.2.- Las sucesivas reformas y sus consecuencias.....	31
3.2.1.- Ley Orgánica 7/2000.....	33
3.2.2.- Ley Orgánica 9/2000.....	34
3.2.3.- Ley Orgánica 9/2002.....	34
3.2.5.- Ley Orgánica 8/2006.....	35
4.- LA RESPUESTA DE LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA AL FENÓMENO DE LA DELINCUENCIA JUVENIL.....	37
4.1.- La prevención especial y el interés superior del menor frente a la prevención general y la retribución.....	37
4.2.- Naturaleza jurídica de las medidas previstas en la LORPM.....	45
5.- CONCLUSIONES.....	50
5.1.- Sobre las bases de la responsabilidad de los menores.....	50
5.2.- Sobre la orientación y la naturaleza jurídica de las medidas.....	55
BIBLIOGRAFÍA.....	56

INTRODUCCIÓN

La declaración de inconstitucionalidad del artículo 15 del Texto Refundido de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores de 1948 por la Sentencia del Tribunal Constitucional 36/1991 no hizo más que constatar la ya caduca situación de un sistema de justicia juvenil difícilmente conciliable con los postulados constitucionales y las orientaciones internacionales en la materia. Consecuencia de ello fue la promulgación de la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, sobre reforma de la Ley reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores, reforma de urgencia en la que se daban algunas pistas de cuál iba a ser el nuevo modelo de justicia juvenil que debía introducir el legislador de forma inmediata, un modelo en el que el interés del menor y las garantías inherentes a todo proceso sancionador iban a cobrar un protagonismo hasta ahora desconocido en éste ámbito.

Dicho modelo, de eminente orientación educativa, se hizo esperar hasta el año 2000, y supuso el nacimiento de una nueva era en el tratamiento del menor infractor, esta vez, a diferencia del modelo tutelar anterior, se le iba a responsabilizar penalmente por sus actos, ya no iba a ser considerado un incapaz, si bien aquella orientación exigía una separación nítida entre sus respuestas y las que el Código penal preveía para los adultos. Surgieron así las denominadas medidas, consecuencias jurídicas del delito cometido por menores de edad, de naturaleza formalmente penal pero materialmente sancionadora educativa.

Pero la desconfianza de la sociedad y del legislador en la capacidad de la nueva ley para dar respuesta a las formas más graves, y excepcionales, de la delincuencia juvenil, y quizás, la falta de medios para afrontar su entrada en vigor, provocaron que tal modelo ni tan siquiera tuviera la oportunidad de alcanzar la luz en su forma original, siendo sometido a dos insólitas reformas en periodo de *vacatio legis*, reformas que, lejos de quedar ahí, iban a sucederse hasta transformar la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (en adelante LORPM) en una mutación preventivo general de su redacción original que, hasta el momento, ni tan siquiera ha sido capaz de poner en una posición común a la doctrina acerca de la naturaleza jurídica de sus respuestas o medidas y del fundamento de una responsabilidad penal del menor que plantea muchas dudas desde el punto de vista de la dogmática penal.

Será pues el tema central de este Trabajo de Fin de Grado intentar esbozar la naturaleza del modelo de justicia juvenil planteado por la redacción actual de la LORPM, intento que va a girar entorno a dos cuestiones centrales, la capacidad de culpabilidad de los menores, habida cuenta de que la responsabilidad que se les exige es de carácter penal, y la naturaleza jurídica de las respuestas que ofrece frente a la realización de ilícitos penales, las medidas.

Igualmente, en el entendimiento de que en esta labor no se puede prescindir de la perspectiva crítica que ofrece el análisis comparado, se va a llevar a cabo un acercamiento al tratamiento jurídico-penal de la minoría de edad, tanto en otros momentos de nuestra historia como, en la actualidad, en otros sistemas de nuestro entorno.

RESUMEN

Tras examinar los antecedentes históricos del tratamiento jurídico-penal de la minoría de edad en el ordenamiento español y realizar una breve exposición sobre la edad a partir de la cual otros Estados o jurisdicciones intervienen en el ámbito penal con menores, se van a analizar cuáles son los caracteres generales del modelo de justicia juvenil contenido la actual redacción de la LORPM, de un lado, desde el punto de vista de las bases de la responsabilidad penal regulada en ella, de otro, desde de la orientación y naturaleza jurídica de las medidas sancionadoras-educativas que prevé.

1.- CONSIDERACIONES GENERALES.

1.1.- Antecedentes históricos.

La mayoría de edad como estado jurídico de la persona por el que adquiere plena capacidad de obrar¹ no siempre se ha alcanzado en el mismo momento en nuestra legislación. Con el antecedente de Las Partidas de Alfonso X que la establecía en los veinticinco años², el Código Civil de 1889, en su redacción original, disponía que “la mayor edad empieza a los veintitrés años cumplidos”³. Así se mantuvo hasta 1943 cuando la Ley de 13 de diciembre sobre la fijación de la mayoría de edad civil la estableció en los veintiún años⁴. Ya en 1978, el Real

¹ La emancipación por mayoría de edad y, por ende, la plena capacidad de obrar también por mayoría de edad se alcanzaría por primera vez en nuestro ordenamiento por disposición del artículo 64 de la Ley de Matrimonio Civil de 1870.

² Partida VI, Título XIX, Ley II: “Menor de edad es llamado aquel que no tiene aún veinticinco años cumplidos”.

³ Art. 320.

⁴ Art. primero: “ A los efectos civiles, la mayoría de edad empieza, para los españoles, a los veintiún años cumplidos”.

Decreto-Ley 33/1978, de 18 de noviembre, fijó la mayoría de edad de los españoles en los dieciocho años⁵, previsión que obtuvo rango constitucional al establecer el artículo 12 de la Constitución Española de 1978 que “los españoles son mayores de edad a los dieciocho años”.

Pero la mayoría de edad civil y la edad por encima de la cual se puede responsabilizar a una persona por la comisión de un ilícito penal nunca han sido coincidentes en nuestro ordenamiento, siendo característico que personas sin capacidad para realizar un determinado acto jurídico susceptible de desplegar plenos efectos, sí que tenían, y tienen, que responder por sus actos ante el orden jurisdiccional penal.

Si la evolución del límite de adquisición de la mayoría de edad civil ha venido discurrendo entre los dieciocho y veinticinco años, en el ámbito penal, la edad a partir de la cual el ordenamiento jurídico ha venido considerando a una persona capaz de cometer delitos y faltas de los que poder responsabilizarle lo ha hecho entre los siete y los dieciocho años de edad.

Sería demasiado abarcar trasladarse hasta el análisis del tratamiento jurídico-penal de la minoría de edad en épocas históricas demasiado lejanas, no es ni mucho menos el tema central de este trabajo, por lo que considerando que tiene que ser útil para explicar determinados aspectos del Derecho penal juvenil actual en España y bajo el riesgo de omitir hitos de mayor o menor relevancia, se va a partir del que es el punto de inflexión hacia el tratamiento verdaderamente diferenciado de los delincuentes por razón de su menor edad, el del nacimiento de las jurisdicciones especiales de menores a finales del siglo XIX y principios del XX.

En ausencia de legislación específica para el tratamiento de los menores delincuentes, los códigos penales españoles decimonónicos⁶ se caracterizaron por la división de la minoría de edad en dos franjas, la que puede denominarse infancia, desde el nacimiento hasta los siete (Código penal 1822) o nueve años (Códigos penales de 1845 y 1870) y la pubertad-adolescencia, hasta los quince (Códigos penales de 1845 y 1870) o diecisiete años (Código penal de 1822). Aquéllos eran considerados absolutamente irresponsables, no se les podía

⁵ Art. primero :“La mayoría de edad empieza para todos los españoles a los dieciocho años cumplidos”.

⁶ Se omiten voluntariamente las referencias al Código de 1850 ya que, en la materia que se trata, no supuso cambio alguno respecto a su predecesor, el de 1845.

responsabilizar por la comisión de ilícitos penales, mientras que éstos, los púberos-adolescentes, eran sometidos a la ley penal en función de si habían actuado o no con discernimiento (y, además, “malicia” en el Código penal 1822). En caso afirmativo y cualitativamente hablando, se les imponía una pena idéntica a la del adulto, con algunas excepciones relativas a las más graves de ellas, que eran sustituidas por otras más leves, pero en todo caso una pena atenuada⁷. En fin, recibían “una diferencia de tratamiento meramente cuantitativa”⁸. Respecto a los mayores de quince o diecisiete años solían establecerse atenuaciones de las penas, la inferior en grado para los mayores de quince y menores de dieciocho en los Códigos penales de 1845 y 1870 o una atenuación de la pena por “corta edad” o por “falta de talento o instrucción” como es el caso del Código de 1822.

A finales del siglo XIX, “una nueva consideración del menor y su realidad desde una perspectiva científica y social”⁹, “impulsada por movimientos filantrópicos y humanitarios”¹⁰, comenzaría a exigir la conveniencia o la necesidad de instaurar un tratamiento de los menores delincuentes diferenciado del dispensado a los adultos. Así, surge el primer tribunal especial para menores en 1899 en Chicago (Illinois, Estados Unidos) poniendo en marcha una respuesta a la delincuencia juvenil, que al menos sobre el papel¹¹, sería “de acusada finalidad preventivo-especial”¹² y que pronto daría el salto al continente europeo.

En España, el 2 de agosto de 1918 vería la luz una Ley de Bases que autorizaba al Gobierno a legislar sobre la organización y atribuciones de unos nuevos tribunales, los Tribunales especiales para niños. Un Real Decreto de 25 de noviembre del mismo año hizo realidad dicha Ley, implantándose en España el denominado modelo tutelar, un modelo cuya vigencia se extendería hasta casi finales del siglo.

⁷ Vid. Art. 25, 64 y 65 Código penal de 1822, Art. 72 y 79 Código penal de 1848 y Art. 86 y 92 Código penal de 1870.

⁸ COLÁS TURÉGANO, A., *“Derecho penal de menores”*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p.55.

⁹ LACRUZ LÓPEZ, J.M., en *“Curso de Derecho penal Parte General”*, GIL GIL, A. / LACRUZ LÓPEZ, J.M. / MELENDO PARDOS, M. / NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., Ed. Dykinson, Madrid, 2011, p.1030.

¹⁰ VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., en *“Derecho penal juvenil”*, VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., SERRANO TÁRRAGA M^a D. (Editores), Ed. Dykinson, Madrid, 2007, p. 144.

¹¹ VENTAS SASTRE, R., *“La minoría de edad penal”*, memoria para optar al grado de Doctor en la Universidad Complutense de Madrid, Dir. COBO DEL ROSAL, M., Madrid, 2002, pp. 370 a 376. Afirma la autora respecto a la situación española que la “incorrecta valoración del menor” hizo que se le dispensara un “tratamiento aparentemente diferencial, pero de trasfondo sustancialmente represivo, basado en su presunta falta de conciencia”. Por su parte, DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. y BLANCO CORDERO, I., en *“Menores infractores y sistema penal”*, Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián, 2010, p.40, hablan de “intervención materialmente represiva”.

¹² VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., en *“Derecho penal juvenil”*, ob. cit. p. 147.

La primera consecuencia de la paulatina implantación¹³ del modelo tutelar fue que las infracciones penales cometidas por menores de quince años ya no serían de conocimiento de los tribunales ordinarios si no que lo serían de los nuevos Tribunales especiales para niños¹⁴, mientras que los cometidos por personas de quince años cumplidos en adelante seguirían sometidos a las disposiciones del Código Penal entonces vigente, el de 1870.

El modelo resultante, denominado tutelar, se caracterizó por el tratamiento de los menores como personas incapaces, como “un enfermo necesitado de cura”¹⁵, sustrayéndolos del ámbito subjetivo de aplicación del Código penal y aplicándoles medidas orientadas a su corrección, incluido el internamiento, lo que supuso una notable mejora en el tratamiento de los menores delincuentes¹⁶. Debe apuntarse que los Tribunales especiales para niños y sus sucesores no sólo se limitaban a conocer hechos constitutivos de infracciones penales cometidos por menores de quince años, sino que también conocían de determinadas faltas cometidas por mayores de esa edad, entre otras, aquéllas relacionadas con el abandono de menores, así como la suspensión del derecho a la guarda y educación en los supuestos contemplados en la propia Ley.

En 1925, la Ley de Tribunales Tutelares para niños modificaría la denominación de éstos y elevaría la edad por debajo de la cual los menores quedaban sujetos a dichos Tribunales a los dieciséis años, lo que supuso la consiguiente reforma del Código penal entonces vigente.

Con posterioridad, el Código penal de 1928, en armonía con la Ley de Tribunales Tutelares para niños mantendría los dieciséis años como edad de exigibilidad de responsabilidad penal conforme al mismo, aplicándose a los mayores de dieciséis y menores de dieciocho la pena inferior en grado respecto a la prevista con carácter general. Un dato relevante al respecto es que por primera vez se prescinde del criterio del discernimiento adoptándose un criterio biológico puro¹⁷. En fin, a salvo de las disposiciones previstas en este Código a modo de Derecho transitorio como consecuencia de la falta de implantación de Tribunales Tutelares

¹³ La implantación de los Tribunales para niños no fue ni mucho menos inmediata tras la promulgación de la ley de 1918. Se implantó el primero de ellos en Bilbao en 1920, estableciéndose Tribunales progresivamente en otras ciudades.

¹⁴ Artículo 3º de la Ley sobre Organización y atribuciones de los Tribunales para niños de 1918 (Real Decreto de 25 de noviembre de 1918)

¹⁵ LACRUZ LÓPEZ, J.M. en “Curso de Derecho penal Parte General”, ob.cit. p.1032.

¹⁶ Así, COLÁS TURÉGANO, A. “Derecho penal de menores” ob. cit. p. 67.

¹⁷ VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., en “Derecho penal juvenil”, ob. cit. p. 281.

por todo el territorio nacional , el tratamiento jurídico-penal de la minoría de edad pocas variaciones sufriría ya hasta finales de siglo.

La Ley de Tribunales Tutelares para niños se vería sucedida por la Ley de Tribunales Tutelares de 1940 y por el Texto Refundido de 1948, el cual, seguiría con vigencia, al menos con la misma denominación, hasta 1992.

Tras la promulgación de la Constitución Española de 1978, la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, procedía a insertar a los Tribunales Tutelares de Menores en la jurisdicción ordinaria, dando carta de naturaleza a los Juzgados de Menores como únicos competentes para el conocimiento de los delitos y faltas cometidos por menores de dieciséis años separándose, dos años más tarde, mediante una ley de reforma del Código Civil y de la entonces vigente Ley de Enjuiciamiento civil, las funciones de protección y reforma¹⁸.

Pero el esquema del Texto Refundido de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores de 1948 no terminaba de encajar en el marco constitucional, dando buena cuenta de ello las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas por varios Juzgados de Menores, cuestiones que, acumuladas en una sola, fueron resueltas en la Sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de febrero de 1991, que declaraba no compatible con la Constitución Española de 1978 el artículo 15 de la misma, relativo al procedimiento, o más bien a la ausencia del mismo, para el enjuiciamiento de los delitos y faltas por los Tribunales Tutelares y ponía de manifiesto “la imperiosa necesidad de pronta reforma legislativa en esta materia”¹⁹.

En vista de ello, se promulgaría la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, sobre reforma de la Ley reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores, que como expresaba en su Exposición de Motivos (último párrafo), tenía el carácter de una reforma urgente que adelantaba parte de una renovada legislación sobre reforma de menores, que sería objeto de medidas legislativas posteriores. En lo que a este trabajo interesa, su promulgación tuvo como consecuencia la asunción del principio del interés superior del menor²⁰, “principio rector de todas las actividades de promoción y protección de la infancia”²¹, como base valorativa para la determinación de las medidas a imponer, la fijación de los doce años como

¹⁸ VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., en “*Derecho penal juvenil*”, ob. cit. p. 293.

¹⁹ Último párrafo Fundamento Jurídico 7º.

²⁰ Art. 3.1 Convención sobre los Derechos del Niño 1989

²¹ VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., en “*Derecho penal juvenil*”, ob. cit. p. 190.

edad por debajo de la cual los menores que cometiesen infracciones penales serían puestos, en su caso, a disposición de las autoridades administrativas de protección de menores (Art. 9) y la limitación a dos años como periodo máximo de duración de las medidas (Art. 16), a menos que el menor alcanzase antes la mayoría de edad civil (Art. 18). Los delitos y faltas cometidos por mayores de dieciséis años seguirían siendo de conocimiento de los tribunales penales. Así, en convivencia con la Ley de Tribunales Tutelares de Menores en todo aquello que el Tribunal Constitucional había dejado en pie y que ahora pasaba a denominarse Ley Orgánica Reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores (Disp. Adicional Primera), se sucederían las anteproyectos y proposiciones de ley en busca de esa “renovada legislación” a la que se hacía referencia en su Exposición de Motivos y que vería la luz el 12 de enero del año 2000, entrando en vigor, no sin “incidentes”²² de por medio, un año después.

Parte del camino a seguir lo dejaba marcado el nuevo Código Penal de 1995 que, atendiendo una vieja reivindicación de la doctrina²³, equiparaba la edad por encima de la cual se podía exigir responsabilidad conforme al Código Penal a una persona a la mayoría de edad civil, esto es, la situaba en los dieciocho años, excluyendo de su ámbito subjetivo de aplicación a los menores de esa edad que podrían ser responsables con arreglo a la Ley que regulase la responsabilidad penal del menor. Tal mandato, materializado en su artículo 19, quedaría en suspenso por obra de la Disposición Final séptima, la cual condicionaba su entrada en vigor a la promulgación de dicha ley. Superado, o a punto de serlo, el modelo tutelar, se sentaban las bases de una nueva consideración del menor como sujeto responsable de sus propios actos, abriéndose paso un modelo responsabilizador de justicia juvenil.

1.2.- Régimen vigente en el Derecho español.

El 13 de enero de 2001, se producía la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de las Responsabilidad Penal de los Menores. Hasta ahora, dicha ley ha sido modificada por las leyes orgánicas 7/2000, 9/2000, 9/2002, 15/2003, 8/2006 y 8/2012, si bien esta última no ha llevado a cabo más que la reforma de uno de los apartados del artículo 2 en relación con la competencia de los Juzgados Centrales de Menores para el conocimiento de los delitos cometidos por menores en el extranjero. Así, el marco jurídico resultante, que

²² La LORPM sufriría dos reformas antes de entrar en vigor mediante las leyes orgánicas 7/2000 y 9/2000.

²³ ALONSO DE ESCAMILLA, A., “*La minoría de edad penal*”, La Ley Penal, Nº 18, Sección Estudios, Ed. La Ley, Madrid, 2005, p.6.

difiere del originalmente previsto por la LORPM en no pocos aspectos, viene a ser el que se describe a continuación.

Los menores de dieciocho años, por el mandato del artículo 19 del Código Penal, ya en vigor, no son responsables con arreglo al mismo. Esto no quiere decir que no se les pueda responsabilizar por la comisión de un ilícito penal, pues serán responsables conforme a la LORPM.

La diferencia más notable respecto al modelo tutelar, y en el ámbito por el que se va a discurrir en este trabajo, es que este modelo responsabilizador ya no considera al menor de edad como un incapaz, sino que le considera como una persona a la que puede hacerse responsable de sus propios actos, se produce, siguiendo a COLÁS TURÉGANO, una “potenciación de la responsabilidad del menor frente al carácter paternalista y tuitivo de la legislación tutelar”²⁴, si bien, las consecuencias de esa exigencia de responsabilidad van a diferir notablemente respecto al caso de los adultos.

Al margen del frustrado intento de aplicación de la LORPM a los mayores de dieciocho años y menores de veintiuno bajo determinadas circunstancias²⁵, el artículo 1 de la misma establece que el ámbito subjetivo de aplicación de la ley, atendiendo a un criterio puramente biológico, está conformado por los mayores de catorce años y menores de dieciocho²⁶. No hay por tanto ninguna circunstancia más que la edad en orden a determinar dicho ámbito, no se exige positivamente nada más que la persona que ha cometido un ilícito penal haya alcanzado los catorce años de edad para que pueda serle aplicada la LORPM. Los menores de catorce años quedan fuera dicho ámbito con base, como afirma la Exposición de Motivos, en la convicción de que las infracciones cometidas por los niños menores de esta edad son en general irrelevantes y que, en los escasos supuestos en que aquéllas pueden producir alarma social, son suficientes para darles una respuesta igualmente adecuada los ámbitos familiar y asistencial civil, sin necesidad de la intervención del aparato judicial sancionador del Estado.

²⁴ COLÁS TURÉGANO, A. “*Derecho penal de menores*” ob. cit. p. 109.

²⁵ La originaria redacción del artículo 4 de la LORPM preveía, en determinados supuestos, la aplicación de la misma a mayores de dieciocho años y menores de veintiuno, si bien esta posibilidad que, en principio, sufriría una suspensión de su entrada en vigor por obra de la Ley Orgánica 9/2000 y la Ley Orgánica 9/2002, quedaría definitivamente desterrada por disposición de la Ley Orgánica 8/2006.

²⁶ Art. 1.1 LORPM: “Esta Ley se aplicará para exigir la responsabilidad de las personas mayores de catorce años y menores de dieciocho por la comisión de hechos tipificados como delitos o faltas en el Código Penal o las leyes penales especiales”.

Respecto a las medidas aplicables como respuesta a la comisión de un hecho delictivo por un menor de edad, la LORPM enumera en su artículo 7 un amplio catálogo que , ordenándolas, según dice la ley, por la restricción de derechos que suponen, contempla desde el internamiento en régimen cerrado, que en algunos casos podrá llegar a los diez años²⁷ seguidos de hasta cinco de libertad vigilada, a la inhabilitación absoluta, que puede extenderse por tiempo de cuatro a quince años con posterioridad a la finalización a una medida de internamiento cerrado²⁸.

En orden a la determinación de la medida a imponer se deberá atender de modo flexible, no sólo a la prueba y valoración jurídica de los hechos, sino especialmente a la edad, las circunstancias familiares y sociales, la personalidad y el interés del menor²⁹, si bien estos criterios ceden ante la gravedad y la naturaleza del hecho en determinados supuestos³⁰. No obstante este último apunte se concede, de un lado, al Fiscal, que además instruye el procedimiento, amplias facultades para desistir de la incoación o del seguimiento del expediente de reforma ya iniciado³¹ (nombre que recibe la instrucción) y, de otro, al Juez, bien la posibilidad de acordar el sobreseimiento, bien, una vez impuesta la correspondiente medida, la suspensión de su ejecución, su sustitución, modificación o extinción³².

Pero la respuesta dada por la LORPM no va a ser la misma, desde el punto de vista cuantitativo, para todos los menores comprendidos en su ámbito de aplicación, sino que en ella se diferencian dos grupos en atención a la edad. De un lado los menores que aún no hayan cumplido los dieciséis años y, de otro, los de dieciséis años cumplidos en adelante por presentar uno y otro grupo diferencias características que requieren, desde un punto de vista científico y jurídico, un tratamiento diferenciado, constituyendo una agravación específica en el tramo de los mayores de dieciséis años la comisión de delitos que se caracterizan por la violencia, intimidación o peligro para las personas³³. Así, los artículos 10 y 11 de la LORPM sobre reglas especiales de aplicación y duración de las medidas respectivamente, prevén una

²⁷ Art. 11.2 LORPM.

²⁸ Art. 10.3 LORPM.

²⁹ Art. 7.3 LORPM.

³⁰ Art. 10.1 b), inciso final y Art. 10.2 . En ambos se ordena al juez a la imposición de una medida de internamiento cerrado, con una duración mínima obligatoria empleando la expresión “el Juez deberá imponer”. Art. 11.1. En caso de pluralidad de infracciones “el Juez, para determinar la medida o medidas a imponer, así como su duración, deberá tener en cuenta, además del interés del menor, la naturaleza y el número de las infracciones, tomando como referencia la más grave de todas ellas”.

³¹ Artículos 18 y 19 LORPM.

³² Artículos 13, 30.4, 40 y 51 LORPM.

³³ Número 10 de la Exposición de Motivos de la LORPM.

diferente duración máxima de éstas en función de si el menor se encuentra en uno u otro grupo.

1.3.- Breve referencia al Derecho comparado.

Debe apuntarse que tanto en el ámbito mundial, a través de la labor de la Organización de las Naciones Unidas³⁴, como en el ámbito europeo, a través del Consejo de Europa³⁵, en los últimos treinta años una variedad de textos surgidos de dichas organizaciones supranacionales han intentado homogeneizar la respuesta que los diferentes ordenamientos jurídicos dan a la delincuencia juvenil y que, en teoría, han debido influir en la configuración de las normas relativas al tratamiento de la misma si bien, la forma que han venido adoptando, resoluciones o recomendaciones, les conceden una mínima o nula eficacia jurídica.

A grandes rasgos, en España nos encontramos con un sistema de justicia juvenil que atiende a un modelo responsabilizador³⁶. Los menores de catorce años quedan fuera del mismo y a los mayores de catorce y menores de dieciocho se les puede exigir responsabilidad por la comisión de delitos y faltas, presumiéndose, salvo prueba en contrario de concurrencia de causas que eximan la responsabilidad criminal de conformidad con el Código Penal, que son imputables.

Si hay algo por lo que pueda caracterizarse el análisis comparado del tratamiento de la edad en las diferentes legislaciones es por su heterogeneidad en la determinación de aquella por encima de la cual puede exigirse responsabilidad a un menor, si bien, el intervalo conformado por la franja de catorce a dieciséis años es el que elige una gran mayoría de legislaciones para

³⁴ Reglas Mínimas uniformes de las Naciones Unidas para la administración de la Justicia de menores, aprobadas mediante Resolución 40/33, el 29 de noviembre de 1985 (Reglas de Beijing) / Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil, aprobadas mediante resolución 45/112, de 14 de diciembre de 1990 (Directrices de Riad) / Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de Menores Privados de Libertad, aprobadas por Resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990.

³⁵ Recomendación 87 (20), de 17 de septiembre de 1987, sobre Reacciones sociales ante la delincuencia juvenil / Recomendación (2003) 20 , de 24 de septiembre de 2003, sobre Las nuevas formas de tratamiento de la delincuencia juvenil y el papel de la justicia de menores.

³⁶ VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., en “*Derecho penal juvenil*”, ob. cit. p.180, expresa que este era el modelo al que atendía la redacción original de la LORPM, si bien, las posteriores reformas a las que se ha visto sometido la acercan más a modelos impregnados de la filosofía *zero-tolerance*, de acusado carácter represivo e imperantes en Estados Unidos e Inglaterra. No obstante ello, aunque no responda en su totalidad a este sistema no se le pueda negar dicha naturaleza ya que como afirman DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. y BLANCO CORDERO, I., en “*Menores infractores...*”, ob. cit., p.30, si bien en el panorama europeo, que ha convergido hacia modelos responsabilizadores, se da la presencia de otros modelos de justicia juvenil, no puede afirmarse que ninguno de ellos responda a todas y cada una de las características generales que la teoría les atribuye, lo que no es óbice para encuadrarlos en el modelo con el que conserven una mayor identidad.

iniciar la intervención penal con menores. En todo caso no debe olvidarse que una recta interpretación de este dato exige tener en cuenta, tanto las diferencias que puedan existir entre los sistemas de justicia juvenil implantados en cada Estado o jurisdicción, como la concepción más o menos amplia que de la delincuencia juvenil se tenga en cada uno de ellos, pudiendo haber sistemas, como es el caso de Estados Unidos, donde en la mayor parte de sus Estados³⁷ los *Juvenile Courts* (Tribunales de Menores) conocen de conductas de riesgo no constitutivas de delito³⁸.

En un estudio comparativo elaborado en 2008 por HAZEL³⁹, profesor de la Universidad de Salford (Manchester, Reino Unido), para la *Youth Justice Board* de Inglaterra y Gales en el que se toman datos de noventa países, nos encontramos con que dentro de un amplio abanico entre los seis (Carolina del Norte, Estados Unidos) y dieciocho años de edad (Bélgica y Luxemburgo), cuarenta y tres jurisdicciones han optado por establecer la edad a partir de la cual se puede exigir responsabilidad penal a los menores entre los catorce y dieciséis años, de las cuales veintidós la establecen en los catorce, tendencia esta a la que suman muchos países europeos. En dicho estudio se plantea, como una de las causas de las amplias diferencias que pueden observarse en el plano internacional en este sentido, la vaguedad con la que se trata el tema en las recomendaciones o resoluciones de los organismos internacionales que han contemplado la cuestión⁴⁰. Así, las Reglas de *Beijing*, se limitan a disponer en su artículo 4 que en los sistemas jurídicos que reconozcan el concepto de mayoría de edad penal con respecto a los menores, su comienzo no deberá fijarse a una edad demasiado temprana habida cuenta de las circunstancias que acompañan la madurez emocional, mental e intelectual.

En el ámbito de la culpabilidad y siguiendo con el estudio de HAZEL, se observa que en algunos países, sobre todo en los que establecen el límite de exigencia de responsabilidad

³⁷ *OJJDP Statistical Briefing Book*. Online. Available:

http://www.ojjdp.gov/ojstatbb/structure_process/qa04123.asp?qaDate=2012. Released on April 25, 2013 (consultado 23/03/14).

³⁸ HOLDEN G.A., KAPLER, R.A., en *“Deinstitutionalizing Status Offenders: A Record of Progress”*, *Juvenil Justice, Vol.II, number 2, U.S. Department of Justice*, 1995, p.3. Disponible a 26/03/14 en <https://www.ncjrs.gov/pdffiles/jjjf95.pdf>. En este artículo sus autores dan una definición de los denominados *“status offenders”* como menores que protagonizan conductas tales como el absentismo escolar o las huidas del hogar familiar y, en general, conductas no *“delictivas”* si fueran realizadas por un adulto.

³⁹ HAZEL, N., *“Cross-national comparison of youth justice.” Youth Justice Board*, Londres (R.U.), 2008, pp.30 a 34. Disponible a 28/02/14 en: <http://yjbpublications.justice.gov.uk/engb/Scripts/prodView.asp?idproduct=368&eP>.

⁴⁰ En el mismo sentido *“Innocenti digest, Justicia Juvenil”*, Centro Internacional para el Desarrollo del Niño de UNICEF, Florencia- Italia, 1998, p.4, disponible en <http://www.unicef-icdc.org/publications/pdf/digest3s.pdf>. (Consultado 25/02/14).

penal a edades más tempranas, suele existir una presunción iuris tantum de incapacidad de culpabilidad, se presume pues, salvo prueba en contrario, que el menor es inimputable, dicho en otras palabras, deberá probarse la capacidad de culpabilidad del menor (v.gr. Francia, Austria, Italia, Australia, Hong Kong, Namibia o Nueva Zelanda).

En el ámbito europeo, como destacan DE LA CUESTA ARZAMENDI y BLANCO CORDERO, a pesar de que se compartan ciertos postulados básicos, existen notables diferencias en los sistemas de tratamiento de la delincuencia juvenil⁴¹, no obstante ello, en lo que a la edad mínima de responsabilidad penal se refiere, el panorama es bastante homogéneo.

La mayor parte de los países del viejo continente establecen la edad de exigencia de responsabilidad penal entre los doce y los quince años, destacando en número aquéllos que lo hacen a los catorce años. Se apartan de esta tendencia, por encima, Bélgica, Luxemburgo (dieciocho años) y Portugal (dieciséis) y determinando edades inferiores, Reino Unido (de ocho a diez años⁴²) y Suiza (siete años).

En lo que respecta a la capacidad de culpabilidad, en relación con los menores sujetos a las leyes penales juveniles, se puede diferenciar entre aquellos países que exigen prueba positiva de capacidad de culpabilidad de aquellos otros que no la exigen, es decir, que presumen la imputabilidad del menor delincuente. Atendiendo a esta circunstancia se pueden clasificar en el primero de los grupos a Alemania (§ 3 *Jugendgerichtsgesetz*), Francia (Art.122-8 Código Penal) Italia (Art. 85 y Art. 98 Código penal) o Portugal (Art. 9 Código penal). En el segundo se incluyen España (Art. 1 y Art. 5 LORPM) o Inglaterra y Gales (50 *Children and Young Persons Act* 1933 y 34 *Crime and Disorder Act* 1998).

⁴¹ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. y BLANCO CORDERO, I., en “*Menores infractores...*”, ob. cit., p. 30.

⁴² Inglaterra y Gales, Escocia, e Irlanda del Norte, respectivamente, tienen legislación propia sobre la materia. Vid. en extenso VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., “*Derecho penal juvenil europeo*”, Ed. Dykinson, Madrid, 2005, pp. 205 a 242.

2.- MINORÍA DE EDAD PENAL.

2.1.- En general.

La minoría de edad penal puede considerarse como la situación jurídica en la que se encuentra una persona a la cual, por el mero hecho de no haber alcanzado aún la edad mínima exigida por el ordenamiento, no se le puede responsabilizar por la comisión de los ilícitos tipificados en las leyes penales. Existiendo una estrecha relación entre responsabilidad penal y culpabilidad, los ordenamientos jurídicos que establecen modelos de justicia juvenil responsabilizadores a partir de la fijación de la mayoría/minoría de edad penal mediante un criterio biológico puro, esto es, basado únicamente en el dato cronológico de la edad, incurren en un déficit de justificación que da pie a un intenso debate alrededor de la coherencia del mismo.

La imposibilidad de determinar con carácter general en qué momento temporal exacto el ser humano adquiere un grado de madurez suficiente como para que pueda afirmarse que ostenta las cualidades psicobiológicas que le hacen poseedor de la capacidad de culpabilidad o imputabilidad⁴³, obliga a pensar que en una regulación de la responsabilidad penal de los menores de edad, en el salto hacia la fijación de una edad concreta de la mayoría/minoría de edad penal opera, en mayor o menor medida, una mera decisión de política criminal⁴⁴.

A llegar a esta reflexión coadyuva, por ejemplo, la declaración que la propia Exposición de Motivos de la LORPM hace para justificar la exclusión de su ámbito de aplicación de los menores de catorce años, afirmando que lo hace con base en la convicción de que las infracciones cometidas por los niños menores de esta edad son en general irrelevantes y que, en los escasos supuestos en que aquéllas pueden producir alarma social, son suficientes para darles una respuesta igualmente adecuada los ámbitos familiar y asistencial civil, sin necesidad de la intervención del aparato judicial sancionador del Estado. Ni rastro de la capacidad de culpabilidad en favor de la relevancia de la infracción, de la alarma social y de la suficiencia de la respuesta, lo que parece ser una declaración de hasta donde el legislador

⁴³ VENTAS SASTRE, R., *“La minoría de edad penal”*, ob. cit. p.497; MORA SÁNCHEZ, A. M^a., *“La medida de internamiento en régimen cerrado: concepto, naturaleza y régimen de ejecución. Alternativas”*, Tesis doctoral dirigida por MORILLAS CUEVA, L., Universidad de Granada, 2012, p. 168.

⁴⁴ Así LACRUZ LÓPEZ en *“Derecho penal juvenil”*, ob. cit. p. 257.

“está dispuesto a prescindir de la intervención penal a favor de otros medios de control social”⁴⁵.

En todo caso, y aunque por su relevancia se centre la cuestión en la imputabilidad, debe señalarse que esta problemática no se ciñe en exclusiva a este elemento de la culpabilidad, si no que se extiende a los otros dos, esto es, al conocimiento de la antijuricidad y a la exigibilidad de obediencia a la norma, en los que la minoría de edad de la persona y, por ende, su falta de madurez, pueden jugar un papel decisivo a la hora de excluir la culpabilidad de la conducta antijurídica⁴⁶.

2.2.- Capacidad de culpabilidad y minoría de edad.

La capacidad de culpabilidad, o imputabilidad, es concebida por la doctrina mayoritaria⁴⁷ como la capacidad de un sujeto para comprender lo ilícito de un comportamiento y de actuar conforme a tal comprensión. En el concepto analítico del delito, la culpabilidad expresa el reproche que merece un sujeto por la realización de una conducta antijurídica, reproche que exige que la persona, en el momento del hecho concreto tenga aquella capacidad, para lo que se necesita que en ausencia de patologías que pudieran anularla haya alcanzado un determinado grado de desarrollo o madurez⁴⁸.

Para el correcto planteamiento de la cuestión que se va a analizar es necesario hacer algunas consideraciones previas. La LORPM se denomina reguladora de la responsabilidad penal de los menores lo que permite afirmar que, formalmente, es penal y no de otra naturaleza la responsabilidad que se va a exigir a los menores sujetos a la misma. En relación con ello, el profesor VÁZQUEZ GONZÁLEZ⁴⁹ afirma que “las normas que regulan la responsabilidad penal de los menores pertenecen al Derecho penal al contemplar situaciones en las que se imponen consecuencias jurídico-penales a los autores de una infracción penal”⁵⁰. Y si el

⁴⁵ MACHADO RUIZ, M^a. D. , en “*Minoría de edad y responsabilidad penal*” , *Actualidad Penal*, N^o 3, Sección Doctrina, Ref. III, pág. 93, tomo 1, Ed. La Ley, Madrid, 2003, p. 16.

⁴⁶ CRUZ MÁRQUEZ, B., “*Presupuestos de la responsabilidad penal del menor: Una necesaria revisión desde la perspectiva adolescente*”.El menor ante del derecho del siglo XXI, Anuario Facultad de Derecho Universidad Autónoma de Madrid n^o 15, 2011 , pp.261-263.

⁴⁷ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., “*Derecho penal español parte general en esquemas*”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 404; MELENDO PARDOS, M, en “*Curso de Derecho penal Parte General*”, ob.cit. p 568.

⁴⁸ MELENDO PARDOS, M., en “*Curso de Derecho penal Parte General*”, ob.cit. p.562.

⁴⁹ VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., en “*Derecho penal juvenil*”, ob. cit. p.319.

⁵⁰ En el mismo sentido CANO PAÑOS, M.A., en “*¿Supresión, mantenimiento o reformulación del pensamiento educativo en el derecho penal juvenil? Reflexiones tras diez años de aplicación de la Ley Penal del Menor*” , Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 13-13(2011), p.5, disponible en

menor puede ser responsable penal, no puede ser, por definición, incapaz de culpabilidad pues, como afirma MATA LLÍN EVANGELIO⁵¹, responsabilidad penal e incapacidad de culpabilidad son incompatibles.

Por otro lado y reforzando lo afirmado, como expresa MELENDO PARDOS⁵², hoy día, a pesar de la crisis de las concepciones normativas de la culpabilidad, esto es, las basadas en la libertad del sujeto para actuar o no de conformidad con la norma, se sigue afirmando que “el Derecho penal debe ser un Derecho penal de la culpabilidad”, principio al que se otorga un “rango importantísimo”, entre otras cuestiones, como “principio rector de la imputación”.

Ante tal planteamiento, sumado a la declaración que la propia LORPM hace en su exposición de motivos autocalificándose de formalmente penal y aceptando la estrecha relación existente entre el Derecho penal y el principio de culpabilidad, puede afirmarse que el fundamento de la responsabilidad de los mayores de catorce años y menores de dieciocho que la LORPM sostiene, se hace depender en buena medida de la capacidad de culpabilidad que se le pueda atribuir a aquéllos. Sólo en buena medida porque el sistema implantado por la LORPM y sus reformas⁵³ va a dar cuenta por sí solo de que la base de la responsabilidad no es lo suficientemente consistente como para sostener todo el edificio si aquélla se fundamenta únicamente en la capacidad de culpabilidad o imputabilidad de los menores sujetos a su ámbito, pudiendo darse entrada entonces a legítimas dudas sobre si son cuestiones relacionadas con la necesidad de intervención, por motivos político-criminales de prevención general-especial, las que sirven de necesario complemento para dotar de la debida congruencia al establecimiento de un sistema de responsabilidad penal juvenil basado criterio biológico puro⁵⁴.

<http://criminnet.ugr.es/recpc/13/recpc13-13.pdf> (20/03/14); DOLZ LAGO, M.J., en “¿Endurecimiento simbólico de la Ley Penal del Menor?” La Ley Penal, Nº 41, Sección Legislación aplicada a la práctica, , Ed. La Ley, Madrid, 2007, p.1

⁵¹ MATA LLÍN EVANGELIO, A. “*Estudios penales y criminológicos XXII*”, VV.AA, Servicio de publicaciones e intercambio científico da Universidade de Santiago de Compostela, Campus Universitario Sur, Santiago de Compostela, 2000, p. 78

⁵² MELENDO PARDOS, M., en “*Curso de Derecho penal Parte General*”, ob.cit. p.549.

⁵³ LACRUZ LÓPEZ, J.M., en “*Derecho penal juvenil*”, ob. cit. p. 255 expresa que “las reformas que se han ido produciendo en el sistema de responsabilidad penal del menor apuntan a una clara desvinculación del concepto del menor responsable de la idea de la imputabilidad”.

⁵⁴ Así SIMONS VALLEJO, R. en “*Consideraciones en torno a la naturaleza y fundamento de la responsabilidad penal del menor*”, Actualidad Penal Nº18, Sección Doctrina, Ref. XVIII, pág.431, tomo 2, Ed. La Ley. Madrid, 2002. En la misma línea MACHADO RUIZ, M^a. D. en “*Minoría de edad y responsabilidad penal*”, ob. cit., p. 16.

La LORPM, cuando en el artículo 1 delimita su ámbito subjetivo de aplicación estableciendo que a través de ella se exigirá responsabilidad por la comisión de hechos tipificados como delitos o faltas en el Código penal o las leyes penales especiales a los mayores de catorce años y menores de dieciocho, no exige de forma positiva requisito adicional alguno al margen del dato cronológico de la edad. En sentido negativo, como ya se ha apuntado, excluye a los menores de catorce años de la exigencia de responsabilidad obviando cualquier referencia a su capacidad de culpabilidad. Se presume, por tanto, la irresponsabilidad de los menores de catorce años *iuris et de iure*, sin admitirse prueba en contrario, lo que encuentra apoyo en el artículo 40.3 a) de la Convención de Derechos del Niño de 1989⁵⁵ (en adelante CDN):

“3. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, y en particular:

a) El establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales;”

La primera referencia que se encuentra en el articulado de la LORPM en relación con la capacidad de culpabilidad de los menores incluidos en su ámbito es la que hace indirectamente el artículo 5 cuando se establece la base de la responsabilidad de éstos. Así, dispone que los mayores de catorce años y menores de dieciocho serán responsables cuando hayan cometido los hechos a los que se refiere el artículo 1 (hechos tipificados como delitos o faltas en el Código penal o las leyes penales especiales) y no concurren en ellos ninguna de las causas de exención o extinción de la responsabilidad criminal previstas en el vigente Código Penal, lo que puede interpretarse como una presunción de imputabilidad de los mayores de catorce años. Se puede llegar a este razonamiento porque siendo algunas de las causas que eximen de la responsabilidad penal supuestos de ausencia de imputabilidad⁵⁶, y declarando la LORPM que los menores serán responsables salvo que se hallen incurso en alguno de tales supuestos, ello es tanto como afirmar la culpabilidad de todo menor en el que no concorra ninguno de esos estados⁵⁷, afirmación que es, cuando menos, controvertida.

⁵⁵ MORA SÁNCHEZ, A. M^a., en “*La medida de internamiento...*” ob. cit. p 163, califica la fijación del límite mínimo para fijar la presunción de inimputabilidad una “*exigencia internacional*” en base al citado precepto.

⁵⁶ Art. 20. 1º, 2º y 3º Código penal.

⁵⁷ Así, MATA LLÍN EVANGELIO, A. en “*Estudios penales y criminológicos XXII*”, ob. cit. pp.85-86 y p. 91 ; SIMONS VALLEJO, R. “*Consideraciones en torno a la naturaleza y fundamento de la responsabilidad penal del menor*”, ob. cit. p.8; En el mismo sentido CANO PAÑOS, M.A., en “*¿Supresión, mantenimiento o reformulación del pensamiento educativo en el derecho penal juvenil?...*” ob. cit. p.6 ; MORA SÁNCHEZ, A.

Si nos atenemos a lo hasta ahora expuesto puede afirmarse que , de un lado, la exclusión de los menores de catorce años del ámbito de aplicación de la LORPM se basa exclusivamente en una mera decisión de política criminal. De otro lado, y aunque en el fondo haya también una decisión de la misma índole para concretar una edad determinada⁵⁸, se está considerando que los mayores de catorce años, por el hecho de llegar a esa edad, adquieren capacidad de comprender lo ilícito de su comportamiento y de actuar conforme a esa comprensión.

Algunas líneas más arriba se ha afirmado que presuponer la capacidad de culpabilidad de los mayores de catorce años sin requisito adicional alguno que tenga en consideración las peculiaridades psicobiológicas de los adolescentes, a modo de cómo lo hace el Código Penal para los mayores de dieciocho, es una presunción no exenta de riesgo. No está exenta de riesgo porque no tiene en cuenta, más que aproximadamente y sin entrar aún en el campo de las medidas de respuesta, que el adolescente se halla en un proceso de desarrollo y de adquisición de madurez que puede influir decisivamente sobre la capacidad de culpabilidad. No es que haya de presuponerse que la minoría de edad sea sinónimo de imputabilidad en todos los casos, pero tampoco puede presumirse, sin más, lo contrario.

Como ejemplo de ello CRUZ MÁRQUEZ⁵⁹ llama la atención sobre supuestos en los que, sin estar incurrido el menor en ninguna de las causas de inimputabilidad, se ha podido ver afectada, cuando no anulada, su capacidad de culpabilidad. Entre tales supuestos identifica aquéllos en los que puede darse una “socialización deficitaria” , “obstáculos en la interiorización de las normas sociales” o “dependencia especialmente intensa respecto de personas de referencia en su entorno más cercano”. Por su parte, CUELLO CONTRERAS⁶⁰, poniendo un gráfico ejemplo, afirma que por debajo de ciertas edades, aun concurriendo la imputabilidad en el sujeto, el control de impulsos puede resultar problemático en los sujetos más jóvenes cuando se ven sometidos a experiencias a las que con anterioridad no habían hecho frente.

M^a, “La medida de internamiento en régimen cerrado...” ob. cit. p. 168; De forma parecida VENTAS SASTRE, R., “La minoría de edad penal”, ob. cit. pp.501-502.

⁵⁸ LACRUZ LÓPEZ, J.M. en “Curso de Derecho penal Parte General”, ob.cit. p.1042

⁵⁹ CRUZ MÁRQUEZ, B., “Presupuestos de la responsabilidad penal del menor: Una necesaria revisión desde la perspectiva adolescente”.El menor ante del derecho del siglo XXI, Anuario Facultad de Derecho Universidad Autónoma de Madrid nº 15, 2011 , pp.260-261.

⁶⁰ CUELLO CONTRERAS, J., “Reflexiones sobre la capacidad de culpabilidad del menor y su tratamiento educativo”, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 12-01(2010), p.3, disponible en <http://criminnet.ugr.es/recpc/12/recpc12-01.pdf> (20/03/14). “El joven delincuente que realiza un atraco portando un arma de fuego es más fácil que cometa un homicidio si es sorprendido que el profesional adulto, que tras múltiples experiencias habrá aprendido que si todo está perdido es preferible dejarse prender que morir o matar. Quizá esto explique algunos comportamientos de menores y jóvenes especialmente violentos”.

En orden a generar una idea sobre la relación entre el proceso de desarrollo que caracteriza a la adolescencia y su influencia sobre la capacidad de culpabilidad puede citarse a LACRUZ LÓPEZ, quien afirma que el proceso de adquisición y desarrollo de capacidades en el que se encuentra inmerso todo ser humano desde el punto de vista de la imputabilidad se divide en dos fases, la infancia y la primera adolescencia de un lado y, de otro, a partir de los catorce años de edad. Los sujetos inmersos en la primera etapa carecen de la madurez suficiente para comprender la ilicitud de sus conductas, y en el caso de que el sujeto tuviera esa capacidad, carece del otro elemento de la imputabilidad, es decir, de la capacidad de obrar conforme a dicha comprensión, por lo que serían plenamente inimputables. En la segunda de las etapas, la que se inicia a partir de los catorce años, se considera que el sujeto ya ha adquirido la capacidad de culpabilidad, siendo “en principio auténticos imputables”⁶¹. No obstante, debe considerarse que la imputabilidad no es un cualidad que aparezca repentinamente entre las capacidades de cada sujeto, pues al margen de lo que la ley pueda presuponer, no se adquiere al alcanzar una determinada edad, si no que va apareciendo gradualmente, por lo que en la práctica se darán casos de menores que son considerados imputables por alcanzar la edad legalmente fijada para ello pero que aún no tengan las capacidades que la culpabilidad exige en orden a responsabilizarles por el ilícito penal cometido⁶².

Atendiendo a la clasificación por etapas del desarrollo recién expuesta no parece exagerado afirmar que, con carácter general, sobre catorce años, el menor puede haber adquirido la capacidad de comprender lo ilícito de un determinado comportamiento. Si se examinan las estadísticas oficiales⁶³ sobre menores a los que se ha impuesto alguna medida de la LORPM en atención a los delitos cometidos y se dirige la mirada hacia los más repetidos, lesiones y robos, parece incluso forzado pensar que un menor de catorce años no tenga la capacidad de captar la contrariedad a Derecho de estas conductas⁶⁴. No obstante, y como señala COLÁS TURÉGANO⁶⁵, la capacidad de comprensión no siempre va acompañada del segundo elemento de la imputabilidad, la capacidad de adecuar el comportamiento a la norma.

⁶¹ LACRUZ LÓPEZ, J.M. en “Curso de Derecho penal Parte General”, ob.cit. pp.1041-1042.

⁶² Así LACRUZ LÓPEZ, J.M., en “Derecho penal juvenil”, ob. cit. p. 258; Díez Ripollés, J.L., “Derecho penal español parte general en esquemas”, ob. cit. p. 426;

⁶³ Instituto Nacional de Estadística, Estadística de condenados: Menores. Año 2012. Disponible en <http://www.ine.es/jaxi/menu.do?type=pcaxis&file=pcaxis&path=%2Ft18%2Fp467%2F%2Fa2012> (Consultado 19/03/14).

⁶⁴ En el mismo sentido MACHADO RUIZ, M^a. D., en “Minoría de edad e imputabilidad penal”, ob. cit., p. 16.

⁶⁵ COLÁS TURÉGANO, A. “Derecho penal de menores” ob. cit. pp.180-181

En fin, la LORPM viene a sentar una presunción de imputabilidad iuris tantum de los mayores de catorce años y menores de dieciocho, eso sí, únicamente limitada por la prueba de concurrencia de algunas de las causas que excluyen la responsabilidad tasadas en el Código Penal, lo cual es ciertamente arriesgado por existir argumentos más que consistentes para poder afirmar que muchos de esos menores, por peculiaridades del desarrollo adolescente, no van a reunir la cualidades psicobiológicas que la imputabilidad exige, lo que convierte dicha presunción en lo que muchos autores califican de ficción jurídica. En este sentido, afirma SIMONS VALLEJO⁶⁶ que solamente a partir de los dieciocho años cabe sentar dicha presunción pues, a diferencia de los menores entre catorce y dieciocho años, a esa edad ya se ha alcanzado la madurez suficiente como para poder afirmar que se halla presente en el sujeto la capacidad de culpabilidad que, de no encontrarse, sería a consecuencia de determinadas patologías. Ahora bien, ello no quiere decir que el límite de los catorce años sea totalmente arbitrario, pues parece que se aproxima a la adquisición biológica o natural de una capacidad de culpabilidad incipiente, lo que ocurre es que por sí solo no es autosuficiente para colmar las exigencias de la culpabilidad que deben estar presentes en la responsabilidad penal y debería complementarse con disposiciones menos discutibles desde el punto de vista de las capacidades cognitivas, valorativas y volitivas de los adolescentes.

2.3.- Criterios subjetivos de aplicación del Derecho penal juvenil.

Del estudio del Derecho comparado se deduce que son tres, el biológico, el psicológico y el mixto, que combina los dos anteriores, los criterios que los legisladores manejan para la determinación del límite de edad a partir del cual comienza la intervención con menores por la infracción de las normas penales. No obstante no debe olvidarse que se opte por el criterio que se opte, esta circunstancia no es por sí sola definitoria de un sistema de justicia juvenil, si no que esa definición se va a hacer depender en buena medida de las respuestas que se prevean en él ante el fenómeno de la delincuencia juvenil y de la capacidad que tenga para aportar a problemas diferentes soluciones diferentes.

⁶⁶ SIMONS VALLEJO, R. *“Consideraciones en torno a la naturaleza y fundamento de la responsabilidad penal del menor”*, ob. cit. p.10 .

2.3.1.- Criterio biológico o cronológico.

El criterio biológico, cronológico, de la edad o biológico puro, es aquel que establece un límite de edad por encima del cual se presume que los sujetos son imputables. En sentido negativo, se presume la ausencia de capacidad de culpabilidad, sin posibilidad de prueba en contrario, de aquellos otros que quedan por debajo de dicho límite, aunque esta última característica la comparte con el criterio mixto. Se afirma que su principal ventaja reside en la seguridad jurídica que comporta frente a las fórmulas psicológicas, puras o mixtas, por la ausencia de necesidad de acreditar la capacidad de culpabilidad del sujeto⁶⁷. En principio, y en sede de capacidad de culpabilidad, puede afirmarse que se trata de un criterio incompleto ya que cuando aparece aislado, sin ninguna consideración sobre las capacidades intelectuales y volitivas de las personas que quedan sujetas a una disposición sancionadora por la fijación del citado límite, parece vivir de espaldas a una realidad natural e incontestable, el hecho de que la capacidad de culpabilidad que exige la responsabilidad por la comisión de una infracción penal no aparece, sin más en todos los sujetos, a partir de la edad que el legislador fija. En todo caso, en tanto de trate de sistemas legales que establezcan el límite de la imputabilidad en edades aproximadas a los catorce o quince años de edad, no puede afirmarse por completo que se viva de espaldas a dicha realidad, pues en cierto modo se aproximan bastante a las edades en las que se admite que pueden comenzar a concurrir en el individuo los caracteres que componen la imputabilidad y “es respetuoso con las tendencias actuales del Derecho comparado y con la opinión de los profesionales del sector”⁶⁸. El problema es que, como se indicaba en el epígrafe 2.2, existirán sujetos que aún habiendo alcanzado la edad que se corresponde con el límite impuesto por el ordenamiento, por su particular evolución o desarrollo personal, sin sufrir patología alguna ni estar incurrido en causa de inimputabilidad prevista en el Código penal, se hallen en un estadio de su desarrollo personal en el que aún no hayan aparecido las facultades que le convierten en imputable.

2.3.2.- Criterio psicológico puro.

El criterio psicológico puro se corresponde con aquel en el que la legislación no determina la una edad por debajo de la cual se presume la inimputabilidad y en el que se atiende a las

⁶⁷ Entre otros REQUEJO NAVEROS, M^a. T., en “*Criterios de determinación de la edad penal relevante. ¿A partir de qué momento el delito cometido por un menor merece la intervención penal?*”, revista Crítica, N^o 976, Madrid, noviembre-diciembre 2011, p.27. o MORA SÁNCHEZ, A. M^a., “*La medida de internamiento en régimen cerrado...*” ob. cit. p. 159.

⁶⁸ BUENO ARÚS, F., en “*Introducción al Derecho correccional de menores. Estudio preliminar*” en “*Comentarios al reglamento de la Ley Orgánica 5/2000 reguladora de la responsabilidad penal de los menores*”, BUENO ARÚS, F. (Coord.), Ed. Fundación Diagrama-Intervención Psicosocial, Murcia, 2008, p.97.

capacidades del sujeto en el momento de cometer el hecho para determinar la respuesta del ordenamiento jurídico. A diferencia del criterio biológico y del mixto, en el criterio psicológico la edad del infractor no juega, a priori, un papel relevante, siendo la práctica judicial la que determina caso por caso la culpabilidad del sujeto.

Su contrariedad con las disposiciones de la CDN, que exigen el establecimiento legal de una edad mínima a partir de la cual se presupone la inimputabilidad de la persona, puede explicar su escasa, casi nula, presencia en el Derecho comparado (entre las excepciones se encuentra Estados Unidos, que no ha ratificado aún la CDN⁶⁹, y donde treinta y cuatro de sus cincuenta Estados, así como el Distrito Federal de Columbia no especifican en las leyes la edad mínima de intervención⁷⁰).

El principal problema que plantea este criterio y que comparte con el criterio mixto biológico-psicológico, aunque existe en menor medida en este último, reside en la inseguridad jurídica que genera la inexistencia de criterios claros y mayoritariamente aceptados para la determinación de la capacidad de culpabilidad de una determinada persona, y si ello se suma a la ausencia de una jurisprudencia más o menos uniforme, se pueden generar situaciones de desigualdad que no debieran tolerarse⁷¹.

En la elección de este criterio por un legislador puede subyacer la idea de una escasa tolerancia a la delincuencia juvenil, habilitándose a los jueces para conocer de un caso con independencia de la edad del sujeto del que, por otro lado, no se presume su imputabilidad sin admitir prueba en contrario en ningún momento, idea que no puede mantenerse más que desde la postura de que la capacidad de culpabilidad puede existir en una persona desde edades muy tempranas y para la que el establecimiento de un límite de edad no puede suponer más que una traba a la necesidad de intervención penal.

⁶⁹ http://www.unicef.org/spanish/crc/index_30229.html (Consultado 24/03/14).

⁷⁰ *OJJDP Statistical Briefing Book*. Online. Available: http://www.ojjdp.gov/ojstatbb/structure_process/qa04102.asp?qaDate=2012. Released on August 05, 2013. (consultado 23/03/14).

⁷¹ En relación con el criterio mixto, pero que puede extenderse al psicológico puro DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., en “*Derecho penal español parte general en esquemas*”, ob.cit., p. 426 alude a dichos problemas.

2.3.3.- Criterio mixto o biológico-psicológico.

Este puede ser quizás el criterio más completo de todos y el que goza de un mayor respaldo en nuestra doctrina. Se trata del más completo de todos puesto que conjuga las recomendaciones del plano internacional en relación con la presunción de inimputabilidad por debajo de una edad determinada con las exigencias de la culpabilidad que han de estar presentes en todo Derecho penal⁷². No obstante, afirma DÍEZ RIPOLLÉS⁷³, que dificulta la consideración de criterios de necesidad de exigencia de responsabilidad.

Consiste básicamente en el establecimiento, al igual que en el biológico puro, de un límite de edad por debajo del cual se presume la inimputabilidad del sujeto iuris et de iure, por encima, y hasta la edad que marque el correspondiente Código penal, también se presume esa inimputabilidad pero ya no es incondicionada o absoluta, sino que queda limitada por la prueba de la capacidad de culpabilidad.

Sus debilidades son compartidas con el minoritario criterio psicológico puro. Su principal reproche es la inseguridad jurídica que comporta la comprobación de la capacidad de culpabilidad en cada caso concreto si no existen criterios uniformes y mayoritariamente aceptados, legales, lo que parece artificioso, o jurisprudenciales. Por otro lado, el factor económico tampoco debe obviarse, pues es lógico que se precisen mayores medios personales en la indagación caso por caso de la capacidad del menor⁷⁴.

2.4.- Criterio adoptado por el legislador español.

De entre los criterios examinados, la LORPM, apartándose de la mayoría de las legislaciones europeas⁷⁵, opta por la adopción de un criterio biológico puro, basado únicamente en el dato de la edad, estableciendo el límite para la exigencia de responsabilidad penal en los catorce años, basándose para ello en la no necesidad de actuación frente a los menores de esa edad sin entrar a valorar las capacidades cognitivas-volitivas de éstos⁷⁶. Pero al igual que ignora las capacidades de los menores que excluye de su ámbito, tampoco presta especial atención a la de los que sí somete a sus disposiciones más que optando por una edad aproximada en la que entiende, o eso se quiere pensar en este trabajo, se produce la adquisición de aquéllas

⁷² REQUEJO NAVEROS, M^a. T., en “*Criterios de determinación de la edad penal relevante...*” ob. cit. p 29.

⁷³ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., en “*Derecho penal español parte general en esquemas*”, ob.cit., p. 426.

⁷⁴ REQUEJO NAVEROS, M^a. T., en “*Criterios de determinación de la edad penal relevante...*” ob. cit. p 28.

⁷⁵ MORA SÁNCHEZ, A. M^a., en “*La medida de internamiento en régimen cerrado...*” ob. cit. p. 158.

⁷⁶ MATALLÍN EVANGELIO, A. “*Estudios penales y criminológicos XXII*” ob. cit. p. 80.

capacidades, obviando con ello introducir en la base de la responsabilidad de los menores alguna precisión al respecto. Elección esta que, por otro lado, tiene más de convencional que de científica⁷⁷. En sede de imputabilidad y en palabras de LACRUZ LÓPEZ “la solución ofrecida por el Legislador español no resulta convincente”⁷⁸. No resulta convincente porque ignora el ya tantas veces aludido proceso de desarrollo característico del periodo adolescente y cabe en él la posibilidad de incurrir en situaciones materialmente injustas, por desproporcionadas, al someter a sus disposiciones y a medidas sancionadoras penales, aunque “educativas”, a menores en los que se presupone, o al menos eso parece deducirse, la capacidad de culpabilidad.

2.5.- Relación entre criterios (reflexión personal).

Desde el mismo momento en que se habla de imputabilidad del menor de edad y se fija una frontera cronológica a partir de la cual se decide la actuación del Derecho penal, sobre todo en lo que respecta al criterio biológico o cronológico, no puede hablarse de que la capacidad de culpabilidad sea el único factor que opera en aras de justificar la decisión del legislador⁷⁹. En todo caso debe tenerse en cuenta que la decisión de actuar a una edad determinada no puede llevar en principio a ninguna conclusión si no se analiza simultáneamente con el conjunto del sistema al que sirve de entrada.

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.

En este sentido, podrían identificarse tres factores que pueden condicionar tal decisión del legislador. El primero de ellos, entroncado con la política criminal que quiera articularse a través del ordenamiento penal, el de la necesidad⁸⁰ o no de acudir a éste para afrontar el

⁷⁷ Así VENTAS SASTRE, R., “*La minoría de edad penal*”, ob. cit. pp.497-498. ; de forma parecida DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., en “*Derecho penal español parte general en esquemas*”, ob.cit., p. 424.

⁷⁸ LACRUZ LÓPEZ en “*Derecho penal juvenil*”, ob. cit. p. 257.

⁷⁹ MACHADO RUIZ, M^a. D. , en “*Minoría de edad e imputabilidad penal*”, ob. cit. p. 12.

⁸⁰ Según SIMONS VALLEJO, R., en “*Consideraciones en torno a la naturaleza y fundamento de la responsabilidad penal del menor*”, ob. cit. p.15, esta necesidad de intervención penal, a través de consideraciones preventivo-generales, positivas y negativas, y preventivo-especiales, es o que estaría, en

problema de la delincuencia juvenil. De un lado, este factor representaría la frontera de tolerancia de una sociedad por debajo de la cual está dispuesta a prescindir de la intervención penal a favor de otros sistemas de control social⁸¹, frontera materializada en una edad concreta bajo riesgo de incurrir en déficits de justificación de la capacidad de culpabilidad de los menores sujetos a la norma. De otro, dicha frontera sería indicativa de cuando considera el legislador que va a ser útil acudir a la respuesta penal para afrontar el fenómeno. Una cuestión de utilidad o instrumentalidad. Así, se estaría señalando cuándo considera el legislador que es necesario servirse los fines preventivos del Derecho penal, generales y especiales, dónde empieza la confianza en la sanción en detrimento de la depositada en las medidas civiles o sociales, una cuestión de mera eficiencia. En atención a ello, 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 esta de la prevención general en su vertiente positiva⁸². Pero también podría ser una manifestación de su vertiente negativa porque, dada la evolución actual de los modelos de justicia juvenil hacia formas más represivas⁸³, no puede negarse del todo que esta finalidad esté presente, al menos respecto al denominado “núcleo duro”⁸⁴ de la delincuencia juvenil, siendo más fuerte este efecto cuanto más elevado sea el límite de edad establecido, por suponer, en teoría, una mayor susceptibilidad de intimidación a los destinatarios de la norma. Asimismo, el límite establecido sería indicativo de consideraciones de prevención especial cuando se fija a edades tempranas en las que la prevención general negativa dejaría de tener virtualidad⁸⁵, no obstante, estas consideraciones tienen como contrapartida el someter al menor a los efectos estigmatizantes y desestabilizadores que un proceso penal⁸⁶ y sus consecuencias, si estas no tienen la orientación debida, van a generar en el menor.

El segundo, el factor basado en el principio de culpabilidad, el de atender a las capacidades intelectuales, valorativas y volitivas de unos destinatarios de la norma inmersos en un proceso

exclusiva, detrás de la declaración de responsabilidad del menor y no una culpabilidad que, según sostiene, no tiene atribuida ninguna función.

⁸¹ MACHADO RUIZ, M^a. D. en “*Minoría de edad y responsabilidad penal*”, ob. cit., p.16

⁸² LACRUZ LÓPEZ, J.M. en “*Curso de Derecho penal Parte General*”, ob.cit. p. 21.

⁸³ VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., en “*Derecho penal juvenil*”, ob. cit. pp. 175-186.

⁸⁴ BERNUZ BENEITEZ, M.^a J., FERNÁNDEZ MOLINA, E., en “*La gestión de la delincuencia juvenil como riesgo. Indicadores de un nuevo modelo*”. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 10-13(2008), p.13:8, nota 14, disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/10/recpc10-13.pdf> (01/03/14).

⁸⁵ CÁMARA ARROYO, S., “*Sistema penitenciario e internamiento de menores*”, Premio Nacional Victoria Kent 2010, Ed. Ministerio del Interior, Secretaría General Técnica, Madrid, 2011, p.535, expresa que “la razón principal de la ineficacia de la prevención general en los menores se achaca a su falta de madurez para sentirse intimidados por la norma”.

⁸⁶ MACHADO RUIZ, M^a. D. , en “*Minoría de edad e imputabilidad penal*”, ob. cit., p. 13.

de desarrollo caracterizado por las notas de progresividad y heterogeneidad y al que no puede ignorarse cuando se hable de responsabilidad penal. Dar prioridad absoluta a este criterio podría determinar la adopción de una fórmula psicológica pura. Del binomio necesidad /utilidad- culpabilidad, pero con la prevalencia del primero, podría resultar la adopción de un criterio mixto.

Siendo aceptada la estrecha relación entre culpabilidad y Derecho penal, es a este factor al que se debiera atender prioritariamente en aquellos sistemas de justicia juvenil pretendidamente penales. 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 (“No hay pena sin culpabilidad. La medida de la pena no puede superar la medida de la culpabilidad”⁸⁷) 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, lo que no resulta justificable por criterios preventivos, pues como afirma ROXIN⁸⁸, “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”⁸⁹.

El tercero de los factores, una garantía irrenunciable en un Estado de Derecho, la seguridad jurídica, esto es, que a la hora de establecer criterios para determinar si debe serle exigida, o no, responsabilidad a un menor “el legislador debe perseguir la claridad y no la confusión normativa, debe procurar que acerca de la materia sobre la que legisle sepan los operadores jurídicos y los ciudadanos a qué atenerse, y debe huir de provocar situaciones objetivamente confusas”⁹⁰, cuestión esta ciertamente complicada en el ámbito en el que nos movemos y que por exigencias de culpabilidad obligaría a una constatación de la imputabilidad caso por caso. Es evidente, como ya se ha tenido ocasión de exponer, que los criterios más influenciados por el factor del principio de culpabilidad van a exigir redoblar los esfuerzos del sistema de

⁸⁷ MELENDO PARDOS, M., en “*Curso de Derecho penal Parte General*”, ob.cit. p. 549.

⁸⁸ ROXIN, C., en “*Culpabilidad y prevención en Derecho penal*”, traducción de MUÑOZ CONDE, F., Ed. Reus, Madrid, 1981, p. 50.

⁸⁹ DEMETRIO CRESPO, E., en “*Culpabilidad y fines de la pena: con especial referencia al pensamiento de Claus Roxin*”, Texto revisado y ampliado sobre el que se basó la ponencia presentada el día 20 de octubre de 2001 en Córdoba (Argentina), con motivo de las Jornadas Internacionales en homenaje al Profesor Claus Roxin, organizadas por el Prof. Dr. Carlos Julio Lascano, p. 22, disponible a 11/04/14 en http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho_penal/pdf/Culpabilidad_fines_de_la_pena_E_Demetrio.pdf

⁹⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional 40/1990 de 15 de marzo.

justicia juvenil establecido para colmar las exigencias de la seguridad jurídica. Por consiguiente, los basados en una fórmula psicológica adolecerán *ab initio* de un déficit de seguridad jurídica que deberá verse contrarrestado con normas complementarias y con una jurisprudencia uniforme.

Aceptando la virtualidad del razonamiento planteado, se podría afirmar que los tres criterios no distan tanto en su origen y su adopción se haría depender de que el legislador, inserto en una determinada sociedad y no ajeno a las exigencias de la misma, en una labor de ponderación de los citados factores, dé prioridad a alguno de ellos sobre los restantes (*vid.* tabla 1). Por ello, cuando se habla de las responsabilidades penal de los menores, de hecho, no se puede reconducir la cuestión a un problema únicamente enquistado en el campo de la imputabilidad, sino que ha de entenderse que, sin perder de vista a la capacidad de culpabilidad, existen otros factores que van a determinar la posibilidad de exigir responsabilidad penal a un menor. En palabras de LACRUZ LÓPEZ, “a pesar de que la responsabilidad jurídico penal de los menores de edad puede plantear y de hecho plantea problemas concretos en el ámbito de la imputabilidad, no es en sí un problema de imputabilidad”⁹¹.

Criterio biológico puro	Criterio psicológico puro	Criterio mixto biológico-psicológico
Necesidad /Utilidad	Imputabilidad	Necesidad /Utilidad
Seguridad jurídica	Necesidad /Utilidad	Imputabilidad
Imputabilidad	Seguridad jurídica	Seguridad jurídica

Tabla 1. Criterio resultante en función de la relevancia que se otorgue a cada uno de los factores descritos sobre los dos restantes.

3.- LA LEY ORGÁNICA 5/2000, DE 12 DE ENERO, REGULADORA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS MENORES.

3.1.- Breve análisis de la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/2000.

De la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/2000 puede extraerse el esquema al que respondía la misma en su redacción original, permaneciendo en algunos aspectos intacta, como es el caso de la base de la responsabilidad de los menores, y otros sufriendo reformas de calado que dejan constancia de un cambio de rumbo, algunas de ellas, incluso antes de zarpar.

⁹¹ LACRUZ LÓPEZ, J.M. en “Curso de Derecho penal Parte General”, ob.cit. p. 1045.

En palabras del profesor VÁZQUEZ GONZÁLEZ (*vid.* nota 36) la Ley Orgánica 5/2000, en su redacción original, podía inscribirse en un modelo responsabilizador, poniendo la prevención especial al servicio del centro de gravedad de todo el sistema, el interés superior del menor. En lo que a este trabajo respecta, se han considerado de interés los siguientes caracteres:

Se asienta la idea de que el menor de dieciocho años y mayor de catorce es responsable penal, pero se trata de una responsabilidad penal distinta a la del adulto⁹², de carácter fundamentalmente educativo, lo que permite afirmar que el menor no es inimputable. Aunque haya posturas que mantengan lo contrario⁹³, tras analizar la Ley Orgánica 5/2000, no se puede afirmar más que la existencia de una imputabilidad plena, ni siquiera la semiimputabilidad⁹⁴, eso sí, esa imputabilidad, por específica, condiciona la responsabilidad que va a derivar de ella en forma de respuesta por motivos de prevención especial⁹⁵.

Dice la Exposición de Motivos que se establece inequívocamente el límite de los catorce años de edad para exigir este tipo de responsabilidad sancionadora a los menores de edad penal y se diferencian, en el ámbito de la aplicación de la Ley y de la graduación de las consecuencias por los hechos cometidos, dos tramos, de catorce a dieciséis y de diecisiete (sic) a dieciocho años, por presentar uno y otro grupo diferencias características que requieren, desde un punto de vista científico y jurídico, un tratamiento diferenciado, constituyendo una agravación específica en el tramo de los mayores de dieciséis años la comisión de delitos que se caracterizan por la violencia, intimidación o peligro para las personas⁹⁶. Dicho límite de catorce años, como ya se ha expresado en este trabajo, se establece por motivos en parte ajenos a las capacidades cognoscitivas y volitivas de los sujetos de menor edad, desde la convicción de que criterios de utilidad y necesidad⁹⁷, en fin, de política criminal, justifican dicha exclusión. Se echa en falta quizás una referencia en este punto a modo de cómo justifica la ley el tratamiento diferenciado de los menores de catorce y quince años por un lado y los de dieciséis a diecisiete de otro, división esta que parece acertada si lo que se quiere es atender a las peculiaridades del proceso de desarrollo adolescente. En este sentido, en un ejercicio de

⁹² Apartado 4 Exposición de Motivos Ley Orgánica 5/2000.

⁹³ BUENO ARÚS, F., en *“Introducción al Derecho correccional de menores. Estudio preliminar...”*, ob. cit., p. 67.

⁹⁴ LACRUZ LÓPEZ en *“Derecho penal juvenil”*, ob. cit. p. 254.

⁹⁵ REQUEJO NAVEROS, M^a. T., en *“Criterios de determinación de la edad penal relevante...”* ob. cit. p 27.

⁹⁶ Apartado 10 Exposición de Motivos Ley Orgánica 5/2000.

⁹⁷ Apartado 4 Exposición de Motivos Ley Orgánica 5/2000.

coherencia, se preveía la aplicación de la ley a mayores de dieciocho años y menores de veintiuno, dice la Exposición de Motivos⁹⁸, en atención a las circunstancias personales y al grado de madurez del autor, y a la naturaleza y gravedad de los hechos. Esta posibilidad no llegó a entrar en vigor, si bien se abrió cierto debate a causa de una imprecisión que permitió su vigencia por un periodo de algo más de un mes, obligando a la Fiscalía General del Estado a tomar cartas en el asunto⁹⁹.

Se rechazan expresamente finalidades esenciales del Derecho penal de adultos como la proporcionalidad entre el hecho y la sanción o la intimidación de los destinatarios de la norma. Igualmente, en el ámbito procesal se excluye el ejercicio de la acción por la víctima u otros particulares, todo ello porque se pretende impedir producir un efecto contraproducente para el menor¹⁰⁰. En la misma línea que lo expresado respecto a las características recién expuestas, esta declaración de principios va a convertirse en una mera declaración de intenciones, pues se va a poder comprobar que en el Derecho penal de menores, el interés superior del menor, como elemento determinante del procedimiento y de las medidas que se adopten, no va a primar tanto como la propia Exposición de Motivos expresa.

Al hilo de lo anterior, se declara que no existe ni la acción particular de los perjudicados por el hecho criminal ni la acción popular de los ciudadanos porque en estos casos el interés prioritario para la sociedad y el Estado coincide con el interés del menor¹⁰¹. Poco cabe decir de esta afirmación sabiendo que la Ley Orgánica 15/2003 introdujo la acusación particular.

Se identifican como principios que han guiado la redacción de la ley la naturaleza formalmente penal pero materialmente sancionadora educativa¹⁰² del procedimiento y de las medidas aplicables a los menores. Esta naturaleza “materialmente sancionadora-educativa” va a resultar cuestionable a partir de las reformas operadas en la Ley, sobre todo porque se va a producir una potenciación del primer elemento, el sancionador, frente al segundo, el educativo, en lo que a las medidas aplicables se refiere.

⁹⁸ Apartado 10, 2º párr. Exposición de Motivos Ley Orgánica 5/2000.

⁹⁹ En la Instrucción Nº 5/2006 sobre los efectos de la derogación del artículo 4 de la Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero reguladora de la responsabilidad penal de los menores, prevista por Ley Orgánica 8/2006 de 4 de diciembre, la Fiscalía General del Estado ordenaba a los fiscales oponerse a su aplicación, lo que respaldó el Tribunal Supremo en su Sentencia 502/2007.

¹⁰⁰ Apartado 7 Exposición de Motivos Ley Orgánica 5/2000.

¹⁰¹ Apartado 8 Exposición de Motivos Ley Orgánica 5/2000.

¹⁰² Apartado 6 Exposición de Motivos Ley Orgánica 5/2000.

Las medidas no pueden ser represivas¹⁰³, sino preventivo-especiales, orientadas hacia la reinserción y el superior interés del menor. No cabe duda, como enseguida se verá, que el interés del menor y la prevención especial, como piedras angulares del sistema, han sufrido desde entonces un desgaste, pudiéndose afirmar que, en determinados supuestos, han perdido casi toda virtualidad.

Por último, en lo que a este trabajo interesa, merecen ser citadas dos características preventivo-especiales sobre la aplicación de las medidas. La primera es la función del interés superior del menor como criterio principal para la adopción de las mismas, ocupando, frente a otros posibles, una posición de primacía. La segunda, las amplias facultades que se otorgan al Juez de Menores para suspender o sustituir por otras las medidas impuestas¹⁰⁴. Si bien estos caracteres siguen vigentes, han sufrido una merma en aquellos supuestos en los que la imposición de internamiento cerrado es obligada y en las limitaciones a las facultades de modificación de la medida inicialmente impuesta.

A continuación se van a analizar, muy brevemente, las reformas operadas en la Ley Orgánica 5/2000 que van a dar cuenta de la alteración de algunos de esos caracteres esenciales de su redacción original. No obstante, debe tenerse en cuenta que las reformas a las que se va a aludir son aquellas que se corresponden con el objeto de este trabajo obviando otras que, si bien son relevantes en otros aspectos, se alejan del tema central. En todo caso no puede entenderse la actual regulación española en esta materia si no se analiza la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/2000 conjuntamente con la de la última reforma de gran calado en la misma, la Ley Orgánica 8/2006.

3.2.- Las sucesivas reformas y sus consecuencias.

Cuando el profesor VÁZQUEZ GONZÁLEZ¹⁰⁵ identifica los principales aspectos de la evolución de los sistemas de justicia juvenil europeos señala una serie de cambios más o menos comunes que revelan la derivación de los modelos responsabilizadores hacia lo que denomina “el modelo punitivo”. En la base de dicha evolución sitúa un cambio de visión respecto a la juventud como consecuencia de graves hechos cometidos por menores de edad y

¹⁰³ Apartado 5 Exposición de Motivos Ley Orgánica 5/2000.

¹⁰⁴ Apartados 11 y 12 Exposición de Motivos Ley Orgánica 5/2000.

¹⁰⁵ VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., en “*Derecho penal juvenil*”, ob. cit. pp. 175-186.

del tratamiento que han recibido por parte de los medios de comunicación. Los citados cambios son los siguientes:

- “Disminución de la edad mínima para exigir responsabilidad penal”.
- “Exclusión genérica de la aplicación de la jurisdicción de menores a los jóvenes semiadultos de entre 18 y 21 años”.
- “Ampliación de los supuestos en los que se priva de libertad al menor”.
- “Aumento de la duración de la pena juvenil”.
- “Fortalecimiento de la posición procesal de las víctimas en el proceso penal ante menores delincuentes”.

Como a continuación se verá, la evolución del modelo de justicia juvenil de la redacción original de la LORPM se corresponde a la perfección con el esquema planteado por el profesor VÁZQUEZ GONZÁLEZ, si bien no se ha producido, todavía, una rebaja del límite de edad a partir del cual los delitos y faltas atribuibles a menores son de conocimiento de los Jueces de Menores.

Son varios los aspectos que permiten hablar de un alejamiento de los principios que informaban la redacción original, sobre todo en lo que respecta a los delitos más graves, el “núcleo duro” de la delincuencia juvenil. Así, como consecuencia de las reformas, la virtualidad del interés superior del menor puede desvanecerse en determinados casos en favor de la proporcionalidad entre la gravedad del hecho y la sanción. En otros, se desvanece directamente al incluirse en las medidas de internamiento en régimen cerrado periodos de seguridad que el juez debe observar obligatoriamente. Esta misma medida puede convertirse, al alcanzar el sujeto la mayoría de edad, en una pena de prisión sujeta al régimen general penitenciario. El interés superior del menor va a dejar de ser coincidente con el interés prioritario de la sociedad porque los ofendidos o perjudicados por el delito, miembros de esa sociedad, van a poder personarse, de ordinario con ánimo vindicativo¹⁰⁶, como parte en el proceso, lo que por obra de la Ley Orgánica 15/2003 ya no resulta “contraproducente” para el menor. Asimismo se cierra definitivamente la posibilidad de aplicar la LORPM a los mayores de dieciocho años y menores de veintiuno.

¹⁰⁶ CANO PAÑOS, M.A., en “¿Supresión, mantenimiento o reformulación del pensamiento educativo...” ob. cit., p. 28.

Sobre los motivos que han movido al legislador a introducir tamaña variación respecto al modelo inicialmente previsto, únicamente en la Exposición de Motivos Ley Orgánica 8/2006 se da cuenta de alguno de ellos, si bien, la justificación dada al endurecimiento de la ley parece, en el mejor de los casos, dudosa. Todo parece indicar que la alarma social producida por hechos de gravedad cometidos por menores de edad¹⁰⁷, el sensacionalismo con el que los mismos fueron tratados por los medios de comunicación¹⁰⁸ y las declaraciones de algunos representantes políticos “hablando mucho de retribución y poco de prevención”¹⁰⁹ que, en fin, echaron más leña al fuego, parecen estar detrás de las reformas efectuadas más que un supuesto aumento de la delincuencia juvenil y “disfunciones” en la aplicación de la redacción anterior de la LORPM.

3.2.1.- Ley Orgánica 7/2000.

En lo que BUENO ARÚS¹¹⁰ califica de reforma “represora y retribucionista” se introducen, entre otras, las siguientes modificaciones:

Se introduce en el catálogo de medidas del apartado primero del artículo 7 la letra n) (ahora ñ) que prevé la aplicación de la medida de inhabilitación absoluta.

Se modifica la regla 5ª del artículo 9, de lo que resulta la obligación del Juez de Menores de imponer internamiento cerrado por tiempo de uno a cinco años complementado sucesivamente por otra medida de libertad vigilada con asistencia educativa hasta un máximo de otros cinco años en los supuestos en ella previstos (remite a la regla 4ª) para los mayores de dieciséis años. La medida no podrá verse modificada, dejada sin efecto o sustituida hasta transcurrido el primer año de cumplimiento efectivo.

Se introduce la disposición adicional cuarta en la que, en supuestos de homicidio, asesinato, agresiones sexuales, delitos de terrorismo (138,139,179,180, y 571 a 580 Código penal) y en

¹⁰⁷ “Crimen de la catana” (01/04/2000), “crimen de San Fernando” (25/01/2000), el caso de Sandra Palo (16/05/2003). Son muchos los autores, de entre todos los consultados, los que relacionan directamente estos acontecimientos, junto con el tratamiento dado a los mismos por los medios de comunicación y su efecto en la opinión pública, con las reformas efectuadas en la LO 5/2000. Por todos MONTERO HERNANZ, T., en *“La política criminal juvenil en España y el síndrome de Cristóbal Colón”*, Diario La Ley, Nº 6919, Sección Tribuna, Año XXIX, Ref. D-106, Ed. La Ley, Madrid, 2008, pp. 2-3.

¹⁰⁸ FIERRO GÓMEZ, A. en *“La Ley del Menor: Crónica de una reforma anunciada”*, Diario La Ley, Nº 6492, Sección Doctrina, Ref. D-131, Ed. La Ley, Madrid, 2006, pp. 2-3

¹⁰⁹ FIERRO GÓMEZ, A. en *“La Ley del Menor: Crónica de una reforma anunciada”*, ob.cit., p.3

¹¹⁰ BUENO ARÚS, F., en *“Introducción al Derecho correccional de menores...”* ob. cit., p128.

aquellos otros sancionados en el Código Penal con pena de prisión igual o superior a quince años, exige el internamiento cerrado, de uno a cuatro años para los menores de dieciséis años y de uno a ocho para mayores de esa edad, seguidos de periodos de libertad vigilada de hasta tres y cinco años respectivamente, excluyéndose en tales casos la aplicación de la LORPM a los jóvenes mayores de dieciocho y menores de veintiuno. El internamiento podrá alcanzar los cinco años para los menores de dieciséis años y los diez para los mayores de esa edad, en supuestos de concurso, cuando uno de los delitos sea de terrorismo y esté calificado como grave y sancionado con pena de prisión igual o superior a quince años. Quedan asimismo seriamente mermadas las posibilidades de modificación, suspensión o sustitución de la medida impuesta, al establecerse que no podrán llevarse a cabo hasta que haya transcurrido la mitad de la duración de la medida impuesta.

3.2.2.- Ley Orgánica 9/2000.

Se suspende la aplicación de la LORPM a los mayores de dieciocho años y menores de veintiuno por un plazo de dos años a partir de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2000, esto es, hasta el 13 de enero de 2003.

3.2.3.- Ley Orgánica 9/2002.

Se retrasa la aplicación de la Ley Orgánica 5/2000 a los mayores de dieciocho años y menores de veintiuno hasta el 1 de enero de 2007.

3.2.4.- Ley Orgánica 15/2003.

De nuevo se produce una modificación de la Ley Orgánica 5/2000, esta vez para introducir la figura del acusador particular y para añadir una disposición adicional sexta a la misma, calificada por BUENO ARÚS¹¹¹ de “precepto obsceno”, que por la importancia que encierra merece la pena reproducirla íntegramente:

«Evaluada la aplicación de esta ley orgánica, oídos el Consejo General del Poder Judicial, el Ministerio Fiscal, las comunidades autónomas y los grupos parlamentarios, el Gobierno procederá a impulsar las medidas orientadas a sancionar con más firmeza y eficacia los

¹¹¹ BUENO ARÚS, F., en *“Introducción al Derecho correccional de menores...”* ob. cit. p.130.

hechos delictivos cometidos por personas que, aun siendo menores, revistan especial gravedad, tales como los previstos en los artículos 138, 139, 179 y 180 del Código Penal. A tal fin, se establecerá la posibilidad de prolongar el tiempo de internamiento, su cumplimiento en centros en los que se refuercen las medidas de seguridad impuestas y la posibilidad de su cumplimiento a partir de la mayoría de edad en centros penitenciarios.»

Curiosa forma de evaluar, dice JIMÉNEZ SEGADO¹¹², la que anticipa el resultado.

3.2.5.- Ley Orgánica 8/2006.

Y con un antecedente como el descrito, lo que era de esperar terminó haciéndose realidad, un giro hacia la prevención general y la retribución. Al menos, esta vez si que se trataron de motivar las reformas realizadas, si bien, no quedaba nada clara la particular interpretación de las estadísticas de delitos cometidos por menores desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2000 hecha por el Ejecutivo, falsaría en palabras de VÁZQUEZ GONZÁLEZ¹¹³, ni tampoco los motivos de la exclusión definitiva de los mayores de dieciocho años y menores de veintiuno del ámbito subjetivo de la Ley (económicos según muchos autores¹¹⁴ y, además, por desconfianza del legislador en la propia LORPM según CANO PAÑOS¹¹⁵).

Partiendo de un supuesto aumento de los delitos cometidos por menores¹¹⁶, aunque, en palabras de la Exposición de Motivos, los más violentos no lo habían hecho significativamente, de la preocupación social y el desgaste de la credibilidad de la Ley Orgánica 5/2000 se intenta justificar toda una batería de medidas que no tienden a otra cosa más que a endurecerla. Habida cuenta de la confrontación de intereses que se producía con ello, el legislador trata de justificar, con más o menos fortuna, la compatibilidad del interés superior del menor con la mayor proporcionalidad entre la gravedad del hecho y la respuesta sancionadora, admitiéndose que dicho interés, no debe ser único y excluyente.

¹¹² JIMÉNEZ SEGADO, C., en “¿Puede prescindirse de la tutela penal frente a la delincuencia juvenil? (Sobre la reforma de la ley penal del menor)”, Diario La Ley, Nº 6529, Sección Doctrina, Ref. D-174, Ed. La Ley, Madrid, 2006, p.9.

¹¹³ VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., en “Derecho penal juvenil”, ob. cit. p. 185.

¹¹⁴ Por todos DOLZ LAGO, M.J., en “¿Endurecimiento simbólico de la Ley Penal del Menor?” ob. cit., p.3.

¹¹⁵ CANO PAÑOS, M.A., en “¿Supresión, mantenimiento o reformulación del pensamiento educativo...” ob. cit. p. 26.

¹¹⁶ MONTERO HERNANZ, T. , en “La justicia juvenil en España: comentarios y reflexiones”, Ed. La Ley, Madrid, 2009, pp. 397-402, analiza datos de distintas fuentes, incluido el Ministerio del Interior, que ponen en duda ese aumento esgrimido.

En fin, se amplían los supuestos en los que se puede imponer el internamiento cerrado, ahora, además de en los casos ya previstos, se podrá imponer cuando los hechos se comentan en grupo o el menor se halle integrado en banda, organización o asociación que se dedique a la realización de tales actividades, lo que afirma VÁZQUEZ GONZÁLEZ¹¹⁷ que se corresponde, de un lado, con el desconocimiento del legislador al respecto de que “la delincuencia juvenil es sobre todo un fenómeno de grupo” y, de otro, a una forma de remediar la alarma social generada por la aparición en los medios de comunicación de conocidas bandas latinas.

El internamiento en régimen cerrado de hasta diez años para mayores de dieciséis alcanza ahora a los supuestos de homicidio, asesinato y agresiones sexuales y a los que tengan prevista una pena de prisión igual o superior a quince años en el Código penal o en las leyes penales especiales cuando se trate de supuestos de pluralidad de infracciones, pudiendo llegar en el caso de menores de dieciséis años hasta los ocho. Ambos con sus respectivos periodos de libertad vigilada.

En el supuesto de hechos que habilitan al Juez para la imposición del internamiento cerrado (Art. 9.2) dicha medida podrá alcanzar la duración de tres años para los menores de dieciséis y los seis años para los mayores de esa edad, elevándose los máximos anteriores de dos y cinco años respectivamente. Además, la extrema gravedad del hecho, que podrá consistir en la mera reincidencia, obliga al juez a imponer internamiento cerrado de uno a seis años (anteriormente cinco) para los mayores de dieciséis, no pudiendo acudir a las medidas de modificación o sustitución hasta la mitad del tiempo por el que se hubiere impuesto.

En supuestos de homicidio, asesinato, agresiones sexuales, delitos de terrorismo (138,139,179,180, y 571 a 580 Código penal) y en aquellos otros sancionados en el Código penal o en las leyes penales especiales con pena de prisión igual o superior a quince años se prevé la posibilidad de que el internamiento cerrado obligatorio ya vigente alcance los cinco

¹¹⁷ VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., en “*Derecho penal juvenil*”, ob. cit. p. 185. En el mismo sentido al respecto de la delincuencia juvenil como fenómeno de grupo CARMONA SALGADO, C., en “*Algunas consideraciones críticas sobre las sucesivas reformas de la legislación penal de menores a partir de la LO 5/2000. La nueva Ley 8/2006*”, La Ley Penal, Nº 45, Sección Legislación aplicada a la práctica, Ed. La Ley, Madrid, Enero 2008, p. 6.; HIGUERA GUIMERÁ, J.F., en “*Las repetidas reformas parciales de la Ley Penal del Menor*”, La Ley Penal, Nº 27, Sección Legislación aplicada a la práctica, Ed. La Ley, Madrid, 2006, p. 24.; COLÁS TURÉGANO, A. “*Derecho penal de menores*” ob. cit. pp. 245; CUELLO CONTRERAS, J., “*Reflexiones sobre la capacidad de culpabilidad del menor y su tratamiento educativo*”, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 12-01(2010), p.18, disponible en <http://criminnet.ugr.es/recpc/12/recpc12-01.pdf> (20/03/14).

años para los menores de dieciséis, elevándose en un año respecto a la regulación precedente¹¹⁸.

Cuando el menor al que se le hubiere impuesto una medida de internamiento en régimen cerrado cumpla los dieciocho años de edad se introduce la posibilidad de que pueda terminar la ejecución de la medida en un centro penitenciario, convirtiéndose esta posibilidad en obligación cuando alcanzare los veintiuno, a menos que, excepcionalmente, procediese la sustitución o modificación de la medida.

Estas medidas, junto a otras tantas que no se exponen por lo motivos indicados al inicio del epígrafe y a salvo de la reforma menor efectuada por la Ley Orgánica 8/2012, ajena al objeto de este trabajo, han pasado a configurar, junto a lo que la Ley Orgánica 8/2006 dejó en pie de la originaria LORPM, el régimen vigente de la responsabilidad penal de los menores en España.

4.- LA RESPUESTA DE LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA AL FENÓMENO DE LA DELINCUENCIA JUVENIL.

4.1.- La prevención especial y el interés superior del menor frente a la prevención general y la retribución.

Una de las primeras conclusiones que se han podido extraer de lo que hasta ahora se ha expuesto en este trabajo es que el Derecho penal juvenil vive en una constante tensión entre la generalidad y la especialidad del menor y sus circunstancias, es decir, entre hasta qué punto se está dispuesto a tratar a los menores delincuentes de forma diferenciada respecto a los adultos en detrimento de la especialidad que merece el tratamiento de las singulares características que presenta la adolescencia.

Esta tensión se ha venido poniendo de manifiesto en las diferentes reformas de la LORPM tal y como se ha podido comprobar en el epígrafe anterior, del que se podría concluir igualmente que dicha pugna, que no sabemos aún si ha finalizado porque queda por ver lo que va ocurrir en el futuro con el límite de los catorce años, ha venido siendo ganada por la prevención general y la retribución que, si bien atienden por lo general, en su punto más punitivo, a la

¹¹⁸ FIERRO GÓMEZ, A. en *“La Ley del Menor: Crónica de una reforma anunciada”* ob. cit. p. 11, advierte de la virtualidad relativa de los nuevos máximos llamando la atención sobre que su aplicación es facultativa.

respuesta frente a un grupo delitos minoritarios¹¹⁹, no cabe duda que han salido triunfantes del devenir legislativo, porque nada más lejos de la redacción original de la LORPM que atender a este tipo de consideraciones que, a fin de cuentas, se han hecho un importante hueco en el esquema de nuestro sistema de justicia juvenil.

El resultado de dicha tensión ha sido la conversión del régimen de la LORPM en un triple régimen¹²⁰, el primero, dirigido a dar respuesta a los delitos menos graves y a las faltas, de orientación preventivo especial positiva y educativa, plenamente respetuoso con el interés superior del menor. El segundo de ellos, que atiende junto con el tercero al denominado “núcleo duro” de la delincuencia juvenil, un sub-régimen preparado para dar respuesta a los delitos graves o menos graves si se dan en ellos violencia, intimidación, grave riesgo para la vida o la integridad física de las personas o se han cometido en grupo o al servicio de una banda u organización y al que no resulta ajena, en general, aquella orientación. El último, el previsto para los delitos más graves, el homicidio, asesinato, agresiones sexuales y terrorismo, en el que la prevención especial y el interés superior del menor juegan un papel residual a la hora de la individualización de la medida en favor de la prevención general y de la retribución.

A continuación se va a exponer el alcance de cada uno de ellos en lo que concierne a las medidas, debiendo tenerse presente que, desde un punto de vista práctico, el carácter minoritario de los delitos a los que atienden, convierten también en menos frecuente el recurso a los dos regímenes más agravados, y en especial al tercero de ellos, lo que siguiendo a BERNUZ BENEITEZ y a FERNÁNDEZ MOLINA permite afirmar, si bien a modo de consuelo, “que los fines últimos de la justicia juvenil española son principalmente educativos

¹¹⁹ Los delitos para los cuales la LORPM prevé las respuestas más punitivas, esto es, homicidio, asesinato, agresiones sexuales y delitos de terrorismo, supusieron durante el año 2012 un 0,60 % del total de los cometidos por menores a los que se les impuso alguna medida. Fuente: Instituto Nacional de Estadística, información disponible en <http://www.ine.es/jaxi/menu.do?type=pcaxis&file=pcaxis&path=%2Ft18%2Fp467%2F%2Fa2012>, consultado 26/04/14.

¹²⁰ A pesar de que CANO PAÑOS, M.A., en “¿Supresión, mantenimiento o reformulación del pensamiento educativo...” ob. cit. pp.32-35, parte de la idea de la dualidad de regímenes y VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., en “Derecho penal juvenil”, ob. cit. p.184, habla de un “Derecho penal juvenil de doble vía” en este trabajo se mantiene la idea del triple régimen porque las disposiciones de la LORPM permiten que la generalmente admitida dualidad se pueda tratar como triplicidad. Así, en el mismo sentido, HIGUERA GUIMERÁ, J.F., en “Las repetidas reformas parciales de la Ley Penal del Menor”, ob.cit., pp. 14-18, habla de un régimen general o normal, un régimen jurídico agravado y un régimen jurídico superagravado.

y de reinserción del menor, sobre todo, porque la delincuencia juvenil, con carácter mayoritario, no es de carácter grave”¹²¹.

Dispone el apartado tercero del artículo 7 de la LORPM, consagrando el principio de flexibilidad¹²², que para la elección de la medida o medidas adecuadas se deberá atender de modo flexible, no sólo a la prueba y valoración jurídica de los hechos, sino especialmente a la edad, las circunstancias familiares y sociales, la personalidad y el interés del menor.

Por su parte, la exposición de motivos de la Ley Orgánica 8/2006 de reforma de la LORPM, expuso que el interés superior del menor, que va a seguir primando en la Ley, es perfectamente compatible con el objetivo de pretender una mayor proporcionalidad entre la respuesta sancionadora y la gravedad del hecho cometido, pues el sistema sigue dejando en manos del juez, en último caso, la valoración y ponderación de ambos principios de modo flexible y en favor de la óptima individualización de la respuesta. Estimando que, de otro modo, nos llevaría a entender de un modo trivial que el interés superior del menor es no sólo superior, sino único y excluyente frente a otros bienes constitucionales a cuyo aseguramiento obedece toda norma punitiva o correccional.

Del juego entre los dos párrafos precedentes, en relación con los artículos 9 y 10 de la LORPM sobre reglas especiales de aplicación y duración de las medidas, el apartado segundo del artículo 11 sobre pluralidad de infracciones y en el uso que pueda hacer el Juez de Menores de las facultades del artículo 13 sobre modificación de la medida impuesta, del 40 sobre la suspensión de la ejecución del fallo, y del artículo 51 sobre sustitución de las medidas, van a surgir cada uno de los tres “regímenes” a los que se ha hecho referencia y que van a responder, en definitiva, al margen que la ley deje para que sea el interés superior del menor y sus circunstancias el criterio principal en orden a determinar la medida inicialmente impuesta. Pero no sólo debe atenderse a la medida que resulte de la sentencia puesto que si el adolescente, con el tiempo, responde positivamente al programa individualizado de ejecución de la medida, la flexibilidad con la que se permita atender a esa evolución mediante aquellas facultades del Juez de Menores también va a ser una característica definitoria de cada uno de esos regímenes.

¹²¹ BERNUZ BENEITEZ, M.^a J., FERNÁNDEZ MOLINA, E., en *“La gestión de la delincuencia juvenil como riesgo...”*, ob. cit. p.17.

¹²² CRUZ MÁRQUEZ, B., *“Presupuestos de la responsabilidad penal del menor...”*, ob. cit. p. 250.

En el primer régimen, que podemos denominar general, cuya extensión se ha visto reducida por las reformas de la LORPM, la prevención especial positiva, el interés superior del menor y sus circunstancias van a jugar un papel fundamental a la hora de individualizar la medida concreta, características que atienden, en palabras de CANO PAÑOS, a “un modelo pedagógico, educativo y resocializador”¹²³. En él las facultades del Juez de Menores son amplísimas, cuando no infinitas, tanto para elegir la medida a imponer como para proceder a suspender su ejecución, para dejarla sin efecto, reducir su duración o sustituirla por otra. Las previsiones del artículo 7.3 antes transcrito y las aludidas facultades del Juez tienen en él su máxima expresión. Este es el régimen plenamente coherente con las declaraciones de la Exposición de Motivos de la original LORPM y que puede explicarse atendiendo a éste precepto y al contenido del artículo 9 que se detalla a continuación:

“Artículo 9 Régimen general de aplicación y duración de las medidas

No obstante lo establecido en los apartados 3 y 4 del artículo 7, la aplicación de las medidas se atenderá a las siguientes reglas:

1. Cuando los hechos cometidos sean calificados de falta, sólo se podrán imponer las medidas de libertad vigilada hasta un máximo de seis meses, amonestación, permanencia de fin de semana hasta un máximo de cuatro fines de semana, prestaciones en beneficio de la comunidad hasta cincuenta horas, privación del permiso de conducir o de otras licencias administrativas hasta un año, la prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez hasta seis meses, y la realización de tareas socio-educativas hasta seis meses.
2. La medida de internamiento en régimen cerrado sólo podrá ser aplicable cuando:
 - a) Los hechos estén tipificados como delito grave por el Código Penal o las leyes penales especiales.
 - b) Tratándose de hechos tipificados como delito menos grave, en su ejecución se haya empleado violencia o intimidación en las personas o se haya generado grave riesgo para la vida o la integridad física de las mismas.
 - c) Los hechos tipificados como delito se cometan en grupo o el menor pertenezca o actúe al servicio de una banda, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedique a la realización de tales actividades.
3. La duración de las medidas no podrá exceder de dos años, computándose, en su caso, a estos efectos el tiempo ya cumplido por el menor en medida cautelar, conforme a lo dispuesto en el artículo 28.5 de la presente Ley. La medida de prestaciones en beneficio de la comunidad no podrá superar las cien horas. La medida de permanencia de fin de semana no podrá superar los ocho fines de semana.
4. Las acciones u omisiones imprudentes no podrán ser sancionadas con medidas de internamiento en régimen cerrado.
5. Cuando en la postulación del Ministerio Fiscal o en la resolución dictada en el procedimiento se aprecien algunas de las circunstancias a las que se refiere el artículo 5.2 de esta Ley, sólo podrán aplicarse las medidas terapéuticas descritas en el artículo 7.1, letras d) y e) de la misma.”

¹²³CANO PAÑOS, M.A., en “¿Supresión, mantenimiento o reformulación del pensamiento educativo...” ob. cit. p. 34.

En el régimen intermedio, que da entrada a lo que CANO PAÑOS denomina un “modelo represivo de la seguridad”¹²⁴, es posible el alargamiento de la duración de las medidas de internamiento por encima de los dos años, régimen que se caracteriza por que en él, a la vista de la gravedad de los hechos cometidos (*vid.* Art. 9.2), se puede imponer la medida de corte más sancionador de todas, el internamiento cerrado, dándose entrada con ello a la mayor proporcionalidad entre la respuesta sancionadora y la gravedad del hecho cometido a la que se alude en la Exposición de Motivos Ley Orgánica 8/2006. Pero esta medida no es obra de dicha ley, si no que es una medida ya prevista por la Ley Orgánica sobre reforma de la ley reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores de 1992 (Art. 17), si bien, los supuestos en los que cabía la posibilidad de imponerla de conformidad con la redacción original de la LORPM se han visto ampliados por obra de la reforma de 2006. A continuación se expone la regla 2ª artículo 9 de dicha redacción en la que, puesta en relación con el actual apartado 2 del artículo 9, se evidencia dicha ampliación.

“2.ª La medida de internamiento en régimen cerrado sólo podrá ser aplicable cuando en la descripción y calificación jurídica de los hechos se establezca que en su comisión se ha empleado violencia o intimidación en las personas o actuado con grave riesgo para la vida o la integridad física de las mismas.”

A pesar de que en este régimen intermedio sigue en pie la virtualidad del apartado 3 del artículo 7, el sistema empieza a mostrar su cara más preventivo-general, de un lado, por introducir la posibilidad de imponer el internamiento cerrado, de otro, por ampliar el límite máximo de duración de las medidas en los términos que siguen:

“Artículo 10 Reglas especiales de aplicación y duración de las medidas

1. Cuando se trate de los hechos previstos en el apartado 2 del artículo anterior, el Juez, oído el Ministerio Fiscal, las partes personadas y el equipo técnico, actuará conforme a las reglas siguientes:

a) si al tiempo de cometer los hechos el menor tuviere catorce o quince años de edad, la medida podrá alcanzar tres años de duración. Si se trata de prestaciones en beneficio de la comunidad, dicho máximo será de ciento cincuenta horas, y de doce fines de semana si la medida impuesta fuere la de permanencia de fin de semana.

b) si al tiempo de cometer los hechos el menor tuviere dieciséis o diecisiete años de edad, la duración máxima de la medida será de seis años; o, en sus respectivos casos, de doscientas horas de prestaciones en beneficio de la comunidad o permanencia de dieciséis fines de semana.

[...]

¹²⁴ CANO PAÑOS, M.A., en “¿Supresión, mantenimiento o reformulación del pensamiento educativo...” ob. cit. p. 34.

Pero esa virtualidad va a quebrar en favor de la mayor proporcionalidad entre la sanción impuesta y la gravedad del hecho cuando la ponderación que debe hacer el Juez entre este criterio y el interés superior del menor se va a ver seriamente condicionada por imperativo legal hasta el punto de que ya no es soberano para elegir la extensión de la medida, ni mucho menos la medida en sí, pues si se trata de un supuesto que revista extrema gravedad, entre los que la ley obliga a incluir la reincidencia, el Juez deberá imponer internamiento cerrado de un año de duración como mínimo y además no va a poder disponer de las facultades de modificación y sustitución hasta que haya transcurrido el primer año de efectivo cumplimiento de la medida impuesta, lo que confronta con la condición de última ratio que según la CDN debe revestir “el encarcelamiento o la prisión de un niño”¹²⁵. Así, continúa el apartado 1 del artículo 10 del siguiente modo:

“[...]”

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

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

[...]”

El último lugar en esta triple división viene a ocuparlo el régimen previsto para los delitos de homicidio, asesinato, agresiones sexuales, terrorismo o cualquier otro que tenga prevista, en el Código penal o en las leyes penales especiales, una pena de prisión igual o superior a quince años. En él, la elección de la medida más adecuada a las circunstancias del menor es imposible, la LORPM determina que es el internamiento cerrado la única que puede imponerse y, además, con una duración mínima de año, pudiendo llegar hasta los ocho y cinco de libertad vigilada en los mayores de dieciséis años y hasta los cinco de internamiento y tres de libertad vigilada en los menores de esa edad. Asimismo, las facultades del Juez de Menores para la modificación, sustitución y ahora, también para la suspensión, se ven aún más limitadas, no siendo posible acudir a ellas hasta transcurrida la mitad de la medida impuesta.

¹²⁵ Art. 37 b) CDN 1989.

Pero esto no es todo, de un lado, porque a los menores inmersos en delitos de terrorismo se les va a imponer además, de forma obligatoria, una medida de inhabilitación absoluta por un tiempo superior entre cuatro y quince años al de la duración de la medida de internamiento impuesta, de otro, porque el apartado 2 del artículo 11 de la LORPM viene a introducir la posibilidad de agravar aún más la medida de internamiento en supuestos de pluralidad de infracciones, pudiendo llegar, cuando uno de los delitos cometidos sea alguno de los antes expuestos, hasta los diez años para los que hayan alcanzado la edad de dieciséis y seis para los menores de esa edad. Asimismo, debe plantearse la problemática de la mayoría de edad del condenado, problema que este sub-régimen comparte con el anterior, y es que cuando el menor al que se le haya impuesto una medida de internamiento cerrado alcance los dieciocho años, se abre la puerta a que pueda continuar el cumplimiento de la medida en un centro penitenciario bajo el régimen de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, lo que no puede atender a otro criterio más que al retributivo y al negativo, tanto de la prevención general como de la prevención especial. A continuación se pueden ver las disposiciones de la LORPM que amparan la existencia de este régimen de agravación especial.

“Artículo 10 Reglas especiales de aplicación y duración de las medidas

[...]

2. Cuando el hecho sea constitutivo de alguno de los delitos tipificados en los artículos 138, 139, 179, 180 y 571 a 580 del Código Penal, o de cualquier otro delito que tenga señalada en dicho Código o en las leyes penales especiales pena de prisión igual o superior a quince años, el Juez deberá imponer las medidas siguientes:

a) si al tiempo de cometer los hechos el menor tuviere catorce o quince años de edad, una medida de internamiento en régimen cerrado de uno a cinco años de duración, complementada en su caso por otra medida de libertad vigilada de hasta tres años.

b) si al tiempo de cometer los hechos el menor tuviere dieciséis o diecisiete años de edad, una medida de internamiento en régimen cerrado de uno a ocho años de duración, complementada en su caso por otra de libertad vigilada con asistencia educativa de hasta cinco años. En este supuesto sólo podrá hacerse uso de las facultades de modificación, suspensión o sustitución de la medida impuesta a las que se refieren los artículos 13, 40 y 51.1 de esta Ley Orgánica, cuando haya transcurrido al menos, la mitad de la duración de la medida de internamiento impuesta.

3. En el caso de que el delito cometido sea alguno de los comprendidos en los artículos 571 a 580 del Código Penal, el Juez, sin perjuicio de las demás medidas que correspondan con arreglo a esta Ley, también impondrá al menor una medida de inhabilitación absoluta por un tiempo superior entre cuatro y quince años al de la duración de la medida de internamiento en régimen cerrado impuesta, atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito, el número de los cometidos y a las circunstancias que concurran en el menor.

[...]”

Artículo 11 Pluralidad de infracciones

[...]

2. Cuando alguno o algunos de los hechos a los que se refiere el apartado anterior fueren de los mencionados en el artículo 10.2 de esta Ley, la medida de internamiento en régimen cerrado podrá alcanzar una duración máxima de diez años para los mayores de dieciséis años y de seis años para los menores de esa edad, sin perjuicio de la medida de libertad vigilada que, de forma complementaria, corresponda imponer con arreglo a dicho artículo.

[...]"

“Artículo 14 Mayoría de edad del condenado

[...]

2. Cuando se trate de la medida de internamiento en régimen cerrado y el menor alcance la edad de dieciocho años sin haber finalizado su cumplimiento, el Juez de Menores, oído el Ministerio Fiscal, el letrado del menor, el equipo técnico y la entidad pública de protección o reforma de menores, podrá ordenar en auto motivado que su cumplimiento se lleve a cabo en un centro penitenciario conforme al régimen general previsto en la Ley Orgánica General Penitenciaria si la conducta de la persona internada no responde a los objetivos propuestos en la sentencia.

3. No obstante lo señalado en los apartados anteriores, cuando las medidas de internamiento en régimen cerrado sean impuestas a quien haya cumplido veintiún años de edad o, habiendo sido impuestas con anterioridad, no hayan finalizado su cumplimiento al alcanzar la persona dicha edad, el Juez de Menores, oídos el Ministerio Fiscal, el letrado del menor, el equipo técnico y la entidad pública de protección o reforma de menores, ordenará su cumplimiento en centro penitenciario conforme al régimen general previsto en la Ley Orgánica General Penitenciaria salvo que, excepcionalmente, entienda en consideración a las circunstancias concurrentes que procede la utilización de las medidas previstas en los artículos 13 y 51 de la presente Ley o su permanencia en el centro en cumplimiento de tal medida cuando el menor responda a los objetivos propuestos en la sentencia.

[...]"

En este régimen, la prevención especial positiva, el interés superior del menor y sus circunstancias quedan relegados a un segundo plano, siendo algunas de las disposiciones que lo sustentan verdaderas declaraciones de prevención general, tendentes a la intimidación de los destinatarios de la norma. Pero si hay a un factor al que la ley quiere atender con estas previsiones es a la opinión pública, a la alarma social, a la preocupación social, a la sensación de impunidad de la que habla la Ley Orgánica 8/2006 en su exposición de motivos, esto es, a la vertiente positiva de la prevención general¹²⁶, a “devolver la confianza en la norma a una sociedad hipocondríaca con el «grave aumento de la delincuencia juvenil»”¹²⁷.

En todo caso debe mantenerse la idea de que los regímenes agravados, si bien se caracterizan porque en ellos “juegan un papel preponderante la idea del aseguramiento y la

¹²⁶ En parecido sentido HIGUERA GUIMERÁ, J.F., en *“Las repetidas reformas parciales de la Ley Penal del Menor”*, La Ley Penal, Nº 27, Sección Legislación aplicada a la práctica, Ed. La Ley, Madrid, 2006, p. 24.

¹²⁷ CÁMARA ARROYO, S., *“Sistema penitenciario e internamiento de menores”*, ob.cit. p. 536.

inocuidad”¹²⁸, lo que plantean es un “modelo de mínimos”, es decir, en aquellos supuestos en los que se introduce una duración mínima de la medida de internamiento cerrado, no se obliga de ningún modo al juez a imponer una duración determinada por encima de ese año de pura inocuidad, lo que deja margen para afirmar que, si bien inicialmente sufre una especie de “pausa de virtualidad” en estos supuestos, el contenido del artículo 7.3 sigue estando vigente en ellos y no puede negarse que va a operar en orden a concretar la duración de la medida más allá del año preceptivo.

4.2.- Naturaleza jurídica de las medidas previstas en la LORPM.

Plenamente respetuoso con las disposiciones del apartado cuarto del artículo 40 de la CDN¹²⁹, el catálogo de medidas previsto en la LORPM es amplísimo y heterogéneo, un total de quince se relacionan en el apartado primero de su artículo 7. Ante tal cantidad de medidas y las notables diferencias que existen entre las mismas, el intento de definir su naturaleza jurídica pasa por clasificarlas previamente.

La LORPM no lleva a cabo una clasificación de las medidas y se limita a ordenarlas en función de la restricción de derechos que suponen, llamando la atención que la inhabilitación absoluta sea considerada menos restrictiva que la simple amonestación¹³⁰. En atención a ello se hace necesario acudir a la doctrina para pulsar el estado de la cuestión.

SERRANO TÁRRAGA¹³¹ las agrupa en privativas de libertad, no privativas de libertad y terapéuticas, incluyendo en este último grupo al internamiento de dicha naturaleza. Por su parte, COLÁS TURÉGANO¹³² las clasifica, en función de la afectación de derechos que

¹²⁸ CANO PAÑOS, M.A., en “¿Supresión, mantenimiento o reformulación del pensamiento educativo...” ob. cit. p. 24.

¹²⁹ Art. 40.4 CDN: “Se dispondrá de diversas medidas, tales como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción”.

¹³⁰ En el mismo sentido CERVELLÓ DONDERIS, V., en “La medida de internamiento en el Derecho Penal del menor”, ob. cit. pp. 36-37; PÉREZ FERRER, F., en “La nueva regulación de las medidas en la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, que modifica la Ley reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores”, Diario La Ley, Nº 7216, Sección Doctrina, Año XXX, Ref. D-251, Ed. La Ley, Madrid, 2009, p.15 ; ABEL SOUTO, M., “Las medidas del nuevo Derecho penal juvenil (Consideraciones entorno al artículo 7 de la Ley penal del menor)”, Actualidad Penal, Nº 6, Sección Doctrina, Ref. VI, pág. 105, tomo 1, Ed. La Ley, Madrid, 2002, pp. 2-3.

¹³¹ SERRANO TÁRRAGA, Mª D., en “Derecho penal juvenil”, ob. cit. pp. 445-467.

¹³² COLÁS TURÉGANO, A. “Derecho penal de menores” ob. cit. pp. 222-241.

suponen y de su finalidad, en privativas de libertad, restrictivas de libertad, privativas de otros derechos, terapéuticas y educativas, incluyendo igualmente al internamiento terapéutico en grupo diferenciado de las privativas de libertad. MARTÍNEZ PARDO¹³³, VENTAS SASTRE¹³⁴ y ABEL SOUTO¹³⁵, de una forma más simplificada y general, las agrupan en privativas de libertad y no privativas de libertad. Como última referencia, CERVELLÓ DONDERIS¹³⁶ las clasifica, de un lado, en función del bien jurídico afectado por la medida, de otro, en función de su finalidad. Así, en la primera clasificación se encuadrarían las privativas de libertad, las restrictivas de libertad y las privativas de derechos y en la segunda las terapéuticas y las educativas.

En orden a evitar ambigüedades terminológicas, en este trabajo se entiende que la clasificación en privativas y no privativas de libertad, dada su simplicidad, es la que menos problemas suscita. Así, serían privativas de libertad todos los internamientos, incluido el terapéutico¹³⁷ y la permanencia de fin de semana¹³⁸. Serían no privativas de libertad las restantes.

En tanto las medidas que la LORPM son la consecuencia a través de la cual se exige la responsabilidad penal a los menores, a la hora de definir la naturaleza jurídica de las mismas, puede ser bastante clarificador partir de su comparación con las penas y medidas de seguridad que el Código penal prevé para los mayores de edad. ¿Son las medidas de la LORPM penas?, ¿son medidas de seguridad? o, en atención a las particularidad del objeto de regulación, ¿son medidas “sui generis”? Parece adecuado partir entonces del concepto de penas y medidas de seguridad para iniciar el planteamiento de la cuestión.

En una aproximación bastante general, se pueden definir ambas, penas y medidas de seguridad, como las consecuencias jurídicas del delito, aunque no son las únicas¹³⁹, definición genérica en la que sin especiales problemas podría darse cabida a las medidas de la LORPM, las cuales son impuestas como consecuencia jurídica por la comisión de hechos

¹³³ MARTÍNEZ PARDO, V.J., “*Le ejecución de las medidas en el proceso de menores*”, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 117-205.

¹³⁴ VENTAS SASTRE, R., “*La minoría de edad penal*”, ob. cit. pp.512-519.

¹³⁵ ABEL SOUTO, M., en “*Las medidas del nuevo Derecho penal juvenil...*”, ob. cit. p.3.

¹³⁶ CERVELLÓ DONDERIS, V., “*La medida de internamiento en el Derecho Penal del menor*”, ob. cit. p. 36.

¹³⁷ Apartado 16 Exposición de Motivos y Art. 8.2 LORPM.

¹³⁸ ABEL SOUTO, M., en “*Las medidas del nuevo Derecho penal juvenil...*”, ob. cit. p.3.

¹³⁹ No deben olvidarse las consecuencias accesorias de los artículos 127 y ss. del CP y la responsabilidad civil derivada del delito.

tipificados como delitos o faltas en el Código penal o en las leyes penales especiales. En lo que respecta a su fundamento subjetivo, las penas encuentran el mismo en la culpabilidad del autor del delito mientras que las medidas de seguridad lo tienen en la peligrosidad de éste. Por su parte, si a lo que se atiende es a su finalidad, la retribución y la prevención, general y especial, sirven de soporte a la pena, mientras que es la prevención especial la base principal de la medida de seguridad¹⁴⁰.

Ya en el ámbito del Derecho penal de menores las definiciones de la naturaleza jurídica de las medidas de la LORPM, en adelante “medidas”, discurren entre quienes las asemejan o identifican con las penas¹⁴¹ y quienes las califican como medidas sui generis¹⁴², con naturaleza jurídica propia diferenciada de aquéllas y de las medidas de seguridad. Así, entre otros autores, la profesora SERRANO TÁRRAGA¹⁴³ afirma la naturaleza jurídica propia de las medidas. Para CERVELLÓ DONDERIS¹⁴⁴ son de naturaleza mixta y CÁMARA ARROYO asevera que “las medidas de internamiento en régimen cerrado, semiabierto y abierto, corresponderían a la categoría de penas juveniles; el internamiento terapéutico y, de forma más clara, el tratamiento ambulatorio entrarían dentro de las medidas de seguridad; y el resto de medidas estarían repartidas entre los conceptos de medidas complementarias restrictivas de derechos y educativas”¹⁴⁵.

En general, no hay especiales problemas en afirmar la naturaleza específica o sui generis, diferenciada de penas y medidas de seguridad, de las medidas no privativas de libertad, de marcado carácter educativo en consonancia con los principios que informan la LORPM y que, en palabras de CÁMARA ARROYO, por este mismo motivo, algunas de ellas no resultan comparables con penas y medidas de seguridad¹⁴⁶. Pero la cuestión, al margen de la inhabilitación absoluta que bien puede considerarse una pena¹⁴⁷ con el mismo contenido que la prevista para los adultos¹⁴⁸, comienza a complicarse cuando se hace referencia exclusiva a las que privan de libertad al menor.

¹⁴⁰ LACRUZ LÓPEZ, J.M. en “Curso de Derecho penal Parte General”, ob.cit. pp. 27-30.

¹⁴¹ V.gr. MACHADO RUIZ, M^a. D. en “Minoría de edad y responsabilidad penal”, ob. cit., p.20.

¹⁴² Vid. con cierta amplitud, en lo que respecta al internamiento cerrado, en MORA SÁNCHEZ, A. M^a., “La medida de internamiento en régimen cerrado...”, ob. cit. pp. 199-213

¹⁴³ SERRANO TÁRRAGA, M^a D., en “Derecho penal juvenil”, ob. cit. p 439-440.

¹⁴⁴ CERVELLÓ DONDERIS, V., “La medida de internamiento en el Derecho Penal del menor”, ob. cit. pp.17-20.

¹⁴⁵ CÁMARA ARROYO, S., “Sistema penitenciario e internamiento de menores”, ob. cit., p. 541.

¹⁴⁶ CÁMARA ARROYO, S., “Sistema penitenciario e internamiento de menores”, ob. cit. p. 541.

¹⁴⁷ VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., en “Derecho penal juvenil”, ob. cit. p.181.

¹⁴⁸ COLÁS TURÉGANO, A. “Derecho penal de menores” ob. cit. pp. 233.

Aunque, como ya se ha puesto de manifiesto, penas, medidas de seguridad y medidas parten de la realización de un ilícito penal y son la consecuencia jurídica resultante de ello, las finalidades a las que atienden y sus fundamentos, aunque comunes en algunos casos, tienen diferente peso, y es en esa dirección en la que deben buscarse sus diferencias.

El problema se plantea cuando las “distorsiones” introducidas por algunas de las reglas de aplicación de las medidas, o por la propia configuración de éstas, el fundamento principal de las mismas y su finalidad empieza a ponerse en tela de juicio por aproximarse, en algunos aspectos, a las penas y medidas de seguridad.

Esas distorsiones, que afectan fundamentalmente al internamiento cerrado, son aquellas limitaciones que el legislador ha venido a introducir con ocasión de algunas de las reformas de la LORPM, en especial a través de la Ley Orgánica 7/2000 y la Ley Orgánica 8/2006, que van a suponer una desnaturalización del proceso de elección de la medida en todo aquello en lo que dicha elección deba relegar a un segundo plano el atender de manera flexible al interés superior del menor y a sus circunstancias en favor de la mayor proporcionalidad entre la gravedad del hecho y la sanción. En efecto, la imposición obligada del internamiento cerrado, los periodos de seguridad establecidos y los límites superiores del marco sancionador previstos para algunos supuestos revelan que una sanción configurada para producir efectos preventivos especiales positivos pueda terminar por convertirse en un híbrido, a medio camino entre la medida y la pena, al verse condicionada su elección y desarrollo por consideraciones preventivo-generales y retributivas más características de las penas. En todo caso, este efecto no es obligado ni va a ser inevitable pues, en último término, atendidas las exigencias del principio acusatorio, va a ser el Juez de Menores quien, dentro del margen de maniobra que la LORPM le deja, determine, atendiendo especialmente a las circunstancias del menor y a su interés, hacia dónde va a orientarse la medida, circunstancia esta que sólo permite afirmar que, en determinados supuestos, la imposición de la medida de internamiento va a verse contaminada por criterios preventivo-generales y retributivos que van a acercarla a la pena en este sentido, criterios estos que no puede afirmarse que se hallen ausentes por completo en la medida en sí.

En lo que respecta al internamiento terapéutico, la concurrencia o no de capacidad de culpabilidad va a generar una diferenciación que a la postre determinará que esta medida sancionadora educativa de finalidad terapéutica pueda aproximarse en determinadas

circunstancias a una pena o a una medida de seguridad.

Dispone la Exposición de Motivos de la LORPM que la medida de internamiento terapéutico se prevé para aquellos casos en los que los menores, bien por razón de su adicción al alcohol o a otras drogas, bien por disfunciones significativas en su psiquismo, precisan de un contexto estructurado en el que poder realizar una programación terapéutica, pronunciándose en términos similares el artículo que la ley dedica al mismo (7.1 d). Puesto ello en relación con las bases de la responsabilidad de los menores (Art. 5.2) y con las reglas generales de aplicación de las medidas (Art. 9.5) , nos encontramos con que se va a imponer, en caso necesario, a menores inmersos en una causa de inimputabilidad del Código penal, luego, si las medidas de internamiento en general, responden a una mayor peligrosidad del sujeto, el círculo de la caracterización del internamiento terapéutico como medida de seguridad parece cerrarse.

Esta es la postura esta mantenida por la Fiscalía General del Estado en su circular 3/2013 sobre criterios de aplicación de las medidas de internamiento terapéutico en el sistema de Justicia Juvenil. Por tanto, si nos atenemos a ella, se puede afirmar que la naturaleza del internamiento terapéutico va a variar en función de la capacidad de culpabilidad del sujeto al que le haya sido impuesta.

Si estamos ante un sujeto inimputable desde el punto de vista de las eximentes de los números 1, 2, y 3 del artículo 20 del Código Penal, estaremos hablando de una medida de seguridad, mientras que si se trata de un sujeto imputable o semiimputable para el que “se consideren apropiados los contenidos terapéuticos en razón de anomalías, enfermedades o adicciones, aunque las mismas no hubieran afectado a su imputabilidad”, y respecto a quienes la LORPM no veda la posibilidad de que les sea impuesta esta medida, estaremos ante una medida sancionadora educativa, postura esta refrendada por la citada circular y a la que le resultará de aplicación, mutatis mutandis, lo razonado al respecto del internamiento en régimen cerrado.

A pesar de que este sea el criterio de la Fiscalía General del Estado al respecto es un posición que desde un punto de vista teórico no se comparte por completo en este trabajo ya que al igual que la proporcionalidad entre la gravedad del hecho y la sanción no puede ser el criterio principal para determinar la medida a imponer y el plazo de duración de la misma, lo que les diferencia de las penas, tampoco puede ser en exclusiva la peligrosidad del menor la que

determine, al menos, el plazo de duración del internamiento terapéutico. Por tanto, no se puede hablar de medida seguridad con la claridad que lo hace la Circular 3/2013 pues a lo sumo, estaremos hablando de una contaminación pero no de un cambio de naturaleza. Así, cuando en la fijación del plazo de la medida de internamiento terapéutico a menores técnicamente inimputables, por encima de necesidades de tratamiento íntimamente conectadas con las circunstancias del menor, se preste atención a la peligrosidad del mismo, la medida de internamiento terapéutico comenzará a nutrirse de algunos aspectos de las medidas de seguridad para adultos, lo que no quiere decir que se convierta, sin más, en una medida de seguridad.

5.- CONCLUSIONES

5.1.- Sobre las bases de la responsabilidad de los menores.

En el ordenamiento penal español existen dos niveles o tipos de responsabilidad (que no de imputabilidad). Una general, exigida conforme al Código penal, y otra especial regulada en la LORPM. Ambas se diferencian fundamentalmente en el campo de las consecuencias jurídicas¹⁴⁹ que prevén ante la realización de ilícitos penales, por atender a fundamentos en los que los principios de los que se nutren las respuestas de uno y otro régimen, aunque en algunos supuestos comunes, ocupan posiciones distintas¹⁵⁰.

La base de la responsabilidad de los menores en la LORPM no se sustenta en exclusiva en la imputabilidad de los mismos sino que incluye, además, consideraciones de política criminal que atienden a criterios de necesidad y de utilidad.

La exigencia de responsabilidad penal a los menores de edad incurre en déficits de justificación de la imputabilidad que infringen el principio de culpabilidad por existir la posibilidad de imponer, por motivos preventivos, sanciones penales a sujetos en los que, por falta de madurez, puede no concurrir la capacidad de culpabilidad que exige la imposición de aquéllas.

¹⁴⁹ SERRANO TÁRRAGA, M^a D., en *“Derecho penal juvenil”*, ob. cit. p 439.

¹⁵⁰ SIMONS VALLEJO, R. *“Consideraciones en torno a la naturaleza y fundamento de la responsabilidad penal del menor”*, ob. cit. p.14.

El sistema que ofrece la LORPM para exigir la responsabilidad de los menores parte de la comisión de un hecho calificado como delito o falta en el Código Penal o en las leyes penales especiales por un sujeto mayor de catorce años y menor de dieciocho. Esta responsabilidad penal específica de los menores de edad, exigida a quienes hayan alcanzado los catorce años de edad sin más requisito que no hallarse incurso en algunas de las causa que eximen de la responsabilidad penal de acuerdo con el Código Penal, entraña un déficit de justificación de imputabilidad difícilmente salvable si, queriendo mantener el carácter penal de dicha responsabilidad, no se atiende de forma más precisa a las peculiaridades del proceso de desarrollo en el que se encuentran los adolescentes.

Se asume que son criterios de política criminal los que concretan el límite de edad responsabilidad/irresponsabilidad en los catorce años y, si bien se entiende acertado desde el punto de vista de la imputabilidad establecer dicho límite en tal edad por atender éste de forma aproximada al momento en que puede comenzar a aparecer la capacidad de culpabilidad en las personas, no lo parece obviar toda prueba de la concurrencia de esa capacidad en el sujeto, por ello, aunque se valoren positivamente las diferencias previstas en las reglas de aplicación de las medidas para dos grupos de sujetos bien diferenciados, en palabras de la Exposición de Motivos de la LORPM, por presentar uno y otro grupo diferencias características que requieren, desde un punto de vista científico y jurídico, un tratamiento diferenciado¹⁵¹, se echan en falta algunos otros pronunciamientos sobre la culpabilidad en determinados puntos de la Exposición de Motivos y del articulado de la LORPM. Podría salvarse el mencionado déficit de justificación por alguna de las siguientes vías:

- En primer lugar, la solución más drástica, la que consistiría en operar una profunda reforma en nuestro sistema de justicia juvenil. En ella, debería plantearse si “responsabilidad penal” sigue siendo una expresión adecuada, si puede sustentarse únicamente con la escasa atención que recibe la imputabilidad de los menores en la LORPM y el apoyo que le supone que dicha responsabilidad parta de la comisión de hechos tipificados como delitos o faltas en el Código penal y en las leyes penales especiales. La ventaja de esta opción reside en que cualquier duda de imputabilidad quedaría desterrada y supondría, en cierto modo, aceptar algunos postulados

¹⁵¹ CRUZ MÁRQUEZ, B., “Presupuestos de la responsabilidad penal del menor...” , ob. cit. p. 255. Según esta autora ésta constituye “la única manifestación legal del criterio del grado de madurez en el derecho penal de menores español”.

del modelo correccional, lo que no tiene que interpretarse en clave negativa siempre y cuando no supusiera la renuncia a las garantías de un modelo responsabilizador.

- En segundo lugar, de querer mantener la denominación actual de la Ley y de la responsabilidad que se exige en ella, deberían introducirse algunos ajustes que atiendan de forma efectiva a la culpabilidad de los menores y sobre todo al proceso de desarrollo en el que éstos se encuentran inmersos. En este sentido se identifican los siguientes déficits de justificación de la imputabilidad y, por consiguiente, de la responsabilidad penal de los menores:

1.- La fijación de un rígido límite de edad por encima del cual se presume la imputabilidad del menor *iuris tantum*, con el único límite de la prueba de existencia de causas que eximen de la responsabilidad conforme al Código Penal. Si esa presunción de imputabilidad conduce a la exigencia de responsabilidad de naturaleza penal, desde el punto de vista de las exigencias del principio de culpabilidad, debería verse complementada por una disposición legal que exigiera la comprobación de las capacidades del menor a modo del parágrafo 3 de la *Jugendgerichtsgesetz* alemana¹⁵². Tal comprobación traería consigo una base más sólida de la pretendida responsabilidad penal de los menores y supondría, bien la introducción de una nueva eximente relacionada con la falta de madurez del menor, lo que parece complicado, bien sentar una presunción de inimputabilidad *iuris tantum* de los mayores de catorce años y menores de dieciocho, haciendo que los inimputables quedaran fuera del ámbito de aplicación de la LORPM y sujetos, por ejemplo, al régimen que la propia Ley prevé para los menores de catorce años. ¿Y los menores considerados semiimputables?. Es indudable que si por falta de madurez nos vamos a encontrar con menores inimputables, la progresiva adquisición de aquella cualidad va a originar que puedan existir supuestos de semiimputabilidad en los que la capacidad de culpabilidad no esté totalmente ausente, supuestos en los que la respuesta sancionadora penal no quedaría del todo deslegitimada, si bien deberían arbitrarse medidas alternativas a las ya existentes que se considerasen idóneas para dar respuesta a esta circunstancia.

¹⁵² §3 JGG: “El joven es jurídicopenalmente 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”. Traducción tomada de VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., “*Derecho penal juvenil europeo*”, ob. cit. p.113.; En el mismo sentido y utilizando el mismo ejemplo LACRUZ LÓPEZ, J.M. en “*Curso de Derecho penal Parte General*”, ob.cit. pp.1044. En el mismo sentido CRUZ MÁRQUEZ, B., “*Presupuestos de la responsabilidad penal del menor...*”, ob. cit. p.260

2.- Por otra parte, tampoco parece adecuada la exclusión injustificada de los mayores de dieciocho años y menores de veintiuno del ámbito de la LORPM¹⁵³. No parece adecuada por dos motivos. De un lado, teniendo en cuenta que hablamos de responsabilidad penal, al igual que no puede afirmarse que todos los mayores de catorce años adquieran, sin más, la capacidad de culpabilidad que el Derecho penal exige, tampoco puede afirmarse sin reservas que esto ocurra automáticamente en el salto de los diecisiete a los dieciocho años en lo que respecta a la responsabilidad criminal regulada por el Código Penal. Si bien se entiende que en este salto cronológico las posibilidades de errar en la atribución de la capacidad de culpabilidad a una persona son menores que en el de los trece a los catorce años, dichas posibilidades existen y, por tanto, van a darse situaciones en las que un mayor de dieciocho años presente características cognoscitivas, valorativas y volitivas más propias de los menores de edad. Ello supondrá, y nos adentramos en el segundo de los motivos, quizá el de más peso dada la actual configuración de nuestro Derecho penal de menores, que la intervención penal ordinaria sobre estos sujetos, esto es, conforme al Código penal, puede revelarse escasamente útil, pues precisamente esa falta de madurez va a propiciar una mayor susceptibilidad al tratamiento a través de las medidas sancionadoras educativas de la LORPM que cuentan con la capacidad de adaptarse a las circunstancias del joven para reorientar aquellas disposiciones o deficiencias que han caracterizado su comportamiento antisocial, lo que adquiere especial relevancia si, como preveía la redacción original de la LORPM, se trata de sujetos que habiendo cometido faltas o delitos menos graves sin violencia o intimidación sobre las personas o grave riesgo para la vida o integridad física de éstas, entran en contacto por primera vez con el sistema judicial. Por estos motivos debería dejarse la puerta abierta en la LORPM a que pudieran ser excepcionalmente sometidos a sus disposiciones los hechos cometidos por los mayores de dieciocho años y menores de veintiuno.

En fin, con el panorama actual, cabe afirmar la existencia de dos tipos o niveles de responsabilidad penal en el ordenamiento jurídico español. Una, la general, la exigida por el Código penal para los mayores de dieciocho años. Otra, la especial, la responsabilidad penal exigida a los menores, ambas con los mismos defectos, esto es, presunciones rígidas poco respetuosas con el principio de culpabilidad que no atienden al proceso de desarrollo de los adolescentes de una forma acertada, desencadenando una intervención penal que puede no ser la más útil desde el punto de vista preventivo, tanto general como especial. En la base de

¹⁵³ En el mismo sentido HIGUERA GUIMERÁ, J.F., en *“Las repetidas reformas parciales de la Ley Penal del Menor”*, ob. cit., pp. 13 y 24.

ambas, los mismos elementos, edad, delitos o faltas y no concurrencia de causas que eximan de la responsabilidad penal o la extingan. A la primera de ellas, a la responsabilidad dimanante de las disposiciones del Código penal, lo único que se le puede achacar desde el punto de vista de este trabajo es que presuma la madurez intelectual de las edades más bajas de su ámbito, sin posibilidad de poder derivar los supuestos más claros de sujetos con capacidades cognoscitivas, valorativas y volitivas próximas a los menores de edad a la LORPM. Con ello se impide que puedan ser sometidos a unas respuestas penales, las medidas, de marcado carácter preventivo especial, susceptibles de producir un efecto positivo en unos sujetos en los que la intervención penal ordinaria pudiera resultar inadecuada por poder serles impuestas, cuando su personalidad se haya aún en formación, penas como el ingreso en prisión, en la que los efectos criminógenos que se le asocian¹⁵⁴ pueden suponer la entrada del joven en una espiral de delincuencia que hubiera sido evitable de haberle aplicado alguna de las medidas de la LORPM. Respecto al segundo tipo o nivel de responsabilidad, el que la LORPM exige a los menores sujetos a su ámbito, las críticas desde el punto de vista de la capacidad de culpabilidad se multiplican, pues es evidente que a edades más tempranas será más fácil encontrar sujetos inimputables por falta de madurez, lo que añade un plus de gravedad a la infracción del principio de culpabilidad penal que supone el establecimiento de una presunción de imputabilidad que permite la posibilidad de sancionar a quien carece de capacidad de culpabilidad por aquel motivo. No obstante ello, debe entenderse que en la actualidad, en nuestro sistema de justicia juvenil, la capacidad de culpabilidad no juega un papel lo suficientemente relevante como para determinar la respuesta penal, es más, en la configuración legal de la responsabilidad penal del menor se ha visto que la imputabilidad no parece haber sido tenida en cuenta más que de forma aproximada al establecerse el límite de los catorce años de edad. Es por ello por lo que tales críticas pueden apaciguarse cuando se parte del entendimiento de que en la base de la responsabilidad de los menores, aunque penal, contradicción que lastra el rigor de la LORPM desde el punto de vista dogmático, se insertan otro tipo de consideraciones, de política criminal, ajenas a la capacidad de culpabilidad que no impiden que la Ley atienda a una imputabilidad específica¹⁵⁵ y que tiene su reflejo en la especialidad de las medidas que les pueden ser impuestas.

¹⁵⁴ Vid. en extenso CID MOLINÉ, J., en “¿Es la prisión criminógena? (un análisis comparativo de reincidencia entre la pena de prisión y la suspensión de la pena)”, Revista de Derecho penal y criminología, 2ª época, nº19. UNED, 2007, pp. 427-456.

¹⁵⁵ COLÁS TURÉGANO, A. “Derecho penal de menores” ob. cit. pp. 221.

5.2.- Sobre la orientación y la naturaleza jurídica de las medidas.

Las medidas que la LORPM prevé para exigir responsabilidad penal tienen naturaleza sancionadora educativa distinta de la naturaleza de las penas y de las medidas de seguridad del Código penal y su finalidad fundamental es la prevención especial positiva¹⁵⁶. No obstante no se les puede negar por completo, en lo que respecta a los internamientos, su carácter preventivo-general¹⁵⁷ y preventivo-especial inocuizador o asegurativo.

Se pueden alejar de esa caracterización general y por tanto de la prevención especial resocializadora¹⁵⁸:

- La inhabilitación absoluta, de nulo contenido educativo.
- El internamiento cerrado por poder aproximarse en determinados supuestos a las penas .
- El internamiento terapéutico cerrado por poder asimilarse en algunas cuestiones a las medidas de seguridad.

Las sucesivas reformas de la LORPM han convertido al sistema responsabilizador inicial en un sistema de justicia juvenil potencial pero no necesariamente punitivo y ajeno al interés superior del menor.

Se ha partido aquí de la idea de que, en general, el catálogo de medidas de la LORPM tiene una orientación preventivo especial resocializadora y educativa incontestable. Pero esa orientación puede difuminarse en lo que respecta a las medidas de internamiento y está ausente por completo en la inhabilitación absoluta, medida esta última que, como ya se ha apuntado, ni tan siquiera merecería denominarse como tal, pues es una auténtica pena vacía de contenido educativo.

Dicha circunstancia puede tener lugar en la elección, extensión temporal y en la posibilidad de suspensión, modificación o sustitución de la medida a imponer o impuesta y será más acentuada cuanto mayor sea la atención que se presta por la LORPM o por el Juez a la proporcionalidad entre la gravedad del hecho y la sanción, o a la peligrosidad del menor frente a sus circunstancias y a su interés, lo que producirá que el parecido de la medida con la pena o medida de seguridad será también mayor. En otras palabras, si la retribución y la

¹⁵⁶ SERRANO TÁRRAGA, M^a D., en “*Derecho penal juvenil*”, ob. cit. p 439.

¹⁵⁷ CÁMARA ARROYO, S., en “*Sistema penitenciario e internamiento de menores*”, ob. cit., p. 540; En el mismo sentido MACHADO RUIZ, M^a. D. en “*Minoría de edad y responsabilidad penal*”, ob. cit., p.20.

¹⁵⁸ SERRANO TÁRRAGA, M^a D., en “*Derecho penal juvenil*”, ob. cit. p 440.

prevención, general y especial, es la finalidad propia y principal de la pena y la prevención especial positiva es la finalidad propia y principal de las medidas de la LORPM, se podría afirmar que cuanto más preventivo general y especial negativa (inocuizadora o asegurativa) sea la medida impuesta, más estrecha será su relación con la pena hasta el punto de que puedan llegar a confundirse.

La principal causa de esta contaminación de finalidades ajenas al Derecho penal de menores o inversión de sus principios¹⁵⁹ proviene las reformas operadas en la redacción original de la LORPM¹⁶⁰ que han mermado las facultades, tanto del Fiscal en la postulación como del Juez de Menores en la sentencia, de atender de manera flexible y especial a las circunstancias del menor y a su interés para elegir la medida adecuada, acrecentada por la inserción de periodos de seguridad en los que no cabe la modificación, suspensión o sustitución de la misma¹⁶¹ por mucho que la evolución del menor en la ejecución de la medida resulte satisfactoria.

En todo caso, debe mantenerse la postura de que las limitaciones a las facultades del Juez introducidas por las reformas de la LORPM no van a suponer una orientación definitiva de las medidas hacia fines extraños al Derecho penal de menores planteado por la original LORPM, como la proporcionalidad, la retribución o la prevención general, en tanto no cuenten con la colaboración de aquél. En fin, no cabe otra cosa que dar la razón al legislador del 2006 cuando afirma en la Exposición de Motivos que “el sistema sigue dejando en manos del juez, en último caso, la valoración y ponderación de ambos principios (interés superior del menor y proporcionalidad) de modo flexible y en favor de la óptima individualización de la respuesta”. Es más, en este sentido, afirma DOLZ LAGO¹⁶² que el endurecimiento de la LORPM ha sido más bien un “endurecimiento simbólico”, pues las citadas facultades del Juez siguen teniendo margen suficiente como para flexibilizar, hasta en los supuestos más graves, la respuesta penal en función del interés del menor, opinión que en cierto modo se comparte en este trabajo, de ahí que no pueda calificarse el modelo punitivo hacia el que ha derivado la LORPM más que de meramente potencial

¹⁵⁹ CARMONA SALGADO, C., en “*Algunas consideraciones críticas sobre las sucesivas reformas de la legislación penal de menores...*” ob. cit., p.6.

¹⁶⁰ En el mismo sentido y empleando también el término “contaminada”, se expresan, GUERRERO TOMÁS, E., MAYORAL NARROS, I.V. en “*Diez años de la Ley de Responsabilidad Penal del Menor*”, revista Crítica, N° 976, Madrid, noviembre-diciembre 2011, p.32.

¹⁶¹ CRUZ MÁRQUEZ, B., “*Presupuestos de la responsabilidad penal del menor...*”, ob. cit., p.253.

¹⁶² DOLZ LAGO, M.J., en “*¿Endurecimiento simbólico de la Ley Penal del Menor?*”, ob. cit., p. 21.

BIBLIOGRAFÍA

- ABEL SOUTO, M., “*Las medidas del nuevo Derecho penal juvenil (Consideraciones entorno al artículo 7 de la Ley penal del menor)*”, Actualidad Penal, Nº 6, Sección Doctrina, Ref. VI, pág. 105, tomo 1, Ed. La Ley, Madrid, 2002.
- ALONSO DE ESCAMILLA, A., “*La minoría de edad penal*”, La Ley Penal, Nº 18, Sección Estudios, Ed. La Ley, Madrid, 2005.
- BERNUZ BENEITEZ, M.^a J., FERNÁNDEZ MOLINA, E., “*La gestión de la delincuencia juvenil como riesgo. Indicadores de un nuevo modelo*”. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 10-13(2008), disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/10/recpc10-13.pdf> (25/02/14).
- BUENO ARÚS, F., “*Introducción al Derecho correccional de menores. Estudio preliminar*”, en BUENO ARÚS, F. (Coord.), “*Comentarios al reglamento de la Ley Orgánica 5/2000 reguladora de la responsabilidad penal de los menores*”, Ed. Fundación Diagrama-Intervención Psicosocial, Murcia, 2008.
- CÁMARA ARROYO, S., “*Sistema penitenciario e internamiento de menores*”, Premio Nacional Victoria Kent 2010, Ed. Ministerio del Interior, Secretaría General Técnica, Madrid, 2011.
- CANO PAÑOS, M.A., “*¿Supresión, mantenimiento o reformulación del pensamiento educativo en el derecho penal juvenil? Reflexiones tras diez años de aplicación de la Ley Penal del Menor*”, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 13-13(2011), disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/13/recpc13-13.pdf> (20/03/14).
- CARMONA SALGADO, C., “*Algunas consideraciones críticas sobre las sucesivas reformas de la legislación penal de menores a partir de la LO 5/2000. La nueva Ley 8/2006*”, La Ley Penal, Nº 45, Sección Legislación aplicada a la práctica, Ed. La Ley, Madrid, 2008.
- CERVELLÓ DONDERIS, V., “*La medida de internamiento en el Derecho Penal del Menor*”, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009.
- CID MOLINÉ, J., en “*¿Es la prisión criminógena? (un análisis comparativo de reincidencia entre la pena de prisión y la suspensión de la pena)*”, Revista de Derecho penal y criminología, 2ª época, nº19 pp. 427-456, UNED, 2007.
- COLÁS TURÉGANO, A., “*Derecho penal de menores*”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- CUELLO CONTRERAS, J., “*Reflexiones sobre la capacidad de culpabilidad del menor y su tratamiento educativo*”, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 12-01(2010), disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/12/recpc12-01.pdf> (20/03/14).

- CRUZ MÁRQUEZ, B., *“Presupuestos de la responsabilidad penal del menor: Una necesaria revisión desde la perspectiva adolescente”*. El menor ante del derecho del siglo XXI, Anuario Facultad de Derecho Universidad Autónoma de Madrid nº 15, 2011.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. y BLANCO CORDERO, I., *“Menores infractores y sistema penal”*, Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián, 2010.
- DEMETRIO CRESPO, E., en *“Culpabilidad y fines de la pena: con especial referencia al pensamiento de Claus Roxin”*, Texto revisado y ampliado sobre el que se basó la ponencia presentada el día 20 de octubre de 2001 en Córdoba (Argentina), con motivo de las Jornadas Internacionales en homenaje al Profesor Claus Roxin, organizadas por el Prof. Dr. Carlos Julio Lascano, disponible a 11/04/14 en http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho_penal/pdf/Culpabilidad_fines_de_la_pena_E_Demetrio.pdf.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *“Derecho penal español Parte General en esquemas”*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- DOLZ LAGO, M.J., *“¿Endurecimiento simbólico de la Ley Penal del Menor?”*, La Ley Penal, Nº 41, Sección Legislación aplicada a la práctica, Editorial La Ley, Madrid, 2007.
- FIERRO GÓMEZ, A., *“La Ley del Menor: Crónica de una reforma anunciada”*, Diario La Ley, Nº 6492, Sección Doctrina, Ref. D-131, Ed. La Ley, Madrid, 2006.
- GIL GIL, A. / LACRUZ LÓPEZ, M. / MELENDO PARDOS, M. / NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., *“Curso de Derecho penal Parte General”*, Ed. Dykinson, Madrid, 2011.
- GUERRERO TOMÁS, E., MAYORAL NARROS, I.V., *“Diez años de la Ley de Responsabilidad Penal del Menor”*, revista Crítica, Nº 976, Madrid, noviembre-diciembre 2011.
- HAZEL, N., *“Cross-national comparison of youth justice.” Youth Justice Board, Londres (R.U.), 2008, Disponible a 28/02/14 en: <http://yjbpublications.justice.gov.uk/en-gb/Scripts/prodView.asp?idproduct=368&eP>.*
- HIGUERA GUIMERÁ, J.F., *“Las repetidas reformas parciales de la Ley Penal del Menor”*, La Ley Penal, Nº 27, Sección Legislación aplicada a la práctica, Ed. La Ley, Madrid, 2006.
- HOLDEN G.A., KAPLER, R.A., *“Deinstitutionalizing Status Offenders: A Record of Progress”*, *Juvenil Justice, Vol.II, number 2, U.S. Department of Justice*, 1995. Disponible a (26/03/14) en <https://www.ncjrs.gov/pdffiles/jjif95.pdf>.

- JIMÉNEZ SEGADO, C., “*¿Puede prescindirse de la tutela penal frente a la delincuencia juvenil? (Sobre la reforma de la ley penal del menor)*”, Diario La Ley, Nº 6529, Sección Doctrina, Ref. D-174, Ed. La Ley, Madrid, 2006.
- MACHADO RUIZ, M^a. D. , “*Minoría de edad y responsabilidad penal*” , Actualidad Penal, Nº 3, Sección Doctrina, Ref. III, pág. 93, tomo 1, Ed. La Ley, Madrid, 2003.
- MARTÍNEZ PARDO, V.J., “*Le ejecución de las medidas en el proceso de menores*”, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012.
- MATALLÍN EVANGELIO, A. “*La capacidad de culpabilidad de los sujetos sometidos a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores*”, en VV.AA, “*Estudios penales y criminológicos XXII*”, Servicio de publicaciones e intercambio científico da Universidade de Santiago de Compostela, Campus Universitario Sur, Santiago de Compostela, 2000.
- MONTERO HERNANZ, T. , “*La justicia juvenil en España: comentarios y reflexiones*”, Ed. La Ley, Madrid, 2009.
- MONTERO HERNANZ, T., en “*La política criminal juvenil en España y el síndrome de Cristóbal Colón*”, Diario La Ley, Nº 6919, Sección Tribuna, Año XXIX, Ref. D-106, Ed. La Ley, Madrid, 2008.
- MORA SÁNCHEZ, A. M^a., “*La medida de internamiento en régimen cerrado: concepto, naturaleza y régimen de ejecución. Alternativas*”, Tesis doctoral dirigida por MORILLAS CUEVA, L., Universidad de Granada, 2012.
- PÉREZ FERRER, F., “*La nueva regulación de las medidas en la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, que modifica la Ley reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*”, Diario La Ley, Nº 7216, Sección Doctrina, Año XXX, Ref. D-251, Ed. La Ley, Madrid, 2009.
- REQUEJO NAVEROS, M^a. T. en “*Criterios de determinación de la edad penal relevante. ¿A partir de qué momento el delito cometido por un menor merece la intervención penal?*”, revista Crítica, Nº 976, Madrid, noviembre-diciembre 2011.
- ROXIN, C., en “*Culpabilidad y prevención en Derecho penal*”, traducción de MUÑOZ CONDE, F., Ed. Reus, Madrid, 1981.
- SIMONS VALLEJO, R., “*Consideraciones en torno a la naturaleza y fundamento de la responsabilidad penal del menor*”, Actualidad Penal Nº18, Sección Doctrina, Ref. XVIII, pág.431, tomo 2, Ed. La Ley, Madrid, 2002.
- UNICEF, Centro Internacional para el Desarrollo del Niño, “*Innocenti digest, Justicia Juvenil*”, Florencia- Italia, 1998, disponible en <http://www.unicef-icdc.org/publications/pdf/digest3s.pdf>. (Consultado 25/02/14).

- VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., “*Derecho penal juvenil europeo*”, Ed. Dykinson, Madrid, 2005.
- VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C. , SERRANO TÁRRAGA M^a D. (Editores) “*Derecho penal juvenil*”, Ed. Dykinson, Madrid, 2007,
- VENTAS SASTRE, R., “*La minoría de edad penal*”, memoria para optar al grado de Doctor en la Universidad Complutense de Madrid, Dir. COBO DEL ROSAL, M., Madrid, 2002.

OTROS RECURSOS

- ÁREA DE HISTORIA DEL DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE SANTIAGO DE COMPOSTELA: http://www.usc.es/histoder/historia_del_derecho/textos.htm
- BIBLIOTECA UNED-BASES DE DATOS EN LÍNEA POR MATERIAS: <http://www.uned.es/biblioteca/referencia/basesdedatosmaterias.htm>
- BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO: <http://www.boe.es>
- BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO: (Gazeta: colección histórica) <http://www.boe.es/buscar/gazeta.php>
- *BUNDESMINISTERIUM DER JUSTIZ UND FÜR VERBRAUCHERSCHUTZ (Gesetze im Internet)*: <http://www.gesetze-im-internet.de>
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA: <http://www.ine.es>
- *LEGIFRANCE*: <http://www.legifrance.gouv.fr>
- *MINISTRY OF JUSTICE (Legislation)*: <https://www.justice.gov.uk/legal-aid/legislation>
- NOTICIAS JURÍDICAS: <http://noticias.juridicas.com>
- *U.S. OFFICE OF JUVENILE JUSTICE AND DELINQUENCY PREVENTION*: <http://www.ojjdp.gov>
- REAL ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN:
(Biblioteca digital: IURIS DIGITAL)
<http://bvrajyl.insde.es/i18n/estaticos/contenido.cmd?pagina=estaticos/presentacion>
- *UNICEF*: http://www.unicef.es/?gclid=CN7YzpC_wr0CFUcTwwodzV0AZg