

¿SUPRESIÓN, MANTENIMIENTO O REFORMULACIÓN DEL PENSAMIENTO EDUCATIVO EN EL DERECHO PENAL JUVENIL?

Reflexiones tras diez años de aplicación de la Ley Penal del Menor

Miguel Ángel Cano Paños

Investigador Ramón y Cajal. Universidad de Granada

CANO PAÑOS, Miguel Ángel. ¿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* (en línea). 2011, núm. 13-13, p. 13:1-13:55. Disponible en internet:

<http://criminet.ugr.es/recpc/13/recpc13-13.pdf>
ISSN 1695-0194 [RECPC 13-13 (2011), 30 nov]

RESUMEN: Cumplidos diez años desde que la denominada Ley Penal del Menor iniciara su andadura en España, resulta conveniente analizar la situación en la que actualmente se encuentra el Derecho penal juvenil, sobre todo si tiene en cuenta la catarata de reformas que la legislación penal de menores ha sufrido ya incluso antes de que la misma entrara en vigor. Para ello, las siguientes reflexiones

tienen como objetivo prioritario indagar la vigencia o no de los principios preventivo-especiales que el legislador del año 2000 consideró elementos inherentes a la hora de responder a las infracciones delictivas cometidas por menores de edad. Teniendo en cuenta la atmósfera represiva que sin duda impregna el Derecho penal de adultos, conviene pues analizar si la misma ha contaminado al sistema de justicia juvenil que, según se afirmó en su momento, debía estar presidido por el denominado «superior interés del menor».

PALABRAS CLAVE: Derecho penal de menores, delincuencia juvenil, modelo de responsabilidad, interés superior del menor, modelo de seguridad ciudadana, *Jugendgerichtsgesetz*.

Fecha de publicación: 30 noviembre 2011

SUMARIO: *Introducción. 2. Naturaleza jurídica del Derecho penal juvenil español. 3. Algunos principios (in)cuestionados de la legislación penal de menores. 4. Especial referencia al denominado «interés superior del menor» como criterio rector de la legislación penal de menores. 5. La política criminal en España ante el fenómeno de la delincuencia juvenil. Las reformas de la Ley Penal del Menor. 6. La situación actual del Derecho penal juvenil. 7. Un apunte de Derecho comparado. Naturaleza jurídica del Derecho penal juvenil alemán y reformas legislativas operadas en la Jugendgerichtsgesetz (JGG). 8. Conclusiones. Anexo: Tablas.*

1. Introducción

La entrada en vigor el 13 de enero de 2001 de la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores (LO 5/2000, de 12 de enero,¹ LORPM en lo sucesivo) supuso contar finalmente en España con una regulación única y completa del conjunto del sistema de justicia juvenil, de la cual ciertamente no se había dispuesto desde la entrada en vigor de la Constitución en 1978. Además, la trascendencia de la ley superaba incluso la del propio texto, ya que con la misma se conseguía completar definitivamente el sistema normativo formado por el Código Penal de 1995 (CP) con el que se pretendía acomodar toda la legislación penal al sistema constitucional y al orden jurídico de valores. Y es que, antes de la aprobación y posterior entrada en vigor de la LORPM, el CP 1995 todavía no había conseguido desplegar todos sus efectos, ya que, al menos en el aspecto de la edad penal, aún se encontraban en suspenso los arts. 19² y 69 CP³. Tal y como acertadamente ha señalado al respecto Giménez-Salinas, «por muy paradójico que pueda parecer, todavía en el año 2000 a los menores no les había llegado el Código Penal de la democracia».⁴

En vísperas de la entrada en vigor de la LORPM, y después de que su aprobación fuera eclipsada por la enorme trascendencia política y social que tuvo la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, parece ser que la sociedad española fue tomando poco a poco conciencia del profundo cambio que la reforma del sistema de justicia juvenil introducía en la cultura jurídica y judicial del país, especialmente por la elevación de la edad de la plena responsabilidad penal a los 18 años. Desde ese mismo momento, la LORPM y su eficacia fueron puestas en cuestión a través de una poderosa campaña iniciada –y mantenida– por un sector considerable de los medios de comunicación, el cual, intencionadamente o no, venía ofreciendo una información claramente sesgada y distorsionada de la realidad de la delincuencia de menores de edad, lo cual alimentó sin duda la sensación de inseguridad en la opinión pública, cuando no la de absoluta impunidad de tales conductas. Como se podrá observar en los epígrafes siguientes, el eco mediático que la justicia de menores ha alcanzado

NOTA PREVIA:

Para la realización del presente trabajo ha resultado fundamental la estancia de investigación llevada a cabo por el autor en la Freie-Universität Berlin (Alemania), durante el mes de agosto de 2011. Sirvan por ello estas líneas para agradecer al Instituto de Ciencias Penales de la mencionada Universidad, y muy especialmente al Prof. Klaus Rogall, su desinteresada y amable colaboración.

¹ BOE núm. 11, de 13 de enero de 2000.

² «Los menores de dieciocho años no serán responsables criminalmente con arreglo a este Código. Cuando un menor de dicha edad cometa un hecho delictivo podrá ser responsable con arreglo a lo dispuesto en la ley que regule la responsabilidad penal del menor».

³ «Al mayor de dieciocho años y menor de veintiuno que cometa un hecho delictivo, podrán aplicársele las disposiciones de la ley que regule la responsabilidad penal del menor en los casos y con los requisitos que ésta disponga».

⁴ GIMÉNEZ-SALINAS COLOMER, Esther (2001): «La justicia juvenil en España: un modelo diferente», en: MARTÍN LÓPEZ, María Teresa. (Coord.), *La responsabilidad penal de los menores*, Cuenca: Ed. UCLM, p. 31.

en los últimos tiempos ha sido un factor determinante y propulsor de la batería de reformas que ha sufrido la legislación penal de menores.⁵

La recepción plena del llamado «modelo de responsabilidad» o «de justicia» no se produjo en España hasta la entrada en vigor de la LORPM. Y es que esta Ley nació, según se desprendía de su Exposición de Motivos (EM), con una vocación *exclusiva* de prevención especial, gravitando el tratamiento de los menores delincuentes sobre los principios de educación, de intervención mínima, de interés superior del menor, de flexibilidad en la elección y ejecución de las medidas y de reconocimiento de todas las garantías que se derivan del respeto a los derechos constitucionales (EM II 6). Por ello, en el año 2000 se cimentó un sistema de justicia juvenil en España en la convicción político-criminal de que la responsabilidad penal de los menores de edad no podía regularse en los mismos términos que la de los adultos (EM I 4); de ahí que se les ofreciese una respuesta penal diferente, con un marcado carácter educativo, capaz de orientarles hacia el desarrollo integral de su personalidad, evitarles en lo posible el contacto con instituciones represivas propias de adultos y no regatearles posibilidades para lograr su recuperación social, a la vez que, eso sí, debía procurarse que el menor fuera consciente y se responsabilizase de sus actos. Con todo, a lo largo del articulado de la LORPM ya se recogían algunas concesiones –en principio puntuales– a las exigencias de prevención general, las cuales, ante el eco social alcanzado por una serie de hechos delictivos cometidos por menores, tan aislados como espeluznantes, fueron ampliadas en continuas reformas de la ley, alguna de ellas incluso antes de su entrada en vigor. Ello dio lugar a que el tratamiento penal de los menores delincuentes –en puridad, de un sector de los mismos– se encaminara hacia una línea claramente *endurecedora*, aproximando en algunos aspectos el Derecho penal de menores contenido en la LORPM al Derecho penal de adultos y echando por tierra los principios inspiradores del sistema de justicia juvenil instaurado en el año 2000.

De esta forma, si bien la legislación penal del menor contenida actualmente en la LORPM se sigue ajustando en buena medida a un modelo de intervención sancionador-educativo, las últimas modificaciones operadas en la materia han venido a *potenciar* la faceta aflictiva y represiva de la respuesta penal prevista para los menores delincuentes en detrimento de la finalidad educativa, produciéndose, como se ha apuntado anteriormente, un progresivo y peligroso alejamiento de los principios inspiradores presentes en la redacción originaria de la Ley. Se asiste en suma al paso de un modelo inspirado de forma exclusiva en la integración social del menor delincuente a otro donde se insertan elementos retribucionistas que buscan dar respuesta a una demanda social fundada en una realidad criminológica como se verá inexistente, la cual es mostrada con una absoluta falta de rigor por parte de

⁵ En los parecidos términos: FERNÁNDEZ MOLINA, Esther (2008): *Entre la educación y el castigo. Un análisis de la justicia de menores*, Valencia: Tirant lo blanch, pp. 246 y ss.

ciertos agentes sociales. Tal y como acertadamente señala Domínguez Izquierdo, la labor legislativa parece estar de este modo basada de forma casi exclusiva en acontecimientos aislados pero de gran eco mediático o, lo que es aún más rechazable, en un populismo rentable en términos electorales.⁶

Pues bien, partiendo de los argumentos expuestos en los párrafos anteriores, la hipótesis central que va a marcar el desarrollo de las siguientes reflexiones gira en torno a si las modificaciones operadas en la LORPM en sus apenas diez años de existencia han encauzado progresivamente el modelo de justicia juvenil vigente en España hacia uno de naturaleza *mixta*, lo cual daría lugar a una especie de bifurcación del tratamiento de los menores en atención, principalmente, a la gravedad de la infracción delictiva y al perfil del menor. De este modo, la vocación originaria de la Ley, de naturaleza preventivo-especial con una respuesta penal de marcado carácter educativo, se seguiría manteniendo en relación a la delincuencia de pequeña y mediana gravedad, mientras que frente a la delincuencia más grave, a los menores reincidentes y a aquellos que actúan en grupo o al servicio de una banda o pertenecen a ella (el llamado «núcleo duro» de la delincuencia de menores)⁷ se reaccionaría primando sobre todo aspectos de prevención general positiva o inocuidadora. Con respecto a estos menores más conflictivos podría decirse entonces que ha adquirido pleno sentido la idea de la represión del delito cometido, la proporcionalidad entre la gravedad del hecho y la severidad de la medida impuesta o la capacidad intimidatoria de la norma –aspectos estos rechazados expresamente en la EM de la LORPM (II 7)–, si bien, de momento, todo ello no habría en principio conducido a la completa exclusión del pensamiento educativo en relación con ese llamado «núcleo duro» de la delincuencia juvenil. Teniendo como telón de fondo la hipótesis planteada, sería cuestión de analizar si, como consecuencia del progresivo endurecimiento de la legislación penal de menores, se está produciendo una especie de *contagio* de este espíritu vindicativo al resto de menores infractores con independencia del delito cometido; cuestión ésta que en principio podría ser resuelta mediante el análisis de las resoluciones que los Jueces de Menores han ido emitiendo desde que la LORPM vio la luz. Dado el carácter de «reflexiones» con el que se concibe el presente trabajo, se deja planteada esta última cuestión de cara a un futuro análisis de carácter criminológico. En cualquier caso, de confirmarse la hipótesis planteada, y teniendo en cuenta los derroteros por los que parece encaminarse el sistema de justicia juvenil contenido en la LORPM, se podría llegar a plantear una eventual supresión del espí-

⁶ DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, Eva María (2010): «El interés superior del menor y la proporcionalidad en el Derecho penal de menores: contradicciones del sistema», en BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio F./CRUZ BLANCA, María José (dirs), *El Derecho penal de menores a debate*, Madrid: Dykinson, p. 81.

⁷ Siguiendo en este caso a BERNUZ BENEITEZ/FERNÁNDEZ MOLINA, dicho «núcleo duro» de la delincuencia juvenil está integrado –aparte de los delitos de terrorismo– por los delitos de homicidio, asesinato, agresiones sexuales graves y violación, pero también por los menores reincidentes de mayor edad y los delitos cometidos en grupo o al servicio de una banda. Véase: BERNUZ BENEITEZ, María José/FERNÁNDEZ MOLINA, Esther (2008): «La gestión de la delincuencia juvenil como riesgo. Indicadores de un nuevo modelo», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 10-13, p. 8, nota núm. 14. Disponible en Internet: <http://criminnet.ugr.es/recpc>.

ritu educativo en el Derecho penal de menores, ya incluso del Derecho penal de menores en su conjunto, o bien adoptar posturas menos radicales como por ejemplo su mantenimiento o, llegado el caso, su reformulación. En cualquier caso, dicha confirmación conllevaría a afirmar que en la actualmente vigente LORPM se ha producido un rechazo de plano de los principios y directrices que, según lo establecido en el art. 40 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño del año 1989 –ratificada por España en el año 1990–, debería regir el sistema de justicia aplicable a los menores de edad.⁸

Para responder a todas estas cuestiones, las siguientes reflexiones van a partir del análisis tanto de la naturaleza jurídica del Derecho penal de menores en España (punto 2) como de los principios fundamentales que inspiraron la redacción primitiva de la LORPM (punto 3), centrandó la atención sobre todo en el llamado «superior interés del menor», el cual fue en su momento concebido como la piedra angular del sistema (punto 4). A continuación, y tras un somero repaso de las reformas que ha venido sufriendo la LORPM desde incluso mucho antes de su entrada en vigor (punto 5), el trabajo se detiene en el análisis de la situación en la que se encuentra el Derecho penal de menores en España diez años después de su puesta en marcha, destacándose sobre todo la *adulteración* que se ha producido con respecto a los principios proclamados en su día como pilares básicos del sistema de justicia juvenil (punto 6). Antes de entrar en las conclusiones, y para evitar un cierto aislamiento de la situación actual del Derecho penal de menores en España, se abordan también las reformas llevadas a cabo en los últimos años en Alemania con respecto a la legislación reguladora de la responsabilidad penal de los menores, la cual en su día inspiró de forma decisiva al legislador de la LORPM (punto 7).

2. Naturaleza jurídica del Derecho penal juvenil español

La LORPM –como claramente indica su nombre– regula la responsabilidad *penal* de los menores. Es así, ante todo, una ley penal, y no otra cosa, ya que son exclusivamente infracciones de carácter penal –delitos o faltas–, recogidas en el CP o en las leyes penales especiales, las que determinan la aplicación de la normativa contenida en la LORPM (principio de tipicidad penal por el hecho, recogido en el art. 1.1 LORPM). Asimismo, el procedimiento para exigir la responsabilidad penal de los menores es, en definitiva, una variante del procedimiento abreviado regulado en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim), eso sí, con las peculiaridades propias que presenta la jurisdicción de menores en el ámbito procesal.⁹ Por ello, y

⁸ «Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor [...] en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad».

⁹ Clarificador resulta en este sentido lo dispuesto en la Disposición final primera de la LORPM, la cual establece el carácter supletorio tanto del Código Penal y las leyes penales especiales, como de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en particular, lo dispuesto para los trámites del procedimiento abreviado) «para lo no previsto expresamente en esta Ley Orgánica».

aun cuando la LORPM alude de una manera un tanto eufemística a «medidas» de carácter «sancionador-educativo», en realidad se trata de consecuencias jurídicas que materialmente tienen la naturaleza de penas, ya que dichas medidas, por mucho carácter educativo que se predique de ellas, constituyen en todo caso reacciones penales y sanciones por un hecho delictivo cometido, razón por la que subliminalmente subyace en las mismas un cierto matiz punitivo, como claramente se vislumbra en el caso de la medida de internamiento en régimen cerrado.¹⁰ Puede decirse entonces que el Derecho penal de menores es un Derecho penal *especial* y, al mismo tiempo, un sector integrante del Derecho penal.¹¹

En primer lugar, el carácter especial del Derecho penal de menores se debe fundamentalmente al segmento de población al que va dirigido: menores con edades comprendidas entre los 14 y los 17 años, es decir, sujetos que en el momento de cometer la infracción se encuentran en una etapa crítica de desarrollo entre la niñez y la mayoría de edad, lo cual determina el carácter especialísimo de la responsabilidad penal que debe exigirse en este ámbito, en la medida en que la delincuencia de los menores de edad presenta indudablemente características muy peculiares. La orientación a la prevención especial es la que le concede sus características propias al Derecho penal de menores frente al Derecho penal de adultos. Con todo, también en este sector del ordenamiento punitivo debe en todo caso constatarse la responsabilidad o culpabilidad del menor. En este sentido, a partir de lo dispuesto en el art. 5 LORPM, los menores se consideran en principio sujetos imputables y penalmente responsables, siempre eso sí que no concurra en ellos alguna de las causas de exención o extinción de la responsabilidad penal previstas en el vigente CP. Por tanto, la LORPM parte de la premisa básica de que, en general, a partir de los catorce años cualquier persona ha adquirido ya la capacidad para comprender lo ilícito, si no de todos, sí de la mayor parte de los comportamientos delictivos y para dirigir su propia conducta conforme a dicho conocimiento. No obstante ese reconocimiento – que en realidad es una presunción– de una cierta capacidad de autodeterminación de los menores, el hecho de que los mismos se hallen en un periodo de formación de su personalidad explica que la eventual responsabilidad penal que puedan contraer tenga un carácter especial –no necesariamente atenuada– con respecto a la de los adultos y deba por tanto regularse separadamente, *intensificando* los aspectos educativos de la intervención.¹²

En segundo lugar, la integración del sistema de justicia juvenil español dentro

¹⁰ CANO PAÑOS, Miguel Ángel (2006): *El futuro del Derecho penal juvenil europeo*, Barcelona: Atelier, p. 186. En el mismo sentido: CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido (2001): «Introducción», en: EL MISMO (Dir.), *Ley de la Responsabilidad Penal de los Menores. Doctrina con jurisprudencia y normativa complementaria*, Madrid: Trivium, pp. 52-53; LANDROVE DÍAZ, Gerardo (2003): *Introducción al Derecho penal de menores*, Valencia: Tirant lo blanch, p. 60.

¹¹ Así se pronuncian, entre otros, CANO PAÑOS (2006), cit., p. 186; HIGUERA GUIMERA, Juan-Felipe (2003): *Derecho penal juvenil*, Barcelona: Bosh, p. 31.

¹² En parecidos términos: BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel (2002): «Principales aspectos sustantivos del nuevo derecho penal juvenil español», en: DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, et al. (Ed.), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*, Madrid: Tecnos, p. 1557.

del conjunto del ordenamiento jurídico-penal viene motivado sobre todo por la adopción por parte del legislador del año 2000 del sistema más extendido en el entorno jurídico europeo a la hora de abordar la problemática de los menores infractores: el denominado modelo de responsabilidad.¹³ Dicho modelo parte de unos postulados centrados en la prevención especial a los que no obstante se anudan aspectos retributivos por razón del hecho cometido.¹⁴ Por ello, en el momento de su imposición por el Juez de Menores, la medida en concreto se selecciona y determina en su gravedad teniendo en cuenta no sólo la proporcionalidad con el hecho cometido, sino sobre todo consideraciones de prevención especial, atendiendo en este caso a las necesidades de (re)educación del menor.¹⁵ A diferencia así de la pena del adulto, donde la atención a criterios de prevención especial en su modulación está muy restringida (prácticamente a los supuestos de suspensión y sustitución de penas de poca gravedad), en la selección y determinación de la pena juvenil deben intervenir siempre y con peso específico. Por otra parte, el modelo de responsabilidad considera que el menor debe asumir que el conflicto también, al menos en parte, es responsabilidad suya. Por ello se le pueden imponer sanciones que consistan en una restricción de derechos. Tal y como acertadamente señala Feijoo Sánchez, se podría hablar en este sentido de un «modelo de coresponsabilidad individuo/sociedad», a diferencia de lo que sucede con el Derecho penal de adultos donde el conflicto se imputa única y exclusivamente al autor de la infracción delictiva, el cual tiene que sufrir la pena correspondiente.¹⁶

El sistema español de justicia juvenil, en la línea de los ordenamientos jurídicos del entorno cultural europeo, se caracteriza así por ser un modelo educativo-responsabilizador-judicializado, en el que se parte de la idea de que el menor tiene una responsabilidad en todo caso penal derivada de la comisión de un hecho que hace que su situación sea cualitativamente distinta a la del menor en situación de riesgo o desamparo. De este modo, las consecuencias jurídicas previstas en la LORPM son sanciones penales en la medida en que se imponen por órganos de

¹³ En general, sobre los modelos de tratamiento de la delincuencia juvenil, véase, por todos: CANO PAÑOS (2006), cit., pp. 131 y ss., con bibliografía complementaria.

¹⁴ Siguiendo en este caso los acertados argumentos expuestos por CRUZ MÁRQUEZ, contemplar el grado de responsabilidad penal en el sistema de justicia juvenil español, «sirve para tener presente en todo momento su condición de reacción social frente al delito, así como su fundamento, que no es otro que atender a la necesidad preventivo-general de defensa social. De este modo se permite contrarrestar la idea, imperante en la sociedad, de la falta de intervención frente al delito cometido por el menor infractor». Con todo, precisa la mencionada autora que la admisión de la existencia de aspectos preventivo-generales en el sistema de justicia juvenil «no obliga a asumir los parámetros vigentes en el Derecho penal de adultos para determinar la sanción a imponer», ya que en el Derecho penal de menores, «a la luz de una interpretación coherente del principio educativo», resulta necesario «observar las circunstancias y características del menor en todos los supuestos, sin poder supeditar dicha observación a la consecución de las exigencias preventivo-generales». Véase: CRUZ MÁRQUEZ, Beatriz (2006): *Educación y prevención en el derecho penal de menores*, Madrid: Marcial Pons, pp. 142-143.

¹⁵ Ciertamente, y al contrario de lo que sucede en el Derecho penal de adultos, no se puede hablar en el Derecho penal juvenil de resocialización o reeducación *strictu sensu*, por la sencilla razón de que en la justicia de menores se está delante de personas que aún no han completado el proceso de socialización.

¹⁶ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo (2008): «Exposición de Motivos», en: DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio/FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo/POZUELO PÉREZ, Laura: *Comentarios a la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*, Pamplona: Thomson-Civitas, p. 46.

justicia penal (los Jueces de Menores) en un procedimiento de naturaleza penal con las debidas garantías que exige tanto el Derecho penal como el ordenamiento constitucional. Por ello cabe señalar que la LO 5/2000, de 12 de enero se autodefine correctamente como una ley «reguladora de la responsabilidad penal de los menores».

A partir de lo señalado en los párrafos anteriores, la propia EM de la LORPM recuerda que la Ley tiene una naturaleza «formalmente penal pero materialmente sancionadora-educativa del procedimiento y de las medidas aplicables a los infractores menores de edad» (EM II 6). Así, la LORPM es ante todo una ley penal que viene a establecer un sistema de exigencia de responsabilidad jurídica a los menores infractores (frente al carácter paternalista y tuitivo de la legislación tutelar anterior). Pero precisamente por hallarse delante de sujetos en formación, la intervención ha de presentar características singulares. De este modo, y si bien la LORPM presenta indudablemente una naturaleza sancionadora al establecer medidas que suponen una sanción que limita los derechos de los menores, incluso con la máxima gravedad al limitar el derecho a la libertad, no obstante, la única justificación que tiene la adopción de estas medidas es precisamente el carácter educativo de las mismas, como se encarga también de exponer de forma clara y diáfana el apartado II 11 de la EM cuando se refiere a que la ley establece un amplio catálogo de medidas aplicables «desde la referida perspectiva sancionadora-educativa» debiendo primar el llamado «superior interés del menor» en la flexible adopción judicial de la medida más idónea «dadas las características del caso concreto y de la evolución personal del sancionado durante la ejecución de la medida». Y todo ello rechazando otras finalidades que sí se persiguen en el Derecho penal de adultos, «como la proporcionalidad entre el hecho y la sanción o la intimidación de los destinatarios de la norma» (EM II 7).

Por tanto, de la referida naturaleza «formalmente penal» de la LORPM se deriva: (1) Que su aplicación sólo sea posible cuando se ha infringido la ley penal; (2) Que se establezca una edad, los 14 años, por debajo de la cual se entiende que no se puede exigir responsabilidad penal alguna; (3) Que se instaure un procedimiento con reconocimiento expreso de todas las garantías de respeto hacia los derechos constitucionales.¹⁷ Por su parte, de la naturaleza «materialmente sancionadora-educativa» de la legislación penal de menores consagrada en la LORPM se derivan los siguientes aspectos: (1) Una justicia esencialmente individualizadora, en la que, al contrario de lo que sucede en el Derecho penal de adultos, no se dispone de una sanción para cada delito o falta, sin que tampoco a todo hecho delictivo deba seguir necesariamente una respuesta judicial; (2) El establecimiento de un amplio catálogo de medidas para seleccionar, en cada caso, la más adecuada, no sólo a los hechos

¹⁷ RODRÍGUEZ LÓPEZ, Pedro (2005): «Naturaleza jurídica de la Ley Orgánica de responsabilidad penal del menor. Principios que rigen la norma. Características del sistema», en: EL MISMO: *Ley Orgánica de responsabilidad penal de los menores. Especial análisis de la reparación del daño*, Madrid: Dijusa, p. 30.

cometidos, sino a la edad, las circunstancias familiares y sociales, la personalidad y el interés del menor.¹⁸

Y es que en el Derecho penal juvenil español, la gravedad del hecho cometido ocupa(ba) en el momento de la aprobación de la LORPM un lugar subsidiario frente a otros aspectos tales como la edad, las circunstancias familiares y sociales, la personalidad y el interés del menor, otorgándose a su vez un claro predominio de los criterios educativos y (re)socializadores sobre los de una defensa social esencialmente basada en la prevención general.

Siguiendo con el análisis de la naturaleza jurídica del Derecho penal de menores instaurado en España en el año 2000, hay que decir en principio que el régimen jurídico-penal contenido en la LORPM debía de considerarse ante todo como un *Derecho penal de autor* y un *Derecho penal de carácter educativo*.¹⁹ Así, aunque la comisión de una infracción delictiva es la condición fundamental para que se produzca una intervención sobre la base de la LORPM, no puede dejarse de lado el hecho de que tanto el Derecho penal juvenil sustantivo como el procesal estaban *dominados* por la personalidad y el «superior interés» del menor delincuente. Por ello, en el caso de que un menor de dieciocho años hubiese cometido un delito, la correspondiente reacción punitiva del Estado se determinaba, no tanto por el hecho material en sí, sino más bien por la personalidad del menor y su entorno familiar y social.²⁰ De este modo, y al contrario así de lo que sucede en el Derecho penal de adultos, donde el hecho cometido es la base única y exclusiva en la que el órgano juzgador fundamenta su intervención de carácter penal, en el ámbito de la justicia juvenil creada en España en el año 2000 había que partir de la existencia de un Derecho penal de autor, en cuya base tanto la adopción de una determinada medida como su ejecución dependían *en todo caso* de las circunstancias concretas de cada caso individualizado.

Por otro lado, las medidas previstas en la LORPM tenían en principio como objetivo primordial posibilitar una «intervención educativa»,²¹ con la que se intentaba sobre todo tener en cuenta los intereses educativos del menor infractor. De este modo, las medidas contenidas en la LORPM no tenían, en principio, un carácter represivo, sino fundamentalmente preventivo-especial, adquiriendo así una especial intensidad el anteriormente señalado aspecto sancionador-educativo. Puede decirse así que las medidas reguladas en la LORPM, a diferencia de las penas contenidas en el CP de adultos, no estaban sometidas al principio de culpa y retribución por el

¹⁸ *Ibidem*, pp. 30-31.

¹⁹ CANO PAÑOS (2006), cit., p. 186.

²⁰ Este aspecto es expresado con claridad meridiana en el apartado 3 del art. 7 LORPM: «Para la elección de la medida o medidas adecuadas [...], se deberá atender de un 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 [...]».

²¹ Aspecto éste señalado expresamente en el apartado I 4 de la EM de la LORPM, cuando se dice que «[...] la responsabilidad penal de los menores presenta frente a la de los adultos un carácter primordial de intervención educativa que trasciende a todos los aspectos de su regulación jurídica [...]».

hecho, es decir, no miraban al pasado, sino al futuro, a un tratamiento (re)socializador del menor.

También en el proceso penal de menores se observa(ba) la influencia de esa «intervención educativa» y de ese espíritu (re)socializador, los cuales lleva(ba)n a establecer una serie de especialidades procedimentales, fundamentadas todas ellas en la edad y en la personalidad del menor imputado, como por ejemplo la celeridad en la tramitación del procedimiento (arts. 23, 27 ó 31 LORPM, entre otros), la existencia de un principio de oportunidad reglada (arts. 18 y 19 LORPM), la restricción del principio de publicidad (art. 35.2 LORPM) o la inexistencia de acusación particular (arts. 8 y 25 LORPM).

El sistema de justicia juvenil instaurado en España en el año 2000 por parte de la LORPM consideraba que el menor de edad que infringe las normas jurídicas era únicamente una persona en desarrollo que no había podido interiorizar dichas normas. Por lo tanto no se podía partir de la base de que había defraudado las expectativas que la sociedad pudiera tener respecto de él, sino que ni tan siquiera, en gran número de supuestos, esa misma sociedad le había dado la oportunidad de adquirir la maduración necesaria para la interiorización de las normas. En estas condiciones, un tratamiento exclusivamente penal y retribucionista de los menores y jóvenes que delinquen sería una reacción, no solamente injusta, sino también escasamente coherente con los principios constitucionales y con las normas internacionales en materia de protección de menores ratificadas por España. A la vista de estas consideraciones, la reacción social frente a la delincuencia juvenil no debía ser de castigo, sino más bien de integración *educadora*, dirigida a que los menores se pudieran reintegrar en la sociedad y se abstuvieran de la comisión de ulteriores infracciones delictivas (prevención de la reincidencia).²²

Con todo, y a pesar de la posición preferente que el principio educativo debía ostentar en la legislación penal de menores frente a consideraciones preventivo-generales, así como frente a valoraciones relativas a la retribución de la culpabilidad por el delito cometido, hay que tener presente que la asignación de primacía a este principio podía acarrear, llevado hasta sus últimas consecuencias, efectos negativos para el menor infractor, a saber, intervenir, basándose en razones educativas, de forma más intensiva sobre el menor que sobre el adulto ante la comisión de infracciones delictivas de naturaleza semejante.²³ En relación a ello, y siguiendo en este caso a Cruz Blanca, la finalidad del Derecho penal de menores no puede ser la pretensión estatal educativa en sentido amplio, esto es, la socialización concebida como proceso complejo que busca un desarrollo determinado de la personalidad. Por el contrario, esa pretendida finalidad educativa se debe circunscribir de forma parcial a la finalidad de que el menor que ha delinquido adecue en adelante su

²² En parecidos términos: HIGUERA GUIMERÁ, cit., pp. 300-301.

²³ De la misma opinión: CRUZ MÁRQUEZ, cit., p. 28.

comportamiento a las exigencias legales mediante la aplicación de las consecuencias jurídicas apropiadas, en definitiva, que no cometa delitos en el futuro.²⁴

Por consiguiente, la educación no es ni puede ser el fin de las sanciones penales para los menores infractores, sino tan sólo un medio para conseguir el fin de prevenir la reincidencia. La LORPM no es, por tanto, un elemento del sistema *educativo*, sino más bien una parte integrante del sistema *punitivo* del Estado caracterizado eso sí por su orientación educativa para cumplir los fines de prevención especial que le son propios debido a las características de sus destinatarios. Con ello se vuelve al principio del presente epígrafe: la LORPM regula la responsabilidad *penal* de los menores. Con todo, esta orientación político-criminal precisa ciertamente de ciertas matizaciones debido sobre todo a las sucesivas modificaciones que ha ido sufriendo la ley desde el año 2000, y que serán analizadas en un epígrafe posterior.

Efectivamente, a pesar de lo explicado, en los últimos tiempos puede observarse, también en España, cómo determinados sectores ponen en duda ese pensamiento educativo acuñado por el legislador de la LORPM, mostrándose partidarios de sustituir el modelo primigenio de la justicia penal de menores fundamentado en postulados de carácter preventivo-especial-educativo por otro basado en el modelo de prevención general-seguridad ciudadana, el cual parece dominar todas las reformas penales llevadas a cabo en España en los últimos años. El (aparente) aumento en España de la delincuencia de menores en general y de los casos de violencia juvenil en particular ha dado pie a que desde determinados círculos políticos, respaldados por una gran parte de la opinión pública, se abogue por una protección mayor de la sociedad y, consiguientemente, por un tratamiento más severo con respecto a esos «menores y jóvenes criminales». Con ello se pretende colocar en un segundo plano esa pretendida «intervención educativa», propugnada en su día como *leitmotiv* por la LORPM, dando entrada en su lugar a finalidades exclusivamente represivas. Como se analizará posteriormente, con las modificaciones operadas en la LORPM en los últimos años no puede hablarse ya en España de la existencia de un Derecho penal juvenil con un carácter eminentemente preventivo-especial, sino más bien de un sistema de justicia juvenil en el que se están consolidando aspectos inherentes al Derecho penal de adultos, tales como la represión por el delito cometido, la proporcionalidad entre la gravedad del hecho y la gravedad de la sanción, la intimidación de los destinatarios de la norma, la defensa social... en definitiva, aspectos vindicativos y de prevención general.

Por tanto, esa orientación preventivo-especial vinculada al «superior interés del menor», y que en su día fue tan reiteradamente proclamada por el legislador de la LORPM, queda así en buena medida relegada a un segundo plano a partir de las modificaciones llevadas a cabo en la Ley, lo cual, en palabras de Terradillos Baso-

²⁴ CRUZ BLANCA, María José (2002): *Derecho penal de menores. (Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores)*, Madrid: Edersa, pp. 193 y ss.

co, «pone en entredicho la coherencia del texto legal y la solidez de sus paredes maestras».²⁵ Paredes maestras conformadas por los principios que en el año 2000 el legislador consideró criterios inspiradores e irrenunciables del Derecho penal de menores contenido en la primigenia redacción de la LORPM. Al análisis de estos principios se dedica el epígrafe siguiente.

3. Algunos principios (in)cuestionados de la legislación penal de menores

La finalidad que los redactores iniciales de la LORPM atribuyeron al modelo de actuación que proponía la nueva legislación penal de menores puede desprenderse de manera clara de lo manifestado en el apartado II 7 de la Exposición de Motivos. La opción de política criminal que adoptaba la Ley partía de la convicción de que la responsabilidad de los menores de edad infractores no podía regularse en los mismos términos que la de los adultos, por lo que debían rechazarse «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», pretendiendo «impedir todo aquello que pudiera tener un efecto contraproducente para el menor, como el ejercicio de la acción por la víctima o por otros particulares» (EM II 7). La idea subyacente a todo el sistema era que el menor que infringe las leyes penales es únicamente una persona en desarrollo que no ha podido interiorizar dichas normas, por lo que no se podía partir de la base de que había defraudado las expectativas que la sociedad pudiera tener respecto a él, sino que ni tan siquiera, en muchas ocasiones, la misma sociedad le había dado la oportunidad de adquirir la maduración necesaria para la interiorización de estas normas.

Precisamente esa responsabilidad *diferente* era la que en un principio justificó la necesidad de ofrecer a los menores de edad una respuesta *diferente*. La LORPM partía de la base de que la delincuencia juvenil es diferente a la de los adultos, por lo que la reacción social frente a ésta no podía venir de la mano del castigo sino más bien de la respuesta educativa. Para ello, la determinación del tipo de respuesta debía hacerse de forma flexible en función de las necesidades específicas del menor.

Este modelo de actuación que –todavía– recoge el Preámbulo de la LORPM, tal y como propone su modelo inspirador de Naciones Unidas, coloca(ba) al menor *en el centro* de la actuación de la justicia de menores. El «superior interés del menor» se convirtió así en el principio inspirador e interpretativo de todas las disposiciones y actuaciones relacionadas con el infractor menor de edad, por lo que a aquél se le dedicará posteriormente una atención especial. No obstante, junto con ese principio inspirador debían venir todos los demás principios, tanto los de carácter garantista

²⁵ TERRADILLOS BASOCO, Juan María (2004): «Responsabilidad penal de los menores», en: RUIZ RODRÍGUEZ, Luis Ramón/NAVARRO GUZMÁN, José Ignacio (Ed.), *Menores. Responsabilidad penal y atención psicossocial*, Valencia: Tirant lo blanch, p. 60.

como aquellos otros fundamentados en el carácter *especial* de la legislación penal de menores con respecto a la de los adultos.

En cualquier caso, la tarea de los redactores de la LORPM se vio simplificada y, sobre todo, facilitada por la existencia en el ámbito del Derecho comparado de modelos muy estimables, así como por la ya consolidada doctrina internacional en la materia, cristalizada en una serie de resoluciones y recomendaciones, reglas y directrices, de muy cualificados organismos internacionales, fundamentalmente de las Naciones Unidas y del Consejo de Europa.²⁶

Desde este punto de partida general, la Convención sobre los Derechos del Niño, en su art. 40, demanda una *jurisdicción especializada*, diferente de la ordinaria, que enjuicie los hechos e intervenga atendiendo, aparte del delito y su gravedad, a la edad y circunstancias del menor. En realidad, la creación y regulación de una jurisdicción especializada de menores responde –en teoría– a la idea generalizada de que es preciso discriminar positivamente e intervenir de manera diferente con los menores –entre catorce y dieciocho años– que con los adultos.

Pues bien, sobre la base argumentativa expuesta en los párrafos anteriores, la propia EM de la LORPM enuncia en su apartado II 6 los principios inspiradores de la ordenación penal y procesal de menores que se instituyó en el año 2000 y que, con distinta coherencia, se desarrollan en el articulado de la Ley. Con ellos se busca conciliar el estricto respeto de los derechos del menor y la aplicación de medidas educativas –ya incluso la adopción de otras soluciones menos aflictivas– con la finalidad de conseguir la (re)educación y (re)inserción del menor que ha tenido un problema de trascendencia penal. Entre los principios recogidos tanto en la mencionada EM como en el articulado de la LORPM cabe destacar los siguientes:

1. *Reconocimiento expreso de todas las garantías que se derivan del respeto de los derechos constitucionales.* El art. 1.2 LORPM declara, en este sentido, que los menores sometidos a esta Ley «gozarán de todos los derechos reconocidos en la Constitución y en el ordenamiento jurídico»; en particular de los derechos previstos en la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, en la Convención sobre los Derechos del Niño del año 1989, así como «en todas aquellas normas sobre protección de menores contenidas en los Tratados válidamente celebrados por España». Además, en cuanto modelo de justicia derivado en todo caso de la comisión de hechos punibles, la imposición de medidas al menor ha de hacerse con las garantías contenidas en la legislación penal. En este sentido, el Tribunal Constitucional, en su trascendental Sentencia 36/1991, de 14 de febrero, afirmó que «los

²⁶ Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989; Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de menores, de 29 de noviembre de 1985; Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, de 14 de diciembre de 1990; Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil, de 14 de diciembre de 1990; Recomendación 87 (20) del Consejo de Europa sobre reacciones sociales ante la delincuencia juvenil, de 17 de septiembre de 1987; Recomendación 2003 (20) del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre nuevas formas de tratamiento de la delincuencia juvenil y el papel de la justicia juvenil, de 24 de septiembre de 2003.

derechos fundamentales que consagra el art. 24 CE han de ser respetados también en el proceso seguido contra menores a efectos penales» (principio acusatorio, principio de defensa o principio de presunción de inocencia, entre otros).

2. *Intervención mínima.* En el ámbito del Derecho penal juvenil español se pueden destacar dos vertientes del principio de intervención mínima. Así, por un lado, la LORPM potencia los medios para evitar la apertura del procedimiento por sus efectos negativos (art. 18 CP). Por otro lado, cuando el proceso resulta inevitable por la gravedad de los hechos cometidos hay una preferencia hacia las medidas en medio abierto por su menor efecto criminógeno, lo que deja al internamiento como una medida a imponer excepcionalmente en los casos estrictamente necesarios. A partir de lo explicado, en Derecho penal de menores la comisión de un hecho delictivo no es suficiente para imponer una medida ni siquiera para iniciar la intervención penal, ya que (1) la escasa gravedad de los hechos, (2) las características personales del menor o (3) la realización de actos de conciliación o reparación pueden considerar innecesaria y contraproducente la entrada en el sistema penal, dada la vigencia del principio de oportunidad. En palabras de Alastuey Dobón, el principio de intervención mínima constituye una vertiente de la prevención especial de gran importancia, en particular cuando de lo que se trata es de aplicar Derecho penal a menores.²⁷ De este modo, en la LORPM se contienen una serie de estrategias de desjudicialización o *diversión*, consistentes en distintas modalidades de solución de un conflicto relevante para el Derecho penal que terminan sin proceso penal o en una fase temprana de éste y, en todo caso, sin sentencia. Por su parte, en aquellos casos en los que no resulta posible o conveniente acudir a las alternativas al procedimiento, cabe atender al principio de intervención mínima a través de la imposición de medidas de carácter ambulatorio o bien acudiendo a institutos tales como la suspensión de la ejecución del fallo (art. 40 LORPM) o la modificación de la media impuesta en sentencia (art. 14.1 LORPM, antes de la reforma, y art. 13 LORPM actualmente vigente).

3. *El interés superior del menor.* Como ya se ha apuntado anteriormente, este principio constituye sin lugar a dudas el *leitmotiv* de los instrumentos internacionales en materia de protección y reforma de menores y la piedra angular del sistema de justicia juvenil instaurado en la LORPM, por lo que va a ser objeto de una atención especial en el epígrafe siguiente. Baste apuntar aquí que la citada LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, inmediato antecedente legal de la LORPM, lo proclama expresamente en su art. 2.²⁸ Por su parte, la LORPM, con buen criterio, y

²⁷ ALASTUEY DOBÓN, Mari Carmen (2002): «El Derecho Penal de Menores: Evolución y rasgos esenciales de la Ley Orgánica 5/2000», en: DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, *et al.* (Ed.), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*, Madrid: Tecnos, p. 1549.

²⁸ «En la aplicación de la presente Ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Asimismo, cuantas medidas se adopten al amparo de la presente Ley deberán tener un carácter educativo».

abandonando para ello antiguas actitudes paternalistas, determina que el superior interés del menor «ha de ser valorado con criterios técnicos y no formalistas por equipos de profesionales especializados en el ámbito de las ciencias no jurídicas» (EM II 7, párrafo 2). Por tanto, frente al Derecho penal de adultos, donde la justificación del castigo se centra fundamentalmente en la retribución por el delito cometido y la prevención de futuros delitos, lo que obliga a valorar prioritariamente en la aplicación judicial de la pena la gravedad del hecho y la culpabilidad del sujeto responsable, en el ámbito relativo al Derecho penal de menores se ha de valorar especialmente el interés superior del menor tanto en el procedimiento como en la aplicación de las medidas. Y ello incluso por encima de la gravedad de los hechos. Ese interés tiene que ser valorado mediante criterios técnicos emitidos por los equipos de profesionales especializados en el ámbito de las ciencias no jurídicas (Psicología, Pedagogía, Servicios Sociales, etc.).

4. *Flexibilidad en la elección y ejecución de las medidas.* La LORPM contiene un amplio catálogo de medidas previstas en su art. 7.1 en coherencia con lo declarado por el art. 40.4 de la Convención sobre los Derechos del Niño, disposición esta última que reclama la necesidad de que el Juez de Menores cuente con un amplio repertorio de instrumentos para facilitar una flexible intervención que permita una respuesta individualizada conforme a las necesidades e interés de cada menor, debiéndose crear para ello variadas alternativas a la privación de libertad. De este modo, y a diferencia de la *rigidez* característica de las reglas de determinación de la pena en el Código Penal, la LORPM prevé un sistema eminentemente *flexible* que hace posible dar una respuesta individualizada a cada menor según sus propias circunstancias psicosociales. Fundamental en este sentido es lo dispuesto en el art. 7.3 LORPM, donde se establece 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 [...]». Dicha flexibilidad se vislumbra también en el ámbito procesal, ya que la LORPM otorga a lo largo del proceso múltiples posibilidades tanto al Juez de Menores como al Ministerio Fiscal para poner fin al mismo sin imposición de medida o con una propuesta de reparación. De este modo, y sin pretensiones de exhaustividad, el principio de flexibilidad se refleja de manera particular en los arts. 13, 18, 19, 40 y 51 LORPM. Las razones que justifican tal flexibilidad son de manera fundamental la necesaria observancia del interés del menor, la vocación educativa del sistema, la ponderación de los costes que el proceso puede tener para el menor o el diferente sentido del transcurso del tiempo para quienes se encuentran en un acelerado proceso de maduración personal.²⁹ Con todo, esta gran flexibilidad se ha visto sin embargo seriamente

²⁹ De la misma opinión: COLÁS TURÉGANO, Asunción (2011): *Derecho Penal de Menores*, Valencia: Tirant lo blanch, pp. 111-112, con bibliografía complementaria.

afectada a causa de las limitaciones contenidas en el vigente art. 10 LORPM, disposición que obliga a los internamientos en régimen cerrado en determinados casos e impide hacer uso de las facultades de sustitución y suspensión antes de un determinado tiempo de cumplimiento.

5. *Diferenciación de diversos tramos de edad a efectos procesales y sancionadores.* La diversidad de situaciones de madurez o desarrollo mental que plantea la diferencia de edad, dentro de los conceptos «niño», «menor» o «joven» (antiguo apartado cuarto del art. 1 LORPM, hoy derogado por la LO 8/2006), requiere distinguir varios tramos. En su redacción original, la LORPM distinguía un total de tres tramos de edad: 14-16, 16-18 y, en determinados supuestos, 18-20, por entender que la responsabilidad es diferente según la evolución del joven y por considerar básicamente que la respuesta debía ser adecuada a la edad.³⁰ Así, en el caso de los menores (14-18), la LORPM establece a su vez una subdivisión adicional entre los menores de catorce a dieciséis años, por un lado, y los de dieciséis a dieciocho, por otro. Dicha diferenciación tiene consecuencias tanto desde el punto de vista sustantivo como procesal, otorgando la Ley un trato mucho más favorable a los menores de dieciséis años que a los que superan dicha edad.

6. *La resocialización del menor.* Por último, el principio de resocialización se encuentra recogido de manera expresa en el art. 55 LORPM. Es cierto que la Constitución española recoge en el art. 25.2 con carácter general que «las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social...». Con todo, si bien la prevención especial es un fin al que también tienden las penas, este principio adquiere si cabe una especial intensidad en el ámbito de las medidas recogidas en la legislación penal de menores. Con éstas, el legislador no persigue tanto que la sociedad en general se abstenga de cometer delitos, sino más bien la rehabilitación y reinserción del menor, colmando las carencias de todo tipo que eventualmente pueden encontrarse en el origen de su proceder desviado. El principio de resocialización adquiere un especial protagonismo en la ejecución de las medidas privativas de libertad, que son aquéllas que tienen un componente intrínseco más desocializador por la separación que imponen al menor de su entorno familiar, social y educativo.³¹

Como se ha apuntado anteriormente, la presencia del principio educativo en el régimen penal juvenil exige satisfacer el llamado «interés superior del menor» a la hora de modular la respuesta penal. En este sentido, su inclusión en los sistemas penales juveniles es reflejo directo de la necesidad de configurar de forma específica la responsabilidad penal de los menores y jóvenes. Se trata, en definitiva, de un principio *configurador* del Derecho penal juvenil, en tanto afecta a todos los ámbitos del sistema, desde el procesal (celeridad, carácter instructor del Fiscal de Meno-

³⁰ Véase al respecto, en detalle: CANO PAÑOS (2006), cit., pp. 189 y ss.

³¹ En los mismos términos: COLÁS TURÉGANO, cit., p. 89.

res, posibilidades de resolución informal del caso, etc.) hasta el relativo a las consecuencias jurídicas (catálogo variado de medidas, criterios flexibles de aplicación y modificación). Al estudio de este principio se dedica el epígrafe siguiente.

4. Especial referencia al denominado «interés superior del menor» como criterio rector de la legislación penal de menores

El llamado «interés superior del menor» constituye sin lugar a dudas el principio más importante de los recogidos en el sistema de justicia juvenil español contenido en la LORPM y es el que, cabe apuntar ya, ha salido peor parado como consecuencia de las sucesivas reformas operadas en la LORPM en los últimos años. En síntesis, y aunque se trata de una noción amplia susceptible de múltiples interpretaciones, este principio viene a significar que todas las cuestiones que se susciten en este concreto ámbito han de resolverse buscando lo más conveniente para el menor, estando en último extremo conectado con el derecho constitucional al «desarrollo de la personalidad», consagrado en el art. 10.2 de la Constitución Española (CE).

El «interés superior del menor» es un principio de tal trascendencia para la jurisdicción de menores que sin él no sería posible entender el modelo de justicia juvenil que incorpora la LORPM. Y no sólo porque en la Exposición de Motivos aún vigente se haga hasta en catorce ocasiones referencia explícita a este principio, desarrollando el concepto en el párrafo segundo del apartado II 7, sino porque esto no es ni más ni menos que la plasmación concreta en el Derecho penal de menores español de los arts. 3 y 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990. Además, se está delante de la concreción en la regulación de la responsabilidad penal del menor de la cláusula general que se contiene en otra normativa positiva de trascendental importancia: el art. 2 de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, disposición que, como se señaló anteriormente, hace prevalecer este principio sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir, complementándose con el otro pilar básico de esta rama del Derecho que es el carácter educativo de las medidas que se adopten. Girando en torno a este principio del «superior interés del menor» e íntimamente relacionados entre sí se encuentran el resto de los principios informadores de la LORPM, los cuales han sido analizados anteriormente.

Como se acaba de señalar, el principio del «superior interés del menor» se encuentra recogido de manera expresa en el art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, disposición que establece que «en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas y los órganos legislativos, una consideración primordial a la que se atenderá será el interés superior del niño». Por tanto, es principio básico en todas y cada una de las intervenciones llevadas a cabo con menores el de la búsqueda siempre y en todo momento de aquella actuación que

redunde en interés del menor. Igualmente, el art. 40 de la mencionada Convención establece los presupuestos de la justicia material de menores, desarrollando el concepto de interés del menor.

En el caso de la legislación penal de menores contenida en la LORPM, este principio se considera legalmente elemento *determinante* tanto del procedimiento como de las medidas a imponer por el Juez de Menores y ha de ser valorado «con criterios técnicos y no formalistas por equipos de profesionales especializados en el ámbito de las ciencias no jurídicas» (EM II 7, párrafo 2). De este modo, el interés del menor *aparta* definitivamente la naturaleza jurídica del sistema de justicia juvenil del regulado para los individuos en edad adulta, en el que los elementos retributivos y de prevención general juegan un papel preponderante. Por tanto, este interés superior del menor justifica principios tales como el de flexibilidad en la adopción de la medida, ya aludido anteriormente, así como la proscripción de la retribución y la vindicación, encarnado por ejemplo en la ausencia de la acusación particular en la redacción primigenia de la LORPM.

En lo que hace referencia al concepto del «superior interés del menor» hay que decir que ni la Jurisprudencia ni la doctrina científica españolas han elaborado una definición específica de dicha expresión. Hasta ahora, el tratamiento que ha tenido dicho interés ha sido el de reconocerse, darlo por supuesto y entender que es primordial en el ámbito de la justicia de menores. La doctrina penal suele circunscribir dicho concepto al interés en la educación y socialización del menor, así como al libre desarrollo de su personalidad.³² En opinión de Martínez Serrano, dicho principio hay que comprenderlo, por una parte, como la necesidad de atender a criterios varios, no exclusiva ni preferentemente jurídicos, relacionados con las necesidades y circunstancias (sociales, psicológicas, culturales, entre otras) del sujeto infractor, siempre que se adopte una resolución que afecte a un menor de edad. De otra, como la prevalencia del interés del menor cuando éste entre en colisión o concurra con otros intereses legítimos de particulares o de defensa social.³³

Por lo que respecta al primer aspecto relativo a atender a criterios varios, no exclusivamente jurídicos, para adoptar las resoluciones que atañen a los menores de edad, juegan un papel importantísimo los equipos técnicos que con su asesoramiento ilustran a los operadores jurídicos a lo largo de todo el procedimiento. Además, a diferencia de lo que sucede en el Derecho penal de adultos, en el ámbito de la justicia juvenil no existe una correlación concreta entre hecho y medida. La razón de ser de dicha diferencia estriba en la necesidad de atender no sólo a la entidad del delito cometido, sino *primordialmente* a las circunstancias personales, familiares y

³² Véase al respecto, entre otros: BUENO ARÚS, Francisco (2003): «La Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores», en LÁZARO GONZÁLEZ, Isabel E./MAYORAL NARROS, Ignacio V. (Coord.), *Jornadas sobre derecho de los menores*, Madrid: Universidad Pontificia Comillas, p. 319; HIGUERA GUIMERÁ, cit., p. 253.

³³ MARTÍNEZ SERRANO, Alicia (2001): «Principios sustantivos y procesales básicos de la responsabilidad penal de los menores establecidos en la LO 5/2000», en: ORNOSA FERNÁNDEZ, M. Rosario (Dir), *La responsabilidad penal de los menores: aspectos sustantivos y procesales*, Cuadernos de Derecho Judicial núm. 3, Madrid: CGPJ, pp. 24-25.

sociales que están seguramente en el origen de la conducta delictiva llevada a cabo por el sujeto.³⁴ Detrás de esta dualidad que exige la atención al superior interés del menor que ha cometido un delito se sitúa tanto la consideración de que ese menor se encuentra en un proceso –necesariamente incompleto– de integración social, como la conciencia de que la sociedad tiene algo que ver y que decir en ese acto de delincuencia juvenil.

En cuanto a la prevalencia del interés del menor en los casos de concurrencia de éste con otros intereses legítimos, el mejor exponente se encontraba reflejado en el art. 25 LORPM (antes de la reforma operada en el año 2003), al prohibir terminantemente el ejercicio de la acusación particular y la acción popular en el procedimiento sustanciado ante menores infractores, facultando únicamente al Ministerio Fiscal para ejercitar la acción penal y demandar, si procede, la adopción de medidas respecto de los menores de edad por la comisión de hechos delictivos.³⁵

El interés superior del menor implica que la Justicia penal de menores sólo debe actuar si es realmente necesario (principios de oportunidad y de intervención mínima) y aplicando una medida de carácter educativo o rehabilitador en función de sus circunstancias personales, dejando a un lado las demandas preventivo-generales que ceden ante la finalidad de *recuperación* del joven infractor.

En cualquier caso, ese «superior interés del menor» participa indudablemente del concepto jurídico indeterminado o abierto que necesita ser individualizado en cada supuesto concreto, según las circunstancias que concurren y que deben ser valoradas por los distintos operadores jurídicos que participan en el sistema de justicia juvenil atendiendo siempre y en todo caso a ese superior interés.³⁶

El interés superior del menor, además de una mención genérica en el art. 6 del Reglamento de la LORPM,³⁷ lo menciona también expresamente el art. 7.3 LORPM al declarar que en la elección de la medida, junto a la prueba y valoración jurídica de los hechos, se ha de atender «especialmente» a la edad, las circunstancias familiares y sociales, la personalidad y el interés del menor, lo que parece situar la clase y gravedad del delito en un segundo plano, algo realmente impensable en adultos ya que el delito cometido es precisamente el centro de la determina-

³⁴ La prueba más evidente de que el interés del menor constituye el criterio fundamental para la determinación de la medida es la posibilidad de que dos o más menores autores de los mismos hechos (por ejemplo en régimen de coautoría), o de hechos sustancialmente iguales, puedan recibir medidas distintas o de distinta duración en función de sus circunstancias personales. Así por ejemplo lo ha señalado el Tribunal Supremo en sentencia dictada en un recurso para unificación de doctrina de la LORPM (STS de 3 de febrero de 2003).

³⁵ En este sentido, la misma EM de la LORPM establecía que la no procedencia de la acusación particular y la acción popular en el proceso de menores se basaba en el hecho de que «en estos casos el interés prioritario para la sociedad y para el Estado coincide con el interés del menor» (EM II 8.3 *in fine*).

³⁶ En los mismos términos: ALTAVA LAVALL, Manuel-Guillermo (2006): «Concepto y reconocimiento del interés superior del menor en la legislación española», en: GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis/CUERDA ARNAU, María Luisa (coords), *Estudios sobre la responsabilidad penal del menor*, Castellón: Universitat Jaume I, pp. 45-46.

³⁷ Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio (BOE núm. 209, de 30 de agosto de 2004), art. 6. «Principios inspiradores de la ejecución de las medidas. Los profesionales, organismos e instituciones que intervengan en la ejecución de las medidas ajustarán su actuación con los menores a los principios siguientes: a) El superior interés del menor de edad sobre cualquier otro interés concurrente».

ción de la pena.

También se menciona el interés prioritario del menor en la posibilidad de modificar una medida ya impuesta (art. 13.1 LORPM), ya que en el Derecho penal de menores, a diferencia del Derecho penal de adultos, la medida acordada en la sentencia puede ser modificada en el transcurso de su cumplimiento si la evolución del menor así lo aconseja; de esta manera, un inicial internamiento puede ser sustituido por una libertad vigilada si el Juez considera que ya no es necesaria una intervención de tal naturaleza y se puede pasar a un periodo de vigilancia en libertad.

Por su parte, en el ámbito del proceso penal regulado en la LORPM también se reconoce prioridad al interés superior del menor. Así, el apartado 2 del art. 35 LORPM prevé la posibilidad de que el Juez de Menores pueda acordar, «en interés del menor imputado o de la víctima», que las sesiones no sean públicas, estableciendo de esta manera una importante excepción al principio de publicidad en la fase del juicio oral, consagrado en el art. 120.1 CE y en el art. 232 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

En un principio también era manifestación de dicho interés la exclusión de la acusación particular. Efectivamente, el repetido interés superior del menor justificaba la inexistencia de este instituto procesal. De esta manera, la LORPM consideraba que sólo el Ministerio Fiscal podía impulsar objetivamente la acción penal. Con ello se pretendía asegurar la prevalencia del interés del menor en la elección de la medida, impidiendo interferencias de tipo retributivo o vindicativo, las cuales podían aparecer con la personación de la víctima en el procedimiento. Sin embargo, la LO 15/2003 –la cual será objeto de análisis en el epígrafe siguiente– modificó el contenido de los arts. 8 y 25 LORPM, introduciendo la posibilidad de la acusación particular, siendo una de sus atribuciones la de instar la imposición de medidas, quedando con dicha reforma sensiblemente maltrecho el principio del superior interés del menor.

Pese a lo explicado, la LORPM contemplaba ya en su redacción original supuestos en los cuales el aludido «interés superior del menor» quedaba fuera del proceso de selección de la medida en aquellos casos en los que la propia Ley prescribía expresamente el tipo de medida a imponer en función de la gravedad de los hechos, quedando reducida la observación de las circunstancias y características del menor al determinar su duración. Esa regulación mantenía –y sigue manteniendo– un claro paralelismo con la fórmula seguida en el Código Penal, donde se fija expresamente el tipo de pena que corresponde a cada delito, junto al límite máximo y mínimo de su duración, pues el Juez de Menores debe aplicar la medida de internamiento en régimen cerrado, decidiendo su concreta duración dentro del marco legal establecido.

Una vez realizado este somero análisis de los principios más esenciales que –hay que decir– siguen marcando actualmente el sistema de justicia juvenil recogido en

la LORPM, conviene señalar que, aun cuando dichos principios no han perdido todavía su completa efectividad en la regulación actual del Derecho penal de menores contenido en la LORPM, lo cierto es que, sin embargo, los mismos se han visto matizados y reducidos de forma considerable, al menos en relación con las formas de delincuencia más graves.

Como se verá posteriormente, la hasta ahora última reforma operada en la LORPM en el año 2006 en los casos de delincuencia juvenil de carácter grave ha venido a potenciar las exigencias de prevención general positiva y negativa más propias de un Derecho penal de adultos, así como los efectos de inocuidad en detrimento del paradigma preventivo-especial fundamentado en el «superior interés del menor», principio que no obstante sigue manteniéndose intacto en el texto de la LORPM.

Queda claro, por tanto, que en el ámbito del llamado «núcleo duro» de la delincuencia juvenil, el principio del superior interés del menor cede ante una finalidad puramente aflictiva, dado que la flexibilidad que propugna el art. 7.3 LORPM se ve relegada ante la obligatoriedad de imponer una medida de internamiento en régimen cerrado, completada en todos los supuestos con una medida de libertad vigilada.³⁸

Las sucesivas reformas que desde su aprobación ha experimentado la LORPM permiten así observar la consideración de otros intereses junto al del menor infractor. El interés superior del menor, la necesidad de su (re)educación, emblema como se ha visto de la LORPM, deja de ser por tanto el interés prevalente para ser uno más entre los intereses a tener en cuenta por esta jurisdicción especializada. De manera que, cuando el menor comete un delito de carácter grave, éste parece terminar con la presunción de su «inocencia»; su interés es otro más entre el conjunto de los factores a tener en cuenta en la respuesta judicial y se manifiesta a través de la dual exigencia de responsabilizarle por el delito cometido mediante la medida impuesta *supuestamente* educativa. La gravedad del delito da lugar por tanto a una excepción al régimen propuesto en su día por el legislador en la LORPM para la delincuencia «común» de menores, así como al contemplado en las directrices que, según la Convención sobre los Derechos del Niño, deben inspirar el funcionamiento de la justicia de menores, relativizándose así el conjunto de principios examinados en los epígrafes anteriores, entre ellos el repetido «superior interés del menor». Al examen de dichas reformas operadas en el Derecho penal de menores vigente en España se dedica el epígrafe siguiente.

5. La política criminal en España ante el fenómeno de la delincuencia juvenil.

³⁸ De la misma opinión, entre otros: DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, cit., p. 101; NIETO GARCÍA, Luis Carlos (2005): «La Ley de Responsabilidad Penal de Menores. Valoración de sus reformas y del actual Anteproyecto», en: PANTOJA GARCÍA, Félix (Dir.), *La Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores: situación actual*, Cuadernos de Derecho Judicial, XXV, Madrid: CGPJ, p. 32.

Las reformas de la Ley Penal del Menor

Tal y como se ha indicado al comienzo de este trabajo, la aprobación en el año 2000 de la LORPM supuso en su momento la efectiva asunción por el ordenamiento jurídico español de los principios básicos del llamado modelo de responsabilidad en materia de respuesta a la delincuencia juvenil. Se partía así de la consideración del menor como un sujeto responsable, aunque eso sí, en proceso de formación; de ahí que la respuesta frente al delito cometido por éste no podía ser la pena *strictu sensu* dirigida al adulto responsable, sino más bien una consecuencia orientada a colaborar en la educación y formación de ese menor, teniendo siempre y en todo momento en cuenta su superior interés. Por todo ello, frente al Derecho penal de adultos, donde las finalidades preventivo-especiales juegan un papel meramente secundario en la determinación de qué pena es la más conveniente, pesando especialmente el delito cometido, en el Derecho penal de menores la orientación debía ser ante todo preventivo-especial, valorándose particularmente en la concreción de la medida las circunstancias que habían podido influir en la conducta del menor.

Éste era a grandes rasgos el espíritu inicial de la LORPM cuando la misma fue aprobada en enero del año 2000. Sin embargo, la utilización política del Derecho penal por parte de los partidos mayoritarios dio lugar a que ese esquema inicial se viera desdibujado progresivamente a través de una serie de reformas que hicieron que el sistema de justicia de menores transitase desde criterios preventivo-especiales, garantistas y de responsabilidad, a esquemas más próximos al modelo represivo adulto, lo que ha conducido a que algún sector doctrinal califique el modelo actual como «modelo de seguridad ciudadana».³⁹

Y es que desde su aprobación, la LORPM ha sido modificada en diversas ocasiones, teniendo las reformas como objetivo prioritario el progresivo endurecimiento de la respuesta frente a la delincuencia juvenil, para de esta forma responder al alarmismo que se ha ido generando en la opinión pública española como consecuencia del negativo papel que en la valoración de aquélla han hecho los medios de comunicación. Así, puntuales sucesos, especialmente dramáticos en algunos casos, aunque eso sí, sobredimensionados por los medios de comunicación, han impulsado una reacción inmediata dirigida a legislar «a golpe de acontecimiento», generando una política criminal de carácter *emocional* frente a los criterios de *racionalidad* reclamados por las instancias doctrinales y por los ejecutores de la norma. Y es que, como se verá a continuación, el Derecho penal de menores contenido en la LORPM no ha escapado a la orientación político-criminal que marca el actual contexto socio-político —español y europeo—, el cual viene sobre todo dominado por

³⁹ Véase, por todos: GARCÍA PÉREZ, Octavio (2007): «La reforma de 2006 de la Ley de responsabilidad penal de los menores: la introducción del modelo de seguridad ciudadana», en: JORGE BARREIRO, Agustín/FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo J. (eds.), *Nuevo Derecho penal juvenil: una perspectiva interdisciplinar ¿Qué hacer con los menores delincuentes?*, Barcelona: Atelier, *passim*. En general, sobre la reorientación de la política criminal en el ámbito de la justicia penal de menores, véase: CANO PAÑOS (2006), cit., pp. 255 y ss.; FERNÁNDEZ MOLINA, cit., pp. 334 y ss.

la caracterización de la nueva sociedad como «sociedad del riesgo». Efectivamente, en una sociedad que tiene una sensibilidad tan alta al riesgo como la actual, los gobiernos han encontrado en el uso de la intervención penal un instrumento sólido y eficaz para gestionar de un modo solvente y decidido determinados riesgos sociales. En el contexto descrito parece evidente que la juventud –en puridad, un sector de la misma– ha sido seleccionada como una población susceptible de ser catalogada como riesgo social, por lo que debe actuarse en su prevención, gestión y, llegado el caso, inocuización.⁴⁰

El endurecimiento de la legislación de la justicia de menores llevada a cabo incluso antes de que la LORPM entrara en vigor en enero de 2001 se vio influenciado en ese momento inicial por una serie de factores. Por un lado, apenas unos meses después de aprobarse la Ley pudo constatarse una escalada de acciones terroristas en el contexto de la llamada «*kale borroka*» (violencia callejera) tras el fin de la tregua anunciada en su día por la organización terrorista ETA, lo cual generó el temor a que esos jóvenes radicales pudieran ser utilizados para la perpetración de delitos graves de terrorismo. Por otro lado, los medios de comunicación mostraron durante ese año 2000 el lado más doloroso, pero también más minoritario de la delincuencia juvenil, levantando una enorme polémica y generando una tremenda alarma social. Todo ello fue alentando la idea de que la ley –la cual, hay que reiterar, aún no había entrado en vigor– resultaba demasiado benévola para hacer frente a la delincuencia grave.⁴¹ Desde luego, no era ése el mejor escenario para poner en práctica la filosofía de la nueva ley, la cual ya partía con una campaña muy fuerte en contra por parte de algunos medios de comunicación.⁴² Pues bien, la reacción más inmediata ante esos acontecimientos de violencia juvenil, tan horribles como excepcionales, fue pedir una intervención rápida y visible, exigir tolerancia cero frente a delincuencia juvenil y frente a cualquier signo de peligro que procediera del colectivo de jóvenes, a través de un endurecimiento en el cumplimiento de las medidas, especialmente, de la duración de la medida de internamiento. Se tenía la impresión de que los menores que cometían delitos graves o muy graves habían

⁴⁰ En parecidos términos: FERNÁNDEZ MOLINA, cit., p. 340.

⁴¹ En este sentido, la regla 5ª del art. 9 LORPM suponía, en el momento en que se aprobó la Ley, el techo sancionador normativamente previsto en la legislación penal de menores. Efectivamente, la redacción original de la misma establecía que de un modo excepcional, cuando los supuestos previstos en la regla 4ª del propio art. 9 LORPM revistieran «extrema gravedad», el Juez debía imponer una medida de internamiento en régimen cerrado de uno a cinco años de duración, complementada dicha medida sucesivamente por otra de libertad vigilada con asistencia educativa hasta un máximo de otros cinco años.

⁴² En ese momento, la entonces Vocal del CGPJ, Esther GIMÉNEZ-SALINAS, ante las críticas que venía recibiendo la ley, señalaba que era preciso dar un margen de tiempo para saber si, tras su entrada en vigor, la delincuencia juvenil había aumentado, disminuido o permanecía igual, afirmando que «solamente en el caso de que se demostrara que esta Ley ha supuesto un importante incremento de la delincuencia juvenil, estaríamos legitimados para modificarla y por el contrario si disminuye o incluso permanece igual, tendríamos que aceptar que si infligiendo menos dolor estábamos frente a resultados parecidos, la Ley de momento podría considerarse un acierto». Véase: GIMÉNEZ-SALINAS I COLOMER, Esther (2001): «Comentarios a la Exposición de Motivos y al Título Preliminar de la LO 5/2000», en: *Justicia de Menores: una justicia mayor. Comentarios a la Ley reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*, Manuales de formación continuada, núm. 9, Madrid: CGPJ, p. 42.

abandonado la condición de niños y no merecían el trato benévolo que ofrecía una jurisdicción especializada.⁴³

Si bien las reformas operadas en la LORPM han dejado al sistema prácticamente inalterado en su práctica diaria, aunque eso sí, únicamente con respecto a la delincuencia de menores de escasa gravedad, sus efectos han ido socavando lentamente parte de la esencia de esta jurisdicción, en la medida que han incorporado a la víctima dentro de un proceso supuesta y exclusivamente presidido por el «superior interés del menor», y porque han excluido de su genuino ámbito de actuación a aquel grupo de la población de infractores juveniles que genera un gran miedo y desconfianza a la sociedad.

A pesar de que no es frecuente que las leyes se modifiquen antes de su entrada en vigor, la LORPM ya sufrió durante su amplio periodo de *vacatio legis* de un año una reforma de muy largo alcance a través de las Leyes Orgánicas 7/2000, de 22 de diciembre y 9/2000, también de 22 de diciembre.

Entre el conjunto de modificaciones introducidas por la LO 7/2000, de 22 de diciembre,⁴⁴ la más destacada es sin duda la ampliación de los periodos de internamiento en régimen cerrado inicialmente previstos en el art. 9 LORPM. Así, antes de la reforma del año 2000, el techo sancionador normativamente previsto en el art. 9 LORPM era de cinco años de internamiento en régimen cerrado, el cual debía ser complementado sucesivamente con una medida de libertad vigilada con asistencia educativa, hasta un máximo de otros cinco años. Esta duración máxima estaba prevista para aquellos menores que al tiempo de la comisión de los hechos hubieran cumplido los dieciséis años, y siempre y cuando se tratase de supuestos de «extrema gravedad», es decir, aquellos delitos cometidos con violencia o intimidación en las personas o con grave riesgo para la vida o la integridad física de las mismas.

Pues bien, la LO 7/2000 modificó el párrafo primero y añadió un tercero a la regla 5ª del art. 9 LORPM. La adición al párrafo primero llamaba la atención sobre la existencia y vigencia de la Disposición Adicional 4ª (DA 4, en lo sucesivo), mientras que el nuevo párrafo tercero disponía que «a los efectos de este artículo, se entenderán siempre supuestos de extrema gravedad aquellos en los que se apreciara reincidencia».

Tras la reforma operada por la LO 7/2000, todo lo contenido en el párrafo primero debía ser entendido desde ese momento sin perjuicio de lo previsto en la nueva DA 4, introducida en la LORPM por la misma LO 7/2000. En la misma se establecía que la medida de internamiento en régimen cerrado podía alcanzar tras la reforma una duración máxima de ocho años para los mayores de dieciséis años y de

⁴³ Véase al respecto, desde una perspectiva tremendamente crítica: CANO PAÑOS (2004): «¿Es conveniente un endurecimiento del derecho penal juvenil? Una toma de posición crítica», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. LV, pp. 285 y ss.

⁴⁴ LO 7/2000, de 22 de diciembre, de modificación de la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal y de la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, en relación con los delitos de terrorismo (BOE núm. 307, de 23 de diciembre).

cuatro para los menores de esa edad, cuando alguno de los hechos cometidos fueran de los previstos en la referida DA 4 (homicidio, asesinato, violación, agresión sexual agravada o terrorismo). En todos estos supuestos, la medida de internamiento en régimen cerrado debía ser completada, en su caso, con otra medida de libertad vigilada, hasta un máximo de cinco años para los sujetos mayores de dieciséis años y un máximo de tres para aquellos sujetos menores de esa edad. Por si esto fuera poco, la Ley de reforma limitó en estos casos considerablemente las posibilidades de modificación, suspensión o sustitución de la medida impuesta por el Juez en sentencia, ya que el menor condenado en los supuestos de la DA 4 únicamente podía beneficiarse de estas facultades cuando hubiera transcurrido, al menos, la mitad de la duración de la medida de internamiento impuesta.

No obstante, con independencia de las referidas modificaciones llevadas a cabo en la legislación penal de menores por la LO 7/2000, el pilar fundamental de las reformas operadas en el año 2000 lo constituyeron sin duda los delitos de terrorismo. En este caso, las especialidades introducidas no se limitaron ya exclusivamente a la vertiente material punitiva de la LORPM, sino que se extendieron también a otros aspectos de carácter procesal o incluso penitenciario.⁴⁵

Efectivamente, si la DA 4 establecía en principio el techo sancionador en la imposición de una medida de internamiento con una duración máxima de ocho años para los sujetos mayores de dieciséis años, ese tope máximo se ampliaba hasta un máximo de diez años para los mayores de dieciséis años y de cinco años para los menores de esa edad, cuando fueren responsables de más de un delito, alguno de los cuales estuviese calificado como grave y sancionado con pena de prisión igual o superior a quince años como delito de terrorismo comprendido entre los arts. 571 a 580 CP. En ambos casos, la medida de internamiento debía ser completada en todos los supuestos con otra medida de libertad vigilada hasta un máximo de cinco o tres años, según las edades referidas. Puede observarse por tanto cómo mediante dicha ampliación de la duración máxima de la medida de internamiento se dobló literalmente el tiempo señalado en la regla 5ª del art. 9 LORPM antes de la reforma del año 2000.

Como puede deducirse fácilmente de lo explicado, con la reforma operada por la LO 7/2000 se inició el paulatino abandono del modelo originario de la LORPM, basado esencialmente en la prevención especial, atisbándose ya uno de naturaleza mixta, donde podían distinguirse dos supuestos. En relación con la delincuencia de pequeña y mediana gravedad es el fin de la prevención especial el que debía seguir orientando la interpretación de los presupuestos, así como los criterios de elección de la medida y su magnitud. En cambio, en lo referente al denominado «núcleo

⁴⁵ Sobre estas modificaciones véase, en detalle: BARQUÍN SANZ, Jesús/CANO PAÑOS, Miguel Ángel (2009): «Los cambiantes principios del Derecho penal español de menores. Del interés superior del menor a la prevención general», en: MORILLAS CUEVA, Lorenzo/NÁQUIRA RIVEROS, Jaime (dir.), *Derecho penal de menores y adolescentes: una visión dual desde Chile y España*, Madrid: Dykinson, pp. 50 y ss.

duro» de la delincuencia juvenil, ya no se podía seguir sosteniendo que son las consideraciones de prevención especial las que debían ocupar un primer plano en la Ley, sino más bien las de prevención general.⁴⁶ A la vista de ello es apreciable que el interés superior del menor que ha cometido delitos de especial gravedad quedaba bastante mal parado. Contra las pretensiones de este principio, la LO 7/2000 dio cobertura legal a una política legislativa de invisibilización e inocuización del menor peligroso y del que se consideraba incorregible, por encima de otra preventiva de la reincidencia o intervencionista en las causas del delito. Con un planteamiento exclusivamente represivo, sobre todo en materia de terrorismo, se relegó a un segundo plano el teóricamente prevalente superior interés del menor, primando la consideración de «terrorista menor» sobre la de «menor terrorista».⁴⁷

Por su parte, la LO 9/2000, de 22 de diciembre, trajo consigo la segunda reforma de la LORPM desde su aprobación.⁴⁸ Dicha Ley Orgánica establecía en su Disposición transitoria única un aplazamiento de la aplicación de la legislación penal de menores a los jóvenes de entre dieciocho y veinte años cumplidos, prevista en los arts. 1.2 y 4 de la originaria LORPM, así como –todavía a día de hoy– en el art. 69 CP, por un plazo de dos años a partir de la entrada en vigor de la LORPM, es decir, hasta el 13 de enero de 2003. Posteriormente, la Disposición transitoria única de la LO 9/2002, de 10 de diciembre, amplió dicho plazo hasta el 1 de enero de 2007, mientras que, como se verá posteriormente, la LO 8/2006, de 4 de diciembre, ha excluido definitivamente del ámbito de aplicación de la Ley penal del menor a los jóvenes mayores de 18 años y menores de 21. Si bien en principio se argumentó que la razón principal del aplazamiento había que buscarla en los insuficientes equipamientos humanos y materiales existentes para hacer frente al enjuiciamiento de los llamados «jóvenes» con la normativa de la LORPM, lo cierto es que no hay que descartar los posibles miedos del legislador español de someter a una franja de edad, considerada como tremendamente conflictiva, a unas disposiciones que, se piensa, siguen siendo demasiado laxas y benévolas a la hora de responder a las actividades delictivas de los menores de edad.

Lo que interesa destacar aquí es que con dicha supresión se evidencia de forma palmaria la manera con la que el legislador está dispuesto a desentenderse de las

⁴⁶ Paradigmático en este sentido resulta lo establecido en la Circular de la FGE 2/2001, de 28 de junio, sobre la incidencia de las leyes orgánicas 7 y 9/2000, de 22 de diciembre, en el ámbito de la jurisdicción de menores, donde se establece lo siguiente: «La introducción de la Disposición Adicional 4ª en la LORPM ha contribuido a *desmontar* la unidad sistemática en materia de aplicación de medidas decantándose definitivamente por un *sistema doble* en el que se diferencia un *régimen general* basado en el principio de flexibilidad y en la libertad de elección, con ciertas restricciones, de la medida más acorde con las necesidades educativas del menor [...] de un *régimen especial*, circunscrito a determinados tipos delictivos, que se caracteriza por la predeterminación legal de la medida a imponer, y la limitación de la discrecionalidad judicial a la mera expresión de su duración temporal» (cursivas añadidas).

⁴⁷ De la misma opinión, entre otros: BERNUZ BENEITEZ, María José (2005): «Justicia de menores española y nuevas tendencias penales. La regulación del núcleo duro de la delincuencia juvenil», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 07-12, p. 16. Disponible en Internet: <http://criminnet.ugr.es/recpc>; LANDROVE DÍAZ, Gerardo (2006): «Réquiem por la Ley Penal del Menor», *La Ley*, ref. D-149, p. 1851.

⁴⁸ LO 9/2000, de 22 de diciembre, sobre medidas urgentes para la agilización de la Administración de Justicia (BOE núm. 307, de 23 de diciembre).

necesidades especiales de esos jóvenes delincuentes a costa de conseguir mayores dosis de seguridad cognitiva y de aparente eficacia. Resulta así que la renuncia a conceder también un régimen especial a los jóvenes delincuentes representa otra manifestación evidente de la forma en la que el legislador ha renunciado a los objetivos que formalmente decía respetar la EM de la LORPM, para claudicar abiertamente no sólo ante las demandas vindicativas que con bastante frecuencia exige la sociedad, sino también –lo que es tanto o más grave– ante el propio reconocimiento de su incapacidad logística para hacer frente a las necesidades que reclaman los jóvenes de 18 a 20 años que de forma incidental cometen hechos delictivos menos graves.⁴⁹

La tercera modificación de la LORPM se produjo mediante la LO 15/2003, de 25 de noviembre.⁵⁰ En el marco de una importante reforma del CP 1995, la Disposición Final segunda de la mencionada LO 15/2003 trajo consigo la modificación de los arts. 8 y 25 LORPM; disposiciones que regulaban aspectos importantes del Derecho penal de menores, cuales son el principio acusatorio y la participación de la víctima (ofendido o perjudicado) en el proceso penal llevado a cabo ante el Juez de Menores.

Mediante la modificación de ambos preceptos se produjo un giro radical con respecto a la intervención de la víctima en la legislación penal de menores, ya que la reforma del año 2003 introdujo el instituto procesal de la acusación particular en el proceso regulado en la LORPM, sin aparentes limitaciones subjetivas ni funcionales, lo que no hizo sino *reforzar* considerablemente la posición de la víctima en el Derecho penal juvenil.⁵¹ Con ello se rompió con el principio general establecido en la originaria legislación procesal de menores de excluir la acusación particular, regulándose ahora la misma en el nuevo art. 25 LORPM.⁵² Por su parte, la reforma introducida en el art. 8 LORPM reforzó asimismo el principio acusatorio, el cual dejó de estar conferido de forma exclusiva y excluyente al Ministerio Fiscal –en régimen de monopolio– al haberse introducido la acusación particular.

El monopolio de la acción en principio atribuido al Ministerio Fiscal como una de las piezas claves del nuevo sistema, para no «contaminar el procedimiento propiamente educativo y sancionador del menor» (EM II 8), era una pieza fundamental de ese mismo sistema que, al compartirlo ahora con la víctima, alteraba

⁴⁹ En los mismos términos: GÓMEZ RIVERO, M. Carmen (2010): «Una vuelta de tuerca más: la LO 8/2006, modificadora de la LO 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, en: ANARTE BORRALLO, Enrique (Dir.), *Tendencias de la justicia penal de menores (Una perspectiva comparada)*, Madrid: Iustel, pp. 129-130.

⁵⁰ LO 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE núm. 283, de 26 de noviembre).

⁵¹ Véase al respecto, ampliamente y desde un punto de vista tremendamente crítico: CANO PAÑOS, Miguel Ángel (2004a): «La acusación particular en el proceso penal de menores. ¿La represión como alternativa?», *Revista del Poder Judicial*, núm. 76, pp. 283 y ss.

⁵² Hay que recordar en este sentido que la EM de la LORPM justificaba –y, sorprendentemente, sigue justificando– la decisión de no admitir dicho instituto en el proceso penal de menores en el objetivo de «impedir todo aquello que pudiera tener un efecto contraproducente para el menor» (EM II 7), ya que en la legislación de menores «el interés prioritario para la sociedad y para el Estado coincide con el interés del menor» (EM II 8 *in fine*).

lógicamente la totalidad del proceso establecido, trastocando por tanto la ordenación del mismo en todas sus fases e instancias.⁵³

La analizada reforma operada por la LO 15/2003 también ha sido objeto de crítica por un amplio sector de la doctrina española, considerándose que mediante dicha modificación se volvió a dar preferencia a criterios exclusivamente defensistas y represivos, por encima de los criterios educativos y preventivo-especiales promulgados en su día por el legislador de la LORPM.⁵⁴ El sector doctrinal contrario al reforzamiento de la posición procesal de la víctima en el proceso justificaba la prohibición de la acusación particular sobre la base de la incompatibilidad existente entre la finalidad *educativa* que –se decía– debía presidir todo el sistema de justicia juvenil, tanto en su vertiente sustantiva como procesal, y el ánimo *vindictivo* que en la mayoría de las ocasiones suele guiar la actuación de la víctima en todo proceso penal. Para estos autores, el instrumento procesal que el nuevo art. 25 LORPM ponía en manos de la víctima del delito cometido por un menor tenía como principal finalidad el hacer valer un sentimiento de venganza, así como una búsqueda incondicional del castigo del menor, dejando de lado consideraciones de tipo educativo relativas al propio menor infractor.⁵⁵

Con todo, la modificación más sorprendente que la LO 15/2003 trajo consigo fue la adición al texto de la LORPM de una amenazante DA 6ª, la cual se encontraba en clara contradicción con los principios de la legislación penal de menores.⁵⁶ Con la misma evidenció el legislador español su voluntad de profundizar todavía más en la brecha existente entre la normativa española en materia de responsabilidad penal de los menores y los principios originariamente inspiradores de la misma, reflejo estos, como se ha señalado anteriormente, de una consolidada doctrina internacional. Aparte de la curiosa forma de legislar que se contiene en esta disposición y la contradicción que necesariamente existe entre evaluar la aplicación de una ley y fijar ya las consecuencias de ese análisis que todavía no se ha producido,⁵⁷ lo cierto es que esta reforma supuso una cuña definitiva en el modelo por el que en su día apostó el legislador de la LORPM, suponiendo aquélla una quiebra importante de los principios sobre los que se asentaba el modelo de responsabilidad primigenio.⁵⁸ «Desde la demagogia y el electoralismo, esta vez sin eufemismos, se anunciaba una

⁵³ En los mismos términos: MORENILLA ALLARD, Pablo (2007): *El proceso penal del menor. Actualizado a la LO 8/2006 de 4 de diciembre*, Madrid: Colex, pp. 36-37.

⁵⁴ Véase al respecto: BARQUÍN SANZ/CANO PAÑOS (2009), cit., pp. 71 y ss., CANO PAÑOS (2004a), cit., p. 302.

⁵⁵ BARQUÍN SANZ/CANO PAÑOS (2009), cit., p. 72, con bibliografía complementaria.

⁵⁶ El tenor literal de la sorprendente e incalificable DA 6ª rezaba de la siguiente manera: «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 hechos delictivos cometidos por personas que, aun siendo menores, revistan especial gravedad [...] 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» (cursivas añadidas).

⁵⁷ En los mismos términos: BARQUÍN SANZ, Jesús/CANO PAÑOS, Miguel Ángel (2006): «Justicia penal juvenil en España: una legislación a la altura de los tiempos», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 18, pp. 75-76.

⁵⁸ NIETO GARCÍA, cit., p. 23.

futura consolidación de las finalidades represivas y del criterio de proporcionalidad, inadmisibles en este ámbito».⁵⁹

El proceso desencadenado por la LO 7/2000 se ha completado por el momento con la entrada en vigor el 5 de febrero de 2007 de la reforma operada en la LORPM por parte de la LO 8/2006, de 4 de diciembre.⁶⁰ En opinión de García Pérez, en el texto de esta ley de reforma no resulta muy difícil identificar las características del anteriormente mencionado «modelo de la seguridad ciudadana», desarrollado en los últimos años por el legislador español en el ámbito del Derecho penal de adultos, y que en el año 2006 se pretendió trasladar al de los menores.⁶¹

Para lograr *aprehender* –que no comprender– los objetivos perseguidos por el legislador del año 2006, basta con echar un vistazo a la Exposición de Motivos de la LO 8/2006. Así, en la misma se invoca en primer lugar como causa de la reforma «un aumento considerable de los delitos cometidos por menores, lo que ha causado gran preocupación social y ha contribuido a desgastar la credibilidad de la Ley por la sensación de impunidad de las conductas más cotidianas y frecuentemente cometidas por estos menores, como son los delitos y faltas patrimoniales».⁶² Pues bien, esta premisa, es decir, ese incremento considerable de delitos cometidos por menores, no está desde luego acreditada por ningún estudio empírico, no habiendo por tanto ninguna referencia a esos datos que fundamente una reforma de esta trascendencia. Efectivamente, si se analizan las estadísticas que proporciona el Ministerio del Interior puede observarse cómo en el momento de aprobación de la reforma del año 2006 se venía produciendo una palpable disminución en las cifras de detenciones de sujetos menores de edad.⁶³ A la vista de estos datos, puede afirmarse que la verdadera razón que impulsó la reforma del año 2006 no fue tanto el hacer frente a un incremento de la delincuencia de menores y jóvenes, ni tampoco a un eventual aumento de los delitos violentos (que la propia EM reconoce que no han aumentado significativamente), sino más bien el cambio de modelo en la filosofía de la ley, introduciendo criterios del Derecho penal de adultos.

Y es que, en segundo lugar y relacionado con lo anterior, la LO 8/2006 afecta de forma decisiva al superior interés del menor, principio general que –como se ha analizado en un epígrafe anterior– está incorporado a todo el entramado normativo

⁵⁹ LANDROVE DÍAZ (2006), cit., p. 1852. De la misma opinión: BARQUÍN SANZ/CANO PAÑOS (2006), cit., p. 76: «Que los gobernantes recurran a disposiciones de una ley orgánica punitiva para comunicar al electorado sus planes de futuro y tranquilizar las ansias represivas de una parte de la población es de una desfachatez difícilmente disimulable».

⁶⁰ LO 8/2006, de 4 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (BOE núm. 290, de 5 de diciembre).

⁶¹ GARCÍA PÉREZ, cit., p. 41.

⁶² Si bien el propio legislador recuerda en la misma EM que «debe reconocerse que, afortunadamente, no han aumentado significativamente los delitos de carácter violento, aunque los realmente acontecidos han tenido un fuerte impacto social».

⁶³ Véase Tabla 1 en el Apéndice. Además, como reflejan algunos estudios, la gran mayoría de las infracciones cometidas por menores se circunscriben al ámbito de los delitos contra el patrimonio. Véase al respecto FERNÁNDEZ MOLINA, Esther, *et al.* (2009): «Evolución y tendencias de la delincuencia juvenil en España», *Revista Española de Investigación Criminológica*, núm. 7, pp. 18-19. Disponible en Internet: www.criminologia.net.

que regula los derechos de los menores infractores. Es precisamente este principio el que sale peor parado con la reforma, al compatibilizarse ahora con otro objetivo como es «una mayor proporcionalidad entre la respuesta sancionadora y la gravedad del hecho cometido» (EM de la LO 8/2006). Así lo insinúa el legislador al decir que ahora el «interés superior del menor», aunque sigue siendo un objetivo primordial de la LORPM, ya no puede ser el único, sino que es preciso dar entrada a otros intereses constitucionales igualmente dignos de protección, como la protección de la sociedad en general y la víctima del delito en particular. Otro proceder – señala la EM– 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». De este modo, el «superior interés del menor» deja de ser el interés central de la justicia de menores, para convertirse en uno más entre los intereses a tener en cuenta por esta jurisdicción especializada. No cabe duda de que con esta línea argumentativa lo que pretendía el legislador del año 2006 era achacar a ese superior interés del menor la parte más importante del supuesto fracaso del sistema.⁶⁴

A partir de estas consideraciones, el incremento punitivo y represivo de la reforma del año 2006 se vislumbra claramente en las modificaciones operadas en el texto de la LORPM: (1) Ampliación de los supuestos en los que cabe imponer medidas de internamiento en régimen cerrado; (2) Aumento de la duración de las medidas; (3) Introducción de sanciones que claramente sólo tienen fines asegurativos como la prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima, con sus familiares u otras personas con las que el menor infractor esté relacionado; (4) Renuncia definitiva a aplicar el régimen penal de menores a aquellos jóvenes con edades comprendidas entre los 18 y los 20 años; (5) Posibilidad de terminar cumpliendo la medida de internamiento en régimen cerrado en un centro penitenciario (de adultos) si se supera la edad de dieciocho años y no se responde a los objetivos propuestos en la sentencia o la medida se impone al delincuente cuando ya ha cumplido veintiún años; (6) Ampliación de las posibilidades y duración de las medidas cautelares, entre otras.⁶⁵

Para darse cuenta del verdadero alcance que ha traído consigo el nuevo régimen introducido por la LO 8/2006 basta con echar un vistazo al nuevo diseño de la medida de internamiento en régimen cerrado previsto en el art. 10 LORPM. Así, frente al carácter potestativo con que en principio el art. 9 LORPM dispone que podrá hacerse uso de la misma, el art. 10 LORPM identifica determinados casos en los que la fórmula del «podrá ser aplicable» da paso a la de «el Juez deberá imponer». En concreto, dicho carácter preceptivo se contempla para dos supuestos distintos. Los primeros, aquellos que, tratándose de hechos previstos en el art. 9.2

⁶⁴ De la misma opinión: NIETO GARCÍA, cit., p. 31.

⁶⁵ Para un análisis detallado de dichas reformas, véase, por todos: BARQUÍN SANZ/CANO PAÑOS (2009), cit., pp. 61 y ss.

LORPM, revistan extrema gravedad; casos en los que cuando se trate de menores de 16 ó 17 años, el Juez deberá imponer una medida de internamiento en régimen cerrado por un tiempo de uno a seis años, complementada sucesivamente con otra medida de libertad vigilada con asistencia educativa hasta un máximo de cinco años (art. 10.1 b) párrafo 2 LORPM). Los segundos, cuando se trate de la comisión de delitos tipificados en los arts. 138, 139, 179, 180 y 571 a 580 CP, así como de aquellos que tengan señalada en el Texto punitivo una pena de prisión igual o superior a quince años. En estos casos, dependiendo de que el menor haya cumplido o no los 16 años, la duración de la medida de internamiento en régimen cerrado será de cinco a ocho años, complementándose en ambos casos con otra medida de libertad vigilada con asistencia educativa hasta un máximo de tres o cinco años, respectivamente (art. 10.2 a) y b) LORPM). Interesa destacar que en estos dos últimos supuestos sólo podrá hacerse uso de las facultades de modificación, suspensión o sustitución de la medida impuesta cuando haya transcurrido, al menos, la mitad de la duración de la medida de internamiento impuesta. Como puede fácilmente observarse, lo que viene a ponerse en un primer plano con la LO 8/2006 es la necesidad de tener encerrado al menor a toda costa durante un cierto tiempo, independientemente de si la situación resulta compatible o no con el «superior interés» de éste, dejándose por tanto de lado aspectos educativos de prevención especial.

Puede afirmarse sin riesgo a equivocarse que la reforma del año 2006 constituyó en esencia una respuesta que el legislador dio a una demanda social de mayor rigor punitivo. En el fondo respondía a una tendencia a identificar *toda* la delincuencia juvenil con su llamado «núcleo duro», debido en buena medida a la alarma que los medios de comunicación venían generando en torno a los delitos violentos cometidos por menores de edad.⁶⁶ Además, y pese a las justificaciones que se dieron en la EM de la LO 8/2006, la reforma de la LORPM se llevó a cabo sin unos previos análisis –cuando menos criminológicos y sociológicos– que pudieran arrojar algo de luz sobre una realidad tan compleja como es la delincuencia juvenil.⁶⁷

Como conclusión al presente epígrafe puede afirmarse que el conjunto de reformas de la LORPM que han sido analizadas en los párrafos anteriores se inscriben sin lugar a dudas en la tendencia a *desnaturalizar* la especificidad de la justicia de menores. De ahí que después de comentarlas parece oportuno preguntarse qué es lo que queda realmente del contenido del art. 7.3 LORPM, disposición que, hoy como ayer, sigue estableciendo lo siguiente: «Para la elección de la medida o medidas

⁶⁶ Véase al respecto: VAELO ESQUERDO, Esperanza (2009): «La incesante aproximación del Derecho penal de menores al derecho penal de adultos», *Revista General de Derecho Penal*, núm. 11, pp. 10-11. Por su parte, no le falta razón a POLAINO-ORTS cuando señala que la consecuencia del cambio de filosofía operado por la LO 8/2006 ha sido la desaparición de la distinción entre el Derecho penal de menores y Derecho penal de adultos, al haberse equiparado menores infractores y adultos delincuentes «por arriba», concibiéndose al menor autor de comportamientos especialmente graves como si fuera un adulto. Véase: POLAINO-ORTS, Miguel (2008): «Las reformas de la Ley del Menor (LO 8/2006): el menor como enemigo», *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 95, p. 165.

⁶⁷ De la misma opinión: BARQUÍN SANZ/CANO PAÑOS (2009), cit., pp. 65-66.

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...». Y es que con las sucesivas modificaciones de la LORPM operadas en su todavía corta existencia puede afirmarse ya sin ambages que su Exposición de Motivos se ha convertido en una mera proclamación de principios que nada tienen que ver con el texto articulado de la misma.

De este modo, puede observarse una larga distancia entre los principios establecidos inicialmente por la LORPM, los cuales se apoyaban sobre todo en el interés superior del menor infractor, y las modificaciones posteriores que muestran otra manera de pensar la infancia, sus delitos, así como la función de la justicia de menores. Cambios de tal envergadura que, tal y como indican Bernuz Beneitez/Fernández Molina, llevan a barajar la hipótesis de un posible cambio de modelo.⁶⁸

6. La situación actual del Derecho penal juvenil

Una vez analizados en los epígrafes anteriores tanto los principios inspiradores de la LORPM como las reformas acaecidas en su articulado a lo largo de su todavía corta existencia cabe señalar que, cumplidos ya diez años desde el inicio de su andadura, la orientación originaria de la LORPM, la cual había apostado abiertamente por un modelo basado en la prevención especial positiva fundamentalmente de carácter pedagógico y educativo, ha quedado bastante matizada tras las sucesivas reformas. Según señala la mayoría de la doctrina, no se trata de que la orientación original haya desaparecido por completo de la ley, sino que estas reformas han *juxtapuesto* otras orientaciones que ya no tienen nada que ver con la aludida prevención especial positiva.⁶⁹

Puede decirse entonces que en el Derecho penal juvenil vigente actualmente en España coexisten dos modelos de características muy diferenciadas: uno, el original ideado por la LORPM, en el que predominaban –y, por qué no decirlo, siguen predominando– los criterios educativos y resocializadores, el cual, eso sí, se mantiene únicamente para los casos de faltas, delitos imprudentes y delitos dolosos menos graves en los que no concurren determinados factores. Por otro lado, existe otro modelo radicalmente distinto, de naturaleza represiva e inocuidadora, iniciado con la LO 7/2000 y que ha tomado cuerpo definitivamente a través de la LO 8/2006. Este segundo modelo ha pasado a ocupar un lugar protagonista en la medida en que se ocupa de los hechos delictivos más graves o, al menos, de los hechos delictivos cometidos por menores que más parecen preocupar a la sociedad. El surgimiento de este modelo más represivo para el llamado «núcleo duro» de la delincuencia de menores de edad, en el que prima la idea de sus características

⁶⁸ BERNUZ BENEITEZ/FERNÁNDEZ MOLINA, cit., p. 5.

⁶⁹ BARQUÍN SANZ/CANO PAÑOS (2009), cit., pp. 68 y ss.; FEIJOO SÁNCHEZ, cit., pp. 51 y ss.; GÓMEZ RIVERO, cit., pp. 129 y ss.

como delincuentes más que la de sus características como menores, es una tendencia clara que –como se verá posteriormente– puede constatarse últimamente en muchos países del entorno cultural europeo.

Esta, en palabras de Feijoo Sánchez, «esquizofrenia o síndrome de Dr. Jekyll y Mr. Hyde» que caracteriza a la LORPM, y que dificulta enormemente su interpretación sistemática, se puede diagnosticar con suma facilidad si se analizan de forma paralela la Exposición de Motivos original de la LORPM y la Exposición de Motivos de la LO 8/2006.⁷⁰

Así, mientras que la EM original de la LORPM partía de la idea de que «la responsabilidad penal de los menores presenta frente a la de los adultos un carácter primordial de intervención educativa que trasciende a todos los aspectos de su regulación jurídica» (EM I 4); de que las medidas que contempla la ley «no pueden ser represivas, sino preventivo-especiales, orientadas hacia la efectiva reinserción y el superior interés del menor, valorados con criterios que han de buscarse primordialmente en el ámbito de las ciencias no jurídicas» (EM I 5), y de que «en el Derecho penal de menores ha de primar, como elemento determinante del procedimiento y de las medidas que se adopten, el superior interés del menor» (EM II 7, párrafo 2), la LO 8/2006 matiza considerablemente tanto los principios rectores del originario sistema de justicia penal de menores como en particular el papel protagonista del superior interés del menor (que originariamente era «el interés prioritario para la sociedad y para el Estado») y cambia el rumbo –aunque afirme que dicho interés va a seguir primando en la ley– al manifestar cómo ese interés superior «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 a favor de la óptima individualización de la respuesta» (EM LO 8/2006, párrafo 5).

Por otro lado, mientras que la EM original afirma(ba) que «al pretender ser la reacción jurídica dirigida al menor infractor una intervención de naturaleza educativa, aunque desde luego de especial intensidad, rechazando expresamente otras finalidades esenciales del Derecho penal de adultos como la proporcionalidad entre el hecho y la sanción o la intimidación de los destinatarios de la norma» (EM II 7), en la EM de la reforma del año 2006 irrumpe la idea de proporcionalidad con el hecho delictivo y su gravedad que, como mucho, ocupaba un lugar residual en la concepción original de la LORPM.

Únicamente teniendo en cuenta la convivencia de estas dos orientaciones distintas esbozadas en los párrafos anteriores es posible entender la situación actual del Derecho penal de menores en España. Siguiendo en este caso de nuevo los acerta-

⁷⁰ FEIJOO SÁNCHEZ, cit., p. 51.

dos argumentos expuestos por Feijoo Sánchez,⁷¹ el actualmente vigente modelo de justicia penal juvenil contenido en la LORPM se caracterizaría, no por un cambio o sustitución del modelo en lo relativo al tratamiento de los delincuentes menores de edad, sino más bien por la convivencia en el articulado de la Ley de dos modelos radicalmente distintos, en los cuales la orientación educativa aparece con una mayor, menor, o incluso nula intensidad.

En primer lugar habría que hablar de un *modelo pedagógico, educativo y resocializador*, dirigido fundamentalmente a hacer frente a la delincuencia juvenil de escasas o mediana gravedad. Este modelo, sin dejar de ser un modelo en el que al menor se le hace responsable de la comisión de un hecho delictivo, se encuentra claramente orientado hacia la prevención especial positiva, potenciando mecanismos educativos y (re)socializadores dirigidos a evitar la reincidencia. Este modelo se caracterizaría en definitiva por ostentar un alto grado de flexibilidad y libertad judicial, al contemplarse una opción de partida por evitar medidas privativas de libertad, así como por la desformalización y desjudicialización al potenciarse soluciones alternativas a la sentencia judicial. Puede entonces afirmarse que en este caso el «superior interés del menor» sigue disfrutando de su papel preponderante en el ámbito de la justicia juvenil. Cuantitativamente o desde una perspectiva estadística este modelo de la LORPM es el que en principio tendría una mayor aplicación si se tiene en cuenta que un porcentaje importante de los menores comete algún tipo de infracción penal en la época de la adolescencia.

En el polo opuesto hay que hacer referencia en segundo lugar a un *modelo represivo de la seguridad*, el cual se encuentra en las antípodas de los postulados preventivo-especiales acogidos por el legislador de la LORPM. Este modelo, el cual se ha ido modulando a través de las sucesivas reformas operadas en la Ley Penal del Menor desde el año 2000, estaría dirigido específicamente a hacer frente tanto a los denominados «delincuentes juveniles de gran intensidad» como a los menores autores de delitos especialmente violentos («núcleo duro» de la delincuencia juvenil). El mismo se caracteriza porque la idea de educación y (re)socialización pierde su papel protagonista, pasando a ocupar un papel preponderante la idea de aseguramiento o inocuización. También se vislumbra aquí una menor flexibilidad que en el anterior modelo pedagógico, educativo y resocializador, no ofreciéndose prácticamente ninguna alternativa a la imposición de algún tipo de sanción que, en los casos más graves, tiene que ser necesariamente una medida de internamiento en régimen cerrado. De este modo, las sanciones privativas de libertad pasan a tener un protagonismo del que carecen en el modelo puramente pedagógico, educativo y resocializador. Aunque este modelo represivo no tiene lógicamente el peso estadístico del anterior, al presentar los delitos más graves contra la vida o la libertad sexual un carácter excepcional en el ámbito de la

⁷¹ *Ibidem*, pp. 53 y ss.

delincuencia de menores, cobra sin embargo un especial protagonismo al ocuparse de las infracciones percibidas y valoradas como más graves y que, por tanto, dan lugar a la aplicación de las sanciones más duras.

La gravedad del hecho delictivo provoca que en este segundo modelo se esté utilizando el Derecho penal en su vertiente simbólica para evitar una sensación de inseguridad en la generalidad, intentando escapar a una, en palabras de la EM de la LO 8/2006, de 4 de diciembre, «sensación de impunidad».⁷² Junto a esta utilización *simbólica* del Derecho penal de menores, lo relevante de este segundo modelo es la idea de *inocuidación*. Se dan por tanto de esta manera todas las características de un modelo que resulta ciertamente criticable: el denominado «Derecho penal del enemigo». Hasta ahora, los preceptos del Derecho penal del enemigo se reservaban para algunos ámbitos excepcionales de entre los aplicables a delincuentes adultos: terrorismo, delincuencia sexual o violencia doméstica o intrafamiliar. Tal y como señala al respecto Polaino-Orts, en todos estos casos se habla de situaciones de Derecho penal del enemigo normalmente reservadas a sujetos peligrosos, imputables y desvalorados por el legislador como especiales focos de peligro.⁷³ Pues bien, tras la aprobación de la LO 8/2006 puede hablarse ya, sin miedo a equivocarse, de la irrupción del controvertido «Derecho penal del enemigo» en el ámbito del Derecho penal de menores. El tipo de hecho delictivo cometido o factores como la reincidencia o el pertenecer a una banda hacen que la sociedad no esté dispuesta a correr riesgos y únicamente se opte por no seguir una estrategia inocuidadora cuando se comprueba que no es necesaria en el caso concreto.

No cabe duda de que el actual modo de proceder ante determinados ámbitos de la delincuencia de menores colisiona *frontalmente* con los principios proclamados en su día por la propia EM de la LORPM, relativos a la necesidad de tener en cuenta las eventuales carencias educativas de los menores de edad necesitados sin duda de un tratamiento diferente, y ello por encima de la gravedad del delito cometido. Es más, si realmente el espíritu de la medida fuera educar y reintegrar al menor a la sociedad, prorrogar hasta un total de diez años la intervención sobre él – en el marco de un internamiento en régimen cerrado– revela cuanto menos una seria incoherencia de la Ley. Porque si se necesita una década para educar es pura y simplemente porque la medida educativa carece de eficacia o, si se prefiere, porque lo que se pretende conseguir con ella son otros fines que, como la retribución o la prevención general, si bien son propios de cualquier pena, deberían matizarse cuando se trata del régimen de responsabilidad penal de los menores, si no se quiere *adulterar* el espíritu de la norma, que es lo que en definitiva se ha conseguido tras las modificaciones operadas en la Ley Penal del Menor.

⁷² En los mismos términos: FEIJOO SÁNCHEZ, cit., p. 56.

⁷³ POLAINO-ORTS, cit., p. 164.

7. Un apunte de Derecho comparado. Naturaleza jurídica del Derecho penal juvenil alemán y reformas legislativas operadas en la *Jugendgerichtsgesetz* (JGG)

Para evitar un cierto aislamiento de la realidad criminal española con respecto al resto de Europa, en este caso en lo relativo a la delincuencia de menores, así como a las formas de hacer frente a ella, se van a analizar a continuación las reformas operadas en el Derecho penal juvenil alemán a lo largo de los últimos años. Dicho estudio comparado adquiere si cabe un mayor sentido si se tiene en cuenta el hecho de que la LORPM encuentra gran parte de su inspiración en la Ley de los Tribunales Juveniles alemana («*Jugendgerichtsgesetz*», JGG en lo sucesivo), de 4 de agosto de 1953.⁷⁴

El Derecho penal de menores contenido en la mencionada JGG se concibe –al contrario que el Derecho penal de adultos– como un Derecho penal de autor de carácter eminentemente educativo.⁷⁵

No obstante estas consideraciones de carácter introductorio, hay que decir de entrada que el Derecho penal juvenil vigente en Alemania es, como en el caso de España, un Derecho penal, si bien de naturaleza *especial* por razón de los sujetos a los que va dirigido: menores de entre 14 y 17 años («*Jugendliche*») y, en determinados casos, jóvenes de entre 18 y 20 («*Heranwachsende*»). Y es Derecho penal porque para la aplicación de las consecuencias jurídicas reguladas en la JGG se requiere, como presupuesto ineludible, la comisión de una infracción delictiva, tipificada como tal en el Código Penal («*Strafgesetzbuch*», StGB) o en las leyes penales especiales. No obstante, dada la finalidad educativa que marca toda la legislación penal juvenil alemana, existen profundas diferencias con respecto al Derecho penal de adultos. Estas diferencias son caracterizadas mediante los conceptos arriba mencionados de «Derecho penal de autor» y «Derecho penal educativo».⁷⁶

No cabe duda de que la noción de «Derecho penal educativo» («*Erziehungsstrafrecht*») muestra en principio un cierto carácter ambiguo desde un punto de vista sintáctico, ya que en el mismo aparecen unidos dos conceptos en sí antagónicos: «educación» y «pena».

Efectivamente, la regulación en la JGG de «medidas educativas» («*Erziehungsmaßregeln*», § 9 JGG), por un lado, y de la pena juvenil («*Jugendstrafe*», § 17 JGG), por otro, como posibles reacciones a aplicar frente a la comisión de un hecho delictivo por parte de un menor de entre 14 y 17 años, lleva en principio a pensar en una posible «relación tensa» entre los conceptos de «pena» y «educación», en referencia a la cuestión de cuál de los dos principios marca la naturaleza de la Ley.

⁷⁴ Para un estudio en profundidad de la relación entre el Derecho penal juvenil alemán y español, véase: CANO PAÑOS (2006), cit., *passim*.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 151.

⁷⁶ SCHAFFSTEIN, Friedrich/BEULKE, Werner (1991): *Jugendstrafrecht*, 10. Ed., Stuttgart: Kohlhammer, p. 13.

Esa relación entre educación y pena se ha venido resolviendo en Alemania mediante un cierto *compromiso*, el cual tiene como contenido esencial establecer que no es el pensamiento expiatorio («*Sühnegedanke*»), sino sobre todo el pensamiento educativo («*Erziehungsgedanke*») el que debe dominar en el Derecho penal juvenil.⁷⁷ De este modo, ese ideal basado en la educación de un menor de edad desplaza a un Derecho penal puramente retributivo. Como se verá posteriormente, ese pensamiento fundamentalmente –que no exclusivamente– educativo se ha materializado legalmente en el Derecho penal juvenil alemán a través de una importante reforma operada en la JGG en el año 2007.

A partir de estas consideraciones, ya desde el momento en que se determina la comisión de un hecho delictivo por parte de un menor de edad, la sanción se determina, no sólo sobre la base del hecho cometido, sino *prima facie* teniendo en cuenta la personalidad del autor menor de edad. Por ello cabe hablar de un Derecho penal de autor («*Täterstrafrecht*»). Frente a esta concepción, en el Derecho penal de adultos prima, a la hora de imponer una sanción, sobre todo la gravedad del hecho cometido, así como el mantenimiento del ordenamiento jurídico vulnerado con la infracción penal llevada a cabo. Por consiguiente, en este último supuesto se está ante un Derecho penal por el hecho («*Tatstrafrecht*»).

Hasta el año 2007, el arriba mencionado pensamiento educativo se reflejaba exclusivamente en el § 5 JGG de un modo significativo y, en cierto modo, definidor de las posteriores disposiciones de la JGG: respecto a las consecuencias jurídicas aplicables al hecho delictivo cometido por un menor de edad, el § 5 JGG diferenciaba –y sigue todavía diferenciando– entre «medidas educativas» («*Erziehungsmaßregeln*») y «medios coercitivos» («*Zuchtmittel*»), por un lado, y la «pena juvenil» («*Jugendstrafe*»), por otro. Las dos primeras sanciones no se conciben en el Derecho penal juvenil alemán como estrictas penas, mientras que la *Jugendstrafe* se presenta como una verdadera pena, dotada así de elementos de carácter aflictivo.⁷⁸ Según el mencionado § 5 JGG, las «medidas educativas» deben sustituir en lo posible a los «medios coercitivos» y a la «pena juvenil».⁷⁹

Ese «pensamiento educativo» no sólo está plasmado en el Derecho penal juvenil sustantivo, sino también en las normas sobre la organización de los Tribunales juveniles, en todo el Derecho procesal penal de menores, e incluso en las disposiciones relativas a la ejecución de las sanciones.⁸⁰

⁷⁷ CANO PAÑOS (2006), cit., p. 152.

⁷⁸ No obstante esta consideración, el apartado segundo del § 17 JGG establece que la pena juvenil debe de ser determinada de modo que mediante la misma se pueda producir el «efecto educativo requerido».

⁷⁹ Concretamente, el tenor literal del § 5 JGG viene redactado en los siguientes términos: «1. Con motivo de un hecho delictivo por parte de un menor pueden ser ordenadas medidas educativas. 2. El hecho delictivo de un menor se castigará con medios coercitivos o con pena juvenil, cuando las medidas educativas no sean suficientes».

⁸⁰ Un Proyecto de Ley de reforma de la JGG, presentado por el Gobierno alemán en el año 1989, se pronunciaba respecto al pensamiento educativo contenido en la JGG en los siguientes términos: «El Derecho penal juvenil atribuye a la educación una significación especial, ya que los hechos delictivos cometidos por menores de edad están mayoritariamente condicionados por su desarrollo, siendo el resultado de situaciones de conflicto correspondientes a su edad. Por

La finalidad de ese Derecho penal juvenil de carácter educativo es la llamada en Alemania «confirmación legal» («*Legalbewährung*») del menor delincuente, esto es, el preservar al mismo de la comisión de ulteriores hechos delictivos. Además, ese Derecho penal educativo debe de estar dirigido a la (re)socialización del menor. Con ello se coloca en un primer plano la prevención especial, tanto en su vertiente positiva como negativa.

Pues bien, este espíritu educativo, el cual desde su aparición ha venido definiendo al Derecho penal juvenil alemán regulado en la JGG, ha sido en los últimos años objeto de severas críticas, sobre todo a partir de los datos publicados en las estadísticas policiales, los cuales, a finales de la década de los noventa del pasado siglo, reflejaban un incremento significativo en las cifras de la delincuencia cometida por menores de edad. Junto a este aspecto de carácter estrictamente cuantitativo se han destacado también una serie hechos aislados de violencia juvenil; acontecimientos que han sido colocados en primera página por los medios de comunicación para, de este modo, denunciar una posible falta de dureza del Derecho penal juvenil. Como consecuencia de ello, puede observarse cómo en los últimos tiempos han aumentado en Alemania las voces que reclaman la supresión del pensamiento educativo de la JGG, al que consideran *inefectivo* para hacer frente a la delincuencia juvenil, reclamando en su lugar la puesta en un primer plano de finalidades estrictamente represivas, así como la protección de la sociedad frente a la, en algunos casos, llamada «malvada juventud».⁸¹

Como se verá a continuación, la controversia relativa a un endurecimiento del Derecho penal juvenil alemán se circunscribe fundamentalmente a determinados círculos políticos alemanes, los cuales son apoyados tanto por una gran parte de la opinión pública, por un amplio sector de los medios de comunicación, así como por algunos destacados sectores policiales y, en menor medida, judiciales. En el polo opuesto se encuentra la amplia mayoría de la doctrina penal juvenil y los profesionales de la Administración de justicia de menores, los cuales, aun considerando la imperiosa necesidad de afrontar una reforma de la JGG, muestran en cambio su disconformidad absoluta en lo relativo a endurecer las disposiciones relativas al Derecho penal juvenil.⁸²

Con todo, la política criminal seguida en Alemania en los últimos años en el ámbito del Derecho penal de menores no presenta ciertamente la uniformidad que caracteriza la línea exclusivamente represiva seguida en España. Así, en el caso del país germano se vislumbran claramente dos etapas, en las cuales se asumieron

este motivo, la Ley penal juvenil vigente prescribe ante todo reacciones educativas».

⁸¹ Definitorio de esta postura es un artículo publicado en el diario *Die Welt*, en la edición del día 7 de julio de 1998 bajo el título: «Wo der Erziehungsgedanke an seine Grenzen stößt» [«Donde el pensamiento educativo topa con sus (propios) límites»]. La publicación de ese artículo estuvo precedida por el asesinato del propietario de una tienda por parte de dos jóvenes de dieciséis años, ocurrido en junio de ese mismo año.

⁸² Para un estudio en detalle de las tendencias de política criminal que se vislumbran en el ámbito de la justicia penal de menores en Alemania, así como de las voces a favor y en contra del endurecimiento del Derecho penal juvenil, véase: CANO PAÑOS (2006), cit., pp. 215 y ss.

respectivamente dos líneas de política criminal completamente antagónicas.

Es a comienzos de la década de 1980 cuando el Derecho penal juvenil contenido en la JGG –recuérdese, en vigor desde el año 1953– comienza a ser objeto de una intensa discusión dentro de la doctrina penal juvenil alemana. Se habla de la necesidad de reformar una ley que en su núcleo fundamental llevaba en vigor más de veinticinco años. En el marco de un crecimiento económico sostenido, una consolidación del estado del bienestar y, consiguientemente, una bajada considerable de los índices de delincuencia, se propugna por un amplio sector de la doctrina y práctica alemanas fortalecer el espíritu educativo que caracteriza el Derecho penal juvenil alemán. Esto lleva a poner sobre la mesa conceptos innovadores tales como las medidas de carácter ambulatorio, la mediación y la reparación del daño como «tercera vía», así como los mecanismos de la *diversión* o desjudicialización.

Todo ello da lugar a que en el año 1989 el Gobierno alemán elabore un Proyecto de Ley de reforma de la JGG, el cual tiene como finalidad fundamental agotar el potencial pedagógico y educativo que ofrece la legislación penal juvenil alemana para el tratamiento de los menores delincuentes. Para ello, el Gobierno toma en consideración los resultados de distintas investigaciones criminológicas llevadas a cabo en la época, las cuales confirman plenamente la ubicuidad, normalidad, el carácter episódico y de bagatela de la inmensa mayoría de las infracciones cometidas por menores de edad, concluyendo que en un amplio porcentaje de casos la delincuencia juvenil no desemboca necesariamente en una posterior criminalidad en edad adulta. De este modo, se considera que la mejor respuesta a esa delincuencia juvenil debe ser, no la intimidación y la represión punitiva, sino sobre todo la intervención educativa, facilitando una serie de mecanismos para que el menor delincuente pueda desarrollarse e integrarse en la sociedad.⁸³

Finalmente, el 30 de agosto de 1990 se aprueba la Primera Ley de Reforma de la Ley de los Tribunales Juveniles (1.JGGÄndG).⁸⁴ Siguiendo lo establecido en el Proyecto de 1989, la reforma pretende sobre todo hacer más *eficaz* la aplicación del pensamiento educativo («*Erziehungsgedanke*») que marca el sistema de sanciones contenido en la JGG. Para lograr este objetivo se producen una serie de modificaciones, las cuales afectan sobre todo al derecho sustantivo y procesal de menores. Entre las modificaciones producidas cabe destacar sobre todo las siguientes: (1) Ampliación de las posibilidades de conclusión anticipada del procedimiento según lo establecido en los §§ 45 y 47 JGG (*diversión*); (2) Desarrollo de las medidas de carácter ambulatorio mediante la regulación de nuevas figuras en el § 10 JGG, como por ejemplo la mediación entre autor-víctima («*Täter-Opfer-Ausgleich*»), la participación del menor en un curso de entrenamiento social («*Sozialer Trainings-*

⁸³ BUNDESREGIERUNG: *Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Jugendgerichtsgesetzes (1.JGGÄndG)*, de 27 de noviembre de 1989 (BT-Drucks. 11/5829), p. 1.

⁸⁴ *Erstes Gesetz zur Änderung des Jugendgerichtsgesetzes*, de 30 de agosto de 1990 (BGBl I, p. 1853), la cual entró en vigor el 1 de diciembre de 1990.

kurs)), o el sometimiento del menor a la asistencia o asesoramiento de un profesional del ámbito social («*Betreuungsweisung*»); (3) Reducción de las medidas privativas de libertad y supresión de la pena juvenil indeterminada, regulada en el § 19 JGG; (4) Mejora de las funciones de la Asistencia judicial a la juventud («*Jugendgerichtshilfe*»), a partir de lo establecido en el § 38 JGG.

Pues bien, mientras que las tendencias reformistas observables en Alemania durante los años ochenta del pasado siglo, las cuales cristalizaron finalmente en la 1.JGGÄndG, se dirigían fundamentalmente a *fortalecer* el pensamiento educativo del Derecho penal juvenil mediante una paulatina supresión de elementos genuinamente represivos, es a principios de la década de 1990 cuando comienzan a surgir voces discordantes que ponen en duda la efectividad de un Derecho penal de menores basado en postulados social-liberales, proclamando en su lugar un endurecimiento general del Derecho penal juvenil.

Esta situación en la cual se produce un abandono paulatino del espíritu reformista de signo liberal y un retorno a una mentalidad represiva de carácter conservador hay que encuadrarla, en palabras de Kreuzer, en un contexto histórico marcado por dos acontecimientos que influyen enormemente en la concepción de la justicia de menores en Alemania:⁸⁵ (1) Las corrientes de corte neoclásico que, procedentes de los Estados Unidos, comienzan a instalarse en las legislaciones de algunos países europeos, entre ellos Alemania; (2) El real –o quizás percibido– aumento de las cifras de criminalidad en Alemania, sobre todo de aquella delincuencia de carácter violento, desde comienzos de la década de los noventa del pasado siglo. A ello hay que añadir una serie de sucesos espectaculares, los cuales son puestos en un primer plano por los medios de comunicación, provocando con ello que se impulsen reformas penales de carácter preferentemente represivo.

Todo este conjunto de circunstancias da lugar a una revisión en profundidad de ese espíritu liberal y educativo que hasta entonces había caracterizado a las reformas producidas en la JGG. La pretendida Segunda Ley de Reforma del Derecho penal juvenil alemán deja de ser así un objetivo prioritario. En su lugar se busca una ampliación y, sobre todo, un reforzamiento del Derecho penal juvenil hacia una vertiente más represiva, para poder así hacer frente a esas teóricamente altas tasas de delincuencia juvenil, así como a los fenómenos en los que determinadas infracciones cometidas por menores de edad muestran unos índices de violencia preocupantes. Como se verá a continuación, desde algunos sectores se llega incluso a exigir un abandono del pensamiento educativo, piedra angular del conjunto del sistema de justicia penal de menores desde la primera *Jugendgerichtsgesetz*, a favor de un Derecho penal en el que la pena se determine exclusivamente en proporción a la culpabilidad del autor,⁸⁶ priorizando al mismo tiempo aspectos tales como la

⁸⁵ KREUZER, Arthur (2002): «Ist das Jugendstrafrecht noch zeitgemäß?», *Neue Juristische Wochenschrift*, p. 2345.

⁸⁶ Uno de los últimos autores en posicionarse en contra de mantener el principio educativo en el Derecho penal juvenil alemán ha sido Hans-Jörg ALBRECHT. Éste propone su eliminación de la JGG y la introducción en su lugar de un

protección de la sociedad o la intimidación de los destinatarios de la norma.

Lo interesante de este cambio de paradigma se encuentra en el hecho de que, al contrario que en décadas anteriores, no se busca ya la opinión de los expertos en Derecho penal juvenil y en Criminología, tanto en su vertiente teórica como práctica. En su lugar aparecen una serie de instancias de carácter político y mediático, en cuyo seno se desarrolla el debate político-criminológico sobre la juventud alemana y sus conductas desviadas. De una manera así del todo punto estereotipada, emocional, y alejada consiguientemente de cualquier estudio o interpretación de tipo criminológico, se habla de una evolución alarmante de las cifras de delincuencia juvenil,⁸⁷ provocando con ello una ola de «pánico moral» en la población. Con ello se pretende no sólo buscar una solución rápida y eficaz al problema de la delincuencia de los menores, sino, sobre todo, sacar provecho de esa situación, y sea mediante votos, ya sea mediante un beneficio puramente económico.

Dentro del clima alarmista expuesto en los párrafos anteriores, en las últimas fechas se viene asistiendo en la vida política alemana a un literal bombardeo de propuestas legislativas de reforma de la JGG. Dichas propuestas, formuladas todas ellas, sin excepción, con la intención de endurecer la legislación penal de menores, vienen siendo elaboradas exclusivamente, bien por parte de la Unión Cristiano-Demócrata (CDU) o la Unión Socialcristiana (CSU) en el parlamento federal alemán, bien por parte de determinados *Länder*, gobernados a su vez por la misma formación de orientación conservadora.⁸⁸

Si se echa un vistazo a los distintos proyectos de reforma presentados en los últimos años tanto en el seno del *Bundesrat* como del *Bundestag*, se observa cómo, en mayor o menor medida, todos ellos se dirigen a fortalecer el Derecho penal juvenil contenido en la JGG hacia una vertiente más represiva. Del conjunto de propuestas de reforma presentadas pueden destacarse las siguientes: (1) Disminución de la edad mínima para exigir responsabilidad penal conforme a las disposiciones de la JGG, de los vigentes catorce a los doce años; (2) Exclusión genérica de la aplicación de la jurisdicción de menores a los jóvenes semi-adultos de entre dieciocho y veinte años;⁸⁹ (3) Aumento de la duración máxima de la pena juvenil a

«principio de proporcionalidad dirigido a la culpabilidad por el hecho» («*Tatschuldproportionalitätsprinzip*»). Su propuesta se dirige en concreto a introducir en la JGG una disposición que regule de forma independiente los principios para la determinación de las consecuencias jurídicas por el hecho delictivo cometido por un sujeto menor de edad. Para esta determinación debe tenerse en cuenta, más que la personalidad y la educación del menor delincuente, la conducta delictiva imputada y el grado de culpabilidad. Véase: ALBRECHT, Hans-Jörg (2002): «*Ist das Jugendstrafrecht noch zeitgemäß? Gutachten für den 64. Deutschen Juristentag*», Munich: Beck, pp. 110 y ss.

⁸⁷ Y ello a pesar de que los datos oficiales indican precisamente lo contrario. Véase para ello la Tabla 2 en el Apéndice.

⁸⁸ Para un análisis de los distintos Proyectos de Ley de reforma de la JGG presentados en la Cámara Alta (*Bundesrat*) en los últimos años, véase: CANO PAÑOS (2006), cit., pp. 223 y ss.

⁸⁹ En concreto, el (todavía) vigente § 105 JGG contempla la posibilidad de aplicar la normativa penal juvenil a los jóvenes semi-adultos si se da una de las dos siguientes condiciones: (1) Cuando de la valoración total de la personalidad del autor, incluyendo también las condiciones ambientales, se infiera que el joven semi-adulto, en el momento de la comisión del delito, puede ser equiparado a un menor de edad en lo relativo a su desarrollo moral y psíquico; (2) Cuando el hecho delictivo cometido por el joven pueda ser considerado como una típica infracción juvenil en lo relativo a la

quince años;⁹⁰ (4) Posibilidad de imposición de la llamada «custodia de seguridad» («*Sicherungsverwahrung*») en el ámbito del Derecho penal de menores; (5) Introducción de la medida de «presentación obligatoria» («*Meldepflicht*») dentro de las medidas educativas contempladas en la JGG; (6) Introducción de la medida de «prohibición de conducir vehículos a motor» («*Fahrverbot*») dentro de los medios coercitivos contemplados en la JGG; (7) Imposición de un llamado «arresto intimidatorio» («*Warnschussarrest*») en el caso de suspensión condicional de la pena o suspensión de la imposición de la misma; (8) Fortalecimiento de la posición procesal de las víctimas en el proceso penal sustanciado ante menores delincuentes mediante la introducción en la JGG tanto de la llamada «acusación accesoria» («*Nebenklage*») como del «procedimiento adhesivo» («*Adhäsionsverfahren*»).

Ante la avalancha de propuestas de reforma del Derecho penal juvenil presentadas en Alemania en la última década, la inmensa mayoría de la doctrina y la práctica de la justicia juvenil alemana se muestran contrarias a ese giro de corte represivo que se percibe en la totalidad de proyectos.⁹¹ Para ello argumentan que ni desde un punto de vista criminológico ni práctico existe una necesidad perentoria de modificar la *Jugendgerichtsgesetz* hacia una vertiente más represiva. Así, numerosas investigaciones criminológicas, realizadas para comprobar la efectividad de las sanciones desde el punto de vista de la reincidencia, vienen demostrando año tras año cómo un endurecimiento de las mismas no conduce en absoluto a reducir las tasas de delincuencia, ni la de los adultos ni por supuesto la de los menores de edad.⁹²

En este sentido, ningún proyecto de reforma tiene en cuenta el hecho que desde el año 1998 se está produciendo en Alemania una disminución general en la cifra de detenidos con respecto a la franja correspondiente a los menores de edad (Tabla 2). Además, tal y como pone de manifiesto el «Primer Informe Periódico de Seguridad», publicado a iniciativa del Gobierno alemán en el año 2001, la delincuencia juvenil presenta en la mayoría de los casos un carácter episódico y de bagatela, algo que por lo demás es característico de la etapa que transcurre entre la niñez y la edad adulta.⁹³

En el contexto descrito, no son pocos los autores germanos que denuncian el progresivo alejamiento que se está produciendo entre la Política criminal y las

tipología, las circunstancias concretas del hecho y los motivos de su comisión.

⁹⁰ Actualmente, el techo sancionador previsto en el § 18 JGG es de diez años de privación de libertad, el cual resulta aplicable a todas las franjas de edad susceptibles de acogerse al sistema de justicia juvenil.

⁹¹ Véase al respecto: CANO PAÑOS (2006), cit., pp. 234 ss., con bibliografía complementaria.

⁹² Para ello puede acudir al interesante estudio realizado en Alemania por JEHLE, HEINZ y SUTTERER sobre la reincidencia delictiva tras la imposición y cumplimiento de determinadas penas. Así, mientras la reincidencia se sitúa en un 31,7 por 100 en el caso de los sujetos que han cumplido una medida de carácter ambulatorio, aquélla alcanza sin embargo el 77,8 por 100 cuando se impone una pena de prisión. Véase: JEHLE, Jörg-Martin/HEINZ, Wolfgang/SUTTERER, Peter (2003): *Legalbewährung nach strafrechtlichen Sanktionen. Eine kommentierte Rückfallstatistik*, Berlin: Bundesministerium der Justiz.

⁹³ BUNDESMINISTERIUM DER JUSTIZ/BUNDESMINISTERIUM DES INNERN (Ed.) (2001): *Erster Periodischer Sicherheitsbericht*, Berlin, p. 475.

investigaciones criminológicas.⁹⁴ No es así extraño observar cómo algunos de los resultados a los que han llegado una serie de investigaciones criminológicas llevadas a cabo en Alemania son tergiversados, falseados o lisa y llanamente ignorados por los órganos de decisión política –sea de la ideología que sean– para de ese modo justificar una serie de reformas penales.

Pues bien, mientras que hasta hace pocas fechas el Derecho penal juvenil alemán había logrado repeler los envites procedentes de la política criminal represiva que de manera recalcitrante venía siendo defendida por determinados círculos políticos con el respaldo de un sector de los medios de comunicación y la anuencia de gran parte de la población germana, finalmente ha sucumbido a las exigencias de reforma de la JGG. De nuevo han sido determinados acontecimientos de violencia juvenil, tan aislados como espeluznantes, los que han dado lugar a que ese espíritu represivo haya tenido acogida por parte del sistema de justicia juvenil vigente en Alemania.

Y es que desde finales de 2007 se volvió a hablar en los medios de comunicación germanos sobre una aparente escalada de las acciones violentas cometidas por menores de edad (muchos de ellos de origen inmigrante).⁹⁵ Ello dio lugar a que un sector de la política alemana exigiese entre otras cosas un endurecimiento considerable del Derecho penal juvenil, la posibilidad de expulsar del país a aquellos menores delincuentes de origen extranjero, o incluso la implantación de los llamados «campos educativos» («*Erziehungscamps*») a imagen y semejanza de los famosos «*boot camps*» norteamericanos, creados en su día con el objetivo de tratar a los menores delincuentes violentos y multireincidentes.⁹⁶

Como consecuencia de ello, la JGG ha sufrido en los últimos cinco años varias modificaciones que de una u otra manera han conducido a romper con el espíritu educativo y preventivo-especial del que hizo gala la anteriormente analizada 1.JGGÄndG del año 1990. Como se verá a continuación, dichas reformas dejan entrever, también en el caso de Alemania, una cierta «esquizofrenia» o «síndrome de Dr. Jekyll y Mr. Hyde». Efectivamente, mientras que una de las reformas que se van a analizar a continuación ha tenido como objetivo prioritario consolidar legal-

⁹⁴ Véase, por todos, SCHWIND, Hans-Dieter (1993): «Kriminalität als Gegenstand der Kriminalpolitik», en: ALBRECHT, Peter-Alexis, *et al.* (eds.), *Festschrift für Horst Schüler-Springorum zum 65. Geburtstag*, Köln: Carl Heymanns, pp. 225 y ss.

⁹⁵ Para hacerse una idea del alarmismo mediático creado en torno a esos acontecimientos de violencia juvenil en Alemania, véase, por ejemplo: «Exempel des Bösen», *Der Spiegel* 2 (2008), pp. 20 y ss.; «Kinder der Finsternis», *Der Spiegel* 18 (2011), pp. 32 y ss. El primer reportaje publicado en el prestigioso semanario alemán tuvo como telón de fondo la salvaje agresión a un pensionista por parte de dos jóvenes de origen extranjero residentes en Munich, los cuales en el momento de los hechos –diciembre de 2007– contaban con 17 y 20 años de edad respectivamente. En el segundo caso se hacía referencia a los hechos acaecidos en abril de 2011 en una estación de metro de Berlín, donde un joven alemán de 17 años golpeó brutalmente a otro de 29, ocasionándole heridas que le mantuvieron en coma durante varios días. Las imágenes grabadas por las cámaras de seguridad instaladas en el andén mostraban en este segundo caso la violencia gratuita con la que el joven alemán seguía propinando patadas en la cabeza de la víctima una vez ésta yacía inconsciente en el suelo.

⁹⁶ Véase al respecto: KÖHNE, Michael (2008): «(Nichts) Neues zum Jugendstrafrecht?», *Juristische Rundschau*, núm. 9, pp. 370 y ss.

mente el pensamiento educativo considerado como principio rector del Derecho penal juvenil, la otra ha dado lugar a introducir en la JGG elementos puramente vindicativos e inocuidadores, los cuales hasta la fecha habían venido siendo considerados como elementos extraños y, por ello, perturbadores del sistema de justicia juvenil alemán.

De entre la producción legislativa llevada a cabo en el ámbito de la legislación penal de menores alemana en los últimos cinco años cabe destacar las siguientes leyes de reforma:

- (1) Segunda Ley de Modernización de la Justicia (*Zweites Gesetz zur Modernisierung der Justiz*), de 22 de diciembre de 2006,⁹⁷ la cual trajo consigo la –limitada– introducción de la acusación accesoria («*Nebenklage*») en el proceso penal de menores (§ 80 apartado 3 JGG);
- (2) Segunda Ley de Reforma de la Ley de los Tribunales Juveniles y otras Leyes (*Zweites Gesetz zur Änderung des Jugendgerichtsgesetzes und anderer Gesetze*), de 13 de diciembre de 2007,⁹⁸ la cual condujo a que el legislador fijara legalmente en un precepto de la JGG (§ 2 apartado 1) la finalidad del Derecho penal juvenil;
- (3) Ley de Introducción de la Imposición Posterior de la Custodia de Seguridad para Condenas en virtud del Derecho Penal Juvenil (*Gesetz zur Einführung der nachträglichen Sicherungsverwahrung bei Verurteilungen nach Jugendstrafrecht*), de 8 de julio de 2008,⁹⁹ la cual introdujo en el § 7 apartados 2 a 4 JGG esta controvertida medida.

La primera de las modificaciones de la JGG a la que hay que hacer referencia por su carácter eminentemente preventivo-especial es la llevada a cabo en el año 2007. Así, el 13 de diciembre de ese año se aprobó en Alemania la Segunda Ley de Reforma de la Ley de los Tribunales Juveniles y otras Leyes (2.JGGÄndG), en vigor desde el 1 de enero de 2008. La misma dio lugar a que por primera vez desde la aprobación de la JGG en el año 1953 se produjese la consolidación legal tanto del pensamiento educativo como de la finalidad en general del Derecho penal juvenil alemán. Para ello se modificó el contenido del § 2 JGG, cuyo apartado primero reza de la siguiente manera:

«La aplicación del Derecho penal juvenil debe sobre todo contrarrestar la comisión de nuevos delitos por parte de un menor de edad o un joven semi-adulto. Para lograr este fin, las consecuencias jurídicas y, teniendo en cuenta el derecho a la educación de los pa-

⁹⁷ BGBl. I, p. 3416.

⁹⁸ BGBl. I, p. 2894.

⁹⁹ BGBl. I, p. 1212.

dres, también el procedimiento deben orientarse de forma prioritaria al pensamiento educativo».

No cabe duda de que con la introducción de este precepto el legislador alemán del año 2007 quería desterrar del sistema de justicia juvenil contenido en la JGG aspectos puramente vindicativos y de prevención general, dando por el contrario prioridad casi absoluta a aquellas medidas orientadas a la educación y reinserción social del menor delincuente.¹⁰⁰ Con todo, de lo dispuesto en la primera frase del § 2 apartado 1 JGG se desprende que el objetivo de impedir la comisión de nuevos delitos por parte de un menor o joven semi-adulto a partir de las medidas educativas contenidas en la legislación penal juvenil no deviene en el único y exclusivo («debe sobre todo»), si bien la voluntad del legislador es excluir del sistema de justicia juvenil finalidades inherentes al Derecho penal de adultos como es la culpabilidad por el hecho, la retribución y la intimidación de los destinatarios de la norma.¹⁰¹ De este modo, el Derecho penal juvenil se orienta hacia una clara finalidad de carácter preventivo-especial, aunque el empleo de la fórmula «sobre todo» permite también tener en cuenta otras finalidades preventivo-generales con un cierto carácter expiatorio, lo cual se observa por ejemplo en el caso de la pena juvenil impuesta por la gravedad de la culpabilidad del menor delincuente (§ 17 apartado 2 JGG).¹⁰² Por lo demás, hay que decir que el pensamiento educativo consolidado en el repetido § 2 apartado 1 JGG no sólo es aplicable al ámbito sancionador de la JGG, sino también a la hora de configurar el procedimiento e incluso en el momento de ejecutar la sanción impuesta.¹⁰³

Para lograr la finalidad de impedir la comisión de ulteriores delitos por parte del menor o joven delincuente, señala el § 2 apartado 1 frase 2 JGG que tanto las consecuencias jurídicas previstas en la JGG como el propio procedimiento deben orientarse «de forma prioritaria al pensamiento educativo». Con todo, la propia Ley de Reforma del año 2007 señala en su Exposición de Motivos que «la educación no

¹⁰⁰ OSTENDORF, Heribert (2010): «Strafverschärfungen im Umgang mit Jugendkriminalität», en: DOLLINGER, Bernd/SCHMIDT-SEMISCH, Henning (eds.), *Handbuch Jugendkriminalität. Kriminologie und Sozialpädagogik im Dialog*, 1. Ed., Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, p. 92. En parecidos términos: GOERDELER, Jochen (2008): «Das „Ziel der Anwendung des Jugendstrafrechts“ und andere Änderungen des JGG», *Zeitschrift für Jugendkriminalrecht und Jugendhilfe*, núm. 2, p. 137; LAUBENTHAL, Klaus/BAIER, Helmut/NESTLER, Nina (eds.) (2010): *Jugendstrafrecht*, 2. Ed., Berlin-Heidelberg: Springer, pp. 24-25. Así lo declara también expresamente la Exposición de Motivos de la Ley de Reforma del año 2007. Véase: BT-Drucksache 16/6293, p. 10.

¹⁰¹ OSTENDORF, Heribert (2010a): «Neue Gesetze im Jugendstrafrecht», *Zeitschrift für Jugendkriminalrecht und Jugendhilfe*, núm. 1, p. 200.

¹⁰² En este sentido, KASPAR considera que con la expresión «sobre todo» contenida en el § 2 apartado 1 frase 1 JGG el legislador ha introducido una especie de cláusula abierta que permite tener en consideración otras finalidades que van más allá de impedir la comisión de delitos por parte de los menores de edad. Para este autor, en aquellos casos en los que la prevención no constituye el objetivo prioritario de la intervención, podrían entrar en consideración aspectos retributivos y preventivo-generales. Según señala KASPAR, dicha interpretación podría también aplicarse al § 2 apartado 1 frase 2 JGG, donde, a la hora de perseguir finalidades preventivas, las consecuencias jurídicas deben orientarse sólo «de forma prioritaria» al pensamiento educativo. Véase: KASPAR, Johannes (2010): «Jenseits von Erziehung: Generalprävention als komplementärer Sanktionszweck des Jugendstrafrechts», en: DÖLLING, Dieter, et al. (eds.), *Verbrechen – Strafe – Resozialisierung. Festschrift für Heinz Schöch zum 70. Geburtstag am 20. August 2010*, Berlin, New York: De Gruyter, p. 210.

¹⁰³ En los mismos términos: OSTENDORF (2010a), cit., p. 200.

constituye por sí misma la finalidad o el objetivo del Derecho penal juvenil. Por el contrario, el significado del principio educativo se basa más bien en que para la consecución de ese objetivo [impedir la comisión de nuevos delitos] deben emplearse ante todo medios educativos y que en lo posible deben ser tenidos en cuenta aspectos de carácter educativo». ¹⁰⁴ A partir de estas consideraciones, el Derecho penal juvenil no puede ser considerado como un simple Derecho de carácter educativo, sino que se trata más bien de un Derecho penal de naturaleza especial. ¹⁰⁵ Además, la expresión «de forma prioritaria» implica que no en todos los casos en los que un menor de edad o joven semi-adulto comete un delito se constatan déficits de carácter educativo, de modo que no siempre se vislumbran necesidades educativas con respecto al menor o joven infractor. ¹⁰⁶

En el polo opuesto, el Derecho penal juvenil alemán ha sucumbido finalmente a los aires represivos que ya desde comienzos de la década de 1990 venían impregnando el ambiente en lo relativo al tratamiento de los delincuentes menores de edad. Tras la victoria de la CDU/CSU en las elecciones generales celebradas en Alemania en septiembre de 2005, era solo una cuestión de tiempo el que el Derecho penal juvenil contenido en la JGG fuera modificado con el objetivo de endurecer sus disposiciones en aras a *combatir* más eficazmente la delincuencia cometida por menores de edad.

Así, la primera reforma de signo represivo tuvo lugar mediante la aprobación de la Segunda Ley de Modernización de la Justicia, de 22 de diciembre de 2006. Como ya se indicó anteriormente, los intereses de las víctimas de delitos cometidos por menores de edad se encontraban tremendamente limitados en la JGG, estableciendo el primigenio § 80 apartado 3 JGG la inadmisión en todo caso de la llamada «acusación accesoria» («*Nebenklage*») en el proceso penal de menores. Con ello se pretendía evitar que la finalidad educativa que presidía todo el sistema de justicia juvenil alemán se viera perjudicada por el ánimo vindicativo que en la mayoría de las ocasiones suele guiar la actuación del ofendido o perjudicado en todo proceso penal. Pues bien, la mencionada ley de reforma del año 2006 abrió la puerta a una – eso sí – limitada y excepcional admisión de la acusación accesoria en el ámbito de la justicia juvenil. Así, tras la reforma operada en el mencionado § 80 apartado 3 JGG, el ofendido o perjudicado puede personarse en el procedimiento en aquellos delitos de especial gravedad (delitos contra la vida, la integridad física, la libertad o la indemnidad sexual, delitos contra la libertad personal, robo o extorsión con resultado de muerte), siempre y cuando la víctima «haya sufrido un grave daño físico o psicológico o haya sido expuesta a un peligro de tal naturaleza». En opinión de gran parte de la doctrina penal alemana, la reforma operada en el año 2006

¹⁰⁴ BT-Drucksache 16/6293, p. 9.

¹⁰⁵ En los mismos términos: LAUBENTAHL/BAIER/NESTLER, cit., pp. 2-3.

¹⁰⁶ SONNEN, Bernd-Rüdiger: (2011): «Comentario al § 2 JGG», en: DIEMER, Herbert/SCHATZ, Holger/SONNEN, Bernd-Rüdiger (2011): *Jugendgerichtsgesetz mit Jugendstrafvollzugsgesetzen*, 6. Ed., Heidelberg: C.F. Müller, p. 21, marginal núm. 1.

ha dado lugar a introducir en la legislación penal de menores aspectos vindicativos y expiatorios incompatibles con lo dispuesto en el anteriormente analizado § 2 apartado 1 JGG.¹⁰⁷

La segunda de las reformas que ha traído consigo una agravación considerable del sistema sancionador contenido en la JGG y que por ello es necesario destacar es la aprobación de la llamada Ley de Introducción de la Imposición Posterior de la Custodia de Seguridad para Condenas en virtud del Derecho Penal Juvenil, de 8 de julio de 2008, en vigor desde el 12 de julio de 2008. Las razones que puso sobre la mesa el legislador para justificar la reforma fue la constatación de una serie de hechos de especial gravedad cometidos por menores de edad, en los cuales tanto los peritos encargados de la evaluación mental de los menores como un sector de la justicia consideraban que tras el cumplimiento de la correspondiente pena de internamiento seguía existiendo una peligrosidad relevante por parte de los condenados, sin que el Derecho penal juvenil vigente hasta entonces contemplase ningún mecanismo que permitiese seguir manteniendo bajo custodia estatal a esos sujetos que seguían representando un peligro para el resto de la sociedad.¹⁰⁸

En Alemania, la idea de que los delincuentes peligrosos deben estar privados de libertad de manera permanente, más allá incluso del cumplimiento efectivo de una pena de prisión, goza de un respaldo legal a través de un controvertido instituto jurídico concebido como una medida de corrección y aseguramiento en el § 61 núm. 3 del Código Penal alemán: la custodia de seguridad («*Sicherungsverwahrung*»).¹⁰⁹ Dicha medida supone ni más ni menos que una privación de libertad adicional la cual se anuda al cumplimiento de una pena privativa de libertad, si bien con la primera se coloca en un primer plano, no la compensación de la culpa exteriorizada en el hecho delictivo, sino el aseguramiento del sujeto peligroso. La misma puede ser ordenada en sentencia junto a la pena de prisión (§ 66 StGB), si bien el tribunal competente puede reservarse la decisión relativa a imponer o no una custodia de seguridad (§ 66a StGB). Además, tras la reforma operada en este instituto en el año 2004, el § 66b StGB permite la imposición posterior de la custodia de seguridad en aquellos casos en los que la peligrosidad del condenado se manifiesta durante el periodo de cumplimiento de la pena de prisión. Puede afirmarse que la custodia de seguridad es una medida destinada para un determinado círculo de sujetos autores de delitos de especial gravedad, los cuales no sólo han sido declarados culpables, sino que además se considera son irrecuperables para la vida en sociedad.¹¹⁰

¹⁰⁷ Véase, por todos: OSTENDORF (2010), cit., p. 93, con bibliografía complementaria.

¹⁰⁸ A dichas razones hace referencia: DIEMER, Herbert (2011): «Comentario al § 7 JGG», en: DIEMER/SCHATZ/SONNEN, cit., p. 66, marginal núm. 26.

¹⁰⁹ Para un estudio detallado de esta medida, así como de las reformas operadas en ella en los últimos años, véase: CANO PAÑOS, Miguel Ángel (2007): «El marco jurídico y criminológico de la custodia de seguridad (*Sicherungsverwahrung*) en el Derecho penal alemán», *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 91, pp. 205 y ss.

¹¹⁰ CANO PAÑOS (2007), cit., p. 206; OSTENDORF, Heribert/BOCHMANN, Christian (2007): «Nachträgliche

Pues bien, la Ley de reforma del año 2008 ha dado lugar a la modificación del § 7 JGG, introduciéndose la posibilidad de aplicar la imposición posterior de la custodia de seguridad («*nachträgliche Sicherungsverwahrung*») a aquellos menores y jóvenes semi-adultos autores de determinados delitos.¹¹¹ En concreto, el apartado 2 de la mencionada disposición establece los siguientes requisitos para la imposición de dicha medida: (1) Condena a una pena juvenil de por lo menos siete años de internamiento; (2) Comisión de un delito contra la vida, la integridad corporal, la libertad sexual, así como en los casos de delitos de robo o extorsión con resultado de muerte; (3) Causación a la víctima de un grave daño físico o psicológico, o exposición de aquélla a un grave peligro; (4) Pronóstico de peligrosidad tras el cumplimiento de la pena juvenil emitido por dos peritos ajenos a la Administración penitenciaria.

Importante es señalar que el § 7 apartado 4 JGG ordena la revisión anual de dicha medida, para con ello valorar una eventual suspensión condicional de la misma.

Como era de esperar, la inmensa mayoría de la doctrina alemana ha criticado fervientemente la reforma de la JGG llevada a cabo en el año 2008.¹¹² Dejando de lado la cuestión relativa a si esta modificación operada en la JGG atenta o no contra el principio de proporcionalidad o el de *non bis in idem*, el problema a la hora de emitir el correspondiente dictamen por parte de los peritos radica en que el mismo se elabora sobre la base de unos sujetos no sólo plenamente inmersos en su proceso de desarrollo moral y psíquico, sino en un contexto ambiental marcado por la privación de libertad, lo cual, entre otras cosas, puede dar lugar a una escalada en las actitudes agresivas de esos menores.¹¹³ Además, si bien en el caso del Derecho penal juvenil debe comprobarse cada año la necesidad de continuar con la privación de libertad del menor sometido a esta medida (§ 7 apartado 4 JGG), un pronóstico negativo puede dar lugar al internamiento a perpetuidad de ese menor, lo cual contradice abiertamente lo dispuesto en el art. 37b 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 –ratificada por Alemania en el año 1992–, donde se señala entre otras cosas que la prisión de un niño se utilizará «durante el período más breve que proceda».¹¹⁴

Sicherungsverwahrung bei jungen Menschen auf dem internationalen und verfassungsrechtlichen Prüfstand, *Zeitschrift für Rechtspolitik*, núm. 5, p. 146.

¹¹¹ Hay que decir en este punto que el legislador del año 2008 desechó la posibilidad de introducir en la JGG las otras dos variantes de la custodia de seguridad previstas en el StGB, a saber, su imposición en sentencia y la reserva de la misma. La razón aludida es que en el momento de dictar el correspondiente fallo condenatorio, el Juez de Menores, teniendo en cuenta la franja de edad de los sujetos responsables, y relacionado con ello su desarrollo moral y psíquico, no puede en modo alguno disponer de elementos de juicio que permitan pronosticar una peligrosidad de aquellos.

¹¹² Véase entre otros: GEBAUER, Michael (2010): «Jugendstrafrecht – quo vadis?», en: DÖLLING, Dieter, *et al.* (eds.), *Verbrechen – Strafe – Resozialisierung. Festschrift für Heinz Schöch zum 70. Geburtstag am 20. August 2010*, Berlin, New York: De Gruyter, p. 204; OSTENDORF, Heribert (2008): «Jugendstrafrecht – Reform statt Abkehr», *Strafverteidiger*, núm. 3, pp. 151-152; OSTENDORF, Heribert/PETERSEN, Sandra (2010): «Nachträgliche Sicherungsverwahrung im Jugendstrafrecht», *Zeitschrift für Rechtspolitik*, núm. 8, pp. 246 y ss.

¹¹³ En los mismos términos: OSTENDORF (2008), *cit.*, p. 152.

¹¹⁴ Hay que decir que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) declaró en una trascendental sentencia de 17 de diciembre de 2009 que la «medida» de la custodia de seguridad contemplada en el ordenamiento jurídico-penal alemán no era sino una «pena» en el sentido establecido por el art. 7 I 2 de la Convención Europea de Derechos Humanos, ya que, entre otras cosas, esta forma de custodia suponía privación de libertad, siendo en muchos ejecutada en

Tras el análisis efectuado de las reformas de mayor calado operadas en la JGG en los últimos cinco años puede decirse que, exceptuando la consolidación del pensamiento educativo llevada a cabo en el § 2 apartado 1 JGG por parte de la Ley del año 2007, en el resto de casos no se vislumbra en modo alguno una continuación del proceso de reforma de naturaleza preventiva y resocializadora que valientemente se inició con la 1.JGGÄndG del año 1990. Por el contrario, se trata de reformas del Derecho penal juvenil de índole claramente represiva, donde el legislador se limita a proyectar la línea de política-criminal que desde hace un tiempo viene marcando las reformas del Derecho penal de adultos.¹¹⁵ Mientras que hace unos años se consideraba al Derecho penal juvenil como «banco de pruebas» a la hora de ensayar nuevas formas con las que hacer frente a la delincuencia en general (por ejemplo a través de institutos como la mediación autor-víctima), susceptibles de proyectarse al Derecho penal de adultos, actualmente es este último el que sirve de modelo y prototipo para abordar las reformas de la JGG.¹¹⁶

8. Conclusiones

Como se ha podido comprobar a lo largo del presente trabajo, el continuo cambio al que se viene sometiendo al Derecho penal de menores contenido en la LORPM no constituye desde luego un fenómeno aislado, sino que se inscribe en las orientaciones político-criminales que se han ido conformando como consecuencia de la globalización económica y las estrategias de seguridad que han venido a caracterizar la nueva sociedad como «sociedad del riesgo».

El sistema de justicia juvenil, lejos de sustraerse a la mencionada tendencia, se ha visto muy influido por la misma hasta el punto de que se llegue a plantear si el modelo inicialmente centrado en el superior interés del menor y en una idea de responsabilidad educativa del menor infractor ha evolucionado hacia un nuevo modelo de gestión de los riesgos; hacia un populismo punitivo cargado de simbolismo que se apoya fundamentalmente en el valor de la seguridad y que apuesta por centrar su atención en el interés de la sociedad.

En el caso de España, las reformas operadas en la LORPM han conducido a que el tratamiento de los menores reincidentes o de aquellos que han llevado a cabo infracciones graves se haya alejado definitivamente de los principios básicos de la justicia penal de menores, los cuales inspiraron la versión original de la LORPM.

centros penitenciarios. El recurso presentado por el Gobierno alemán contra la mencionada sentencia fue rechazado por el propio Tribunal mediante un auto de 11 de mayo de 2010. Dado que el Gobierno germano viene obligado a la transposición de las sentencias procedentes del TEDH, no tuvo más remedio que afrontar la modificación de la custodia de seguridad, la cual se ha llevado a cabo mediante la Ley de Reordenación del Derecho de la Custodia de Seguridad y de otras Regulaciones Complementarias (*Gesetz zur Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung und zu begleitenden Regelungen*), de 22 de diciembre de 2010 (BGBl. I, p. 2300), en vigor desde el 1 de enero de 2011. Con todo, la regulación de la custodia de seguridad en el Derecho penal juvenil (§ 7 JGG) no ha sufrido alteración alguna en su configuración típica tras la mencionada Ley del año 2010.

¹¹⁵ GEBAUER, cit., p. 204.

¹¹⁶ De la misma opinión: OSTENDORF (2010), cit., p. 93.

De este modo, podría afirmarse que con respecto a este concreto sector delincuen- cial se ha producido una casi completa supresión del pensamiento educativo que, con mayor o menor énfasis, sigue marcando la respuesta del Derecho penal juvenil español frente a los menores delincuentes. A ello se suma que las diferentes refor- mas han tenido, en la mayoría de las ocasiones, un carácter estrictamente circuns- tancial, sin que hayan sido fruto de previos estudios empírico-criminológicos, que deberían ser el punto de partida de cualquier política criminal racional. Por el con- trario, la existencia de una alarma social en lo relativo a la delincuencia llevada a cabo por menores de edad ha conducido en España a la consolidación de una políti- ca criminal de Derecho penal de menores más punitiva y menos preventiva, más simbólica y menos racional, la cual se ha visto plasmada en la catarata de reformas que de la LORPM se han llevado a cabo desde incluso mucho antes de su entrada en vigor.

Y es que la hipertrofia represiva del Derecho penal de adultos ha contaminado, también, al Derecho penal de menores, provocando no sólo una progresiva falta de sintonía con los principios inspiradores de la doctrina internacional en la materia, sino *traicionando* al mismo tiempo los planteamientos político-criminales invoca- dos en la Exposición de Motivos de la propia LORPM que expresamente rechaza(ba) en este ámbito la persecución de finalidades propias del Derecho penal de adultos, como la proporcionalidad entre el hecho cometido y su sanción o la intimi- dación de los destinatarios de las normas penales, para optar en su lugar por un repertorio de medidas no represivas, sino de naturaleza preventivo-especial y orien- tadas a la efectiva reinserción del menor, y todo ello con un escrupuloso respeto del «superior interés» del mismo.

La LORPM mereció al principio una valoración positiva en su conjunto. Su puesta en marcha significó sin duda un importante reto y otra manera de responder a la delincuencia cometida por menores de edad. La Ley se declaró claramente favorable hacia una opción preferentemente educativa en lugar de represiva. La gama de medidas previstas en el art. 7 LORPM y la idea de que el internamiento en régimen cerrado debía ser el último recurso marcaron las grandes líneas de política- criminal que inspiraron la Ley. Por todo ello, debería haberse concedido a la Ley un margen mínimo de dos años para saber si tras su entrada en vigor la delincuen- cia juvenil había aumentado, disminuido, o bien permanecía en los mismos niveles. Solamente en el caso de que se demostrara que la LORPM había supuesto un im- portante incremento de la delincuencia juvenil debería haberse acometido su modi- ficación. En este sentido, el Consejo de Europa exige en una importante Recomen- dación del año 2003 que el tratamiento de los menores delincuentes «debe apoyarse en lo posible en los conocimientos científicos, debiendo tener en cuenta qué resulta eficaz, con respecto a quién y en qué circunstancias».¹¹⁷ Y es que mientras se ca-

¹¹⁷ Recomendación 2003 (20) del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre nuevas formas de tratamiento de

rezcan de conocimientos fiables y contrastados con respecto a qué sanción prevista para un determinado problema logra conseguir los mejores resultados desde un punto de vista preventivo, no resultará posible tomar una decisión racional entre las posibles alternativas que pueden entrar en juego.

Sería engañarse desconocer que la criminalidad cometida por sujetos menores de edad genera en ocasiones un alto grado de inseguridad e incluso de nerviosismo social. Aquélla, además de compartir con la delincuencia de adultos las dosis de preocupación social inherente a cualquier manifestación de comportamiento social desviado, añade a menudo un importante componente de crispación, de indefensión, de impotencia y, en definitiva, de singular irritación, en la medida en que la sociedad tiene con frecuencia la sensación de que la actuación de esos sujetos, debido a sus especiales características, no recibe una respuesta penal ajustada a la gravedad de su conducta. No obstante, esta «sensación de impunidad» descrita la propicia precisamente uno de los principales méritos de la originaria LORPM, a saber, la decidida renuncia a una *escrupulosa* respuesta penal en los términos contemplados en el Texto Punitivo vigente para los sujetos adultos, entendiéndose por tal el respeto de la ecuación que gradúa la intensidad de la sanción –en estrictos términos de proporcionalidad– a la gravedad de los hechos. Pero por encima de cualquier valoración jurídico-penal del fenómeno de la delincuencia juvenil, resulta fundamental tener en cuenta que la misma está condicionada por un gran número de factores individuales, sociales, económicos y ambientales, los cuales por regla general están bastante alejados de la posible influencia del sistema penal. En este sentido, diversas investigaciones llevadas a cabo sobre la criminalidad asociada a menores delincuentes de gran intensidad y a jóvenes violentos muestran un alto grado de déficits sociales y situaciones carenciales por parte de ese concreto grupo delincuencial, destacándose variables tales como la violencia sufrida, tolerada u observada en el ámbito familiar, la privación material, los problemas de integración en el caso de los menores y jóvenes de procedencia inmigrante o las dificultades tanto en la escuela como en la formación profesional que dan lugar a una falta de perspectiva en relación a la integración laboral. Es evidente que todo este conjunto de variables favorecedoras de una eventual carrera criminal pueden ser contrarrestadas de forma positiva, pero no con los mecanismos que prevé el Derecho penal, sino más bien potenciando los aspectos preventivos en el ámbito asistencial y comunitario, mejorando con ello las posibilidades de participación social por parte de los jóvenes en riesgo de exclusión. Los problemas sociales no pueden ser resueltos de forma satisfactoria por el Derecho penal.

Como se ha podido observar a lo largo de los epígrafes anteriores, la necesidad o no de llevar a cabo una modificación de la LORPM nada tiene que ver con que la delincuencia juvenil esté creciendo en España. Por consiguiente, las sucesivas

reformas operadas en el texto de la legislación penal de menores se enmarcan más bien en esa exigencia de políticas de «tolerancia cero» que tan rápidamente han proliferado en los últimos años y que han sido impulsadas desde los diferentes partidos políticos que han gobernado en España, por lo que sería también un error cualquier identificación *partidista* de las reformas operadas en la LORPM.

Por el momento podría decirse que los fines últimos de la justicia de menores en España siguen siendo principalmente educativos y de reinserción del menor, pero únicamente con respecto a la delincuencia juvenil que –mayoritariamente– no es de carácter grave. En relación a este sector delincencial podría afirmarse entonces que el pensamiento educativo contenido en la LORPM se mantiene todavía vigente, aunque ciertamente *decolorado* como consecuencia de la asunción de parámetros preventivo-generales como consecuencia de las reformas. Sin embargo, no ocurre lo mismo cuando se está ante supuestos considerados como muy graves o de gran peligrosidad. En estos casos, las funciones reales de la justicia de menores no parten del «superior interés del menor», sino que tienen como objetivo su inocuización y, al mismo tiempo, la legitimación del sistema. Por consiguiente, la actual redacción de la LORPM, con todas sus modificaciones, permite apreciar elementos que identificarían dos modelos de gestión de la delincuencia llevada a cabo por menores de edad: uno más punitivo y otro más educativo. En el primer caso, las funciones a cumplir por el sistema de justicia juvenil se confunden e identifican con las propias del Derecho penal de adultos, mientras que en el segundo resultarían –todavía– de aplicación los principios consagrados en su día en la Exposición de Motivos de la LORPM.

Con todo, y a pesar del empeño del legislador por endurecer la respuesta a este «núcleo duro» de la delincuencia juvenil, la práctica judicial y el criterio de los profesionales parece primar todavía sobre la voluntad legislativa. Así, y gracias sobre todo al margen de discrecionalidad y a la flexibilidad que preside este sistema, en las decisiones judiciales sigue prevaleciendo un modo de entender la respuesta a los menores infractores fundamentada, esencialmente, en la educación y el interés del menor.¹¹⁸ Sin embargo, los últimos resultados conocidos de la aplicación práctica de la Ley hacen pensar que las tendencias están cambiando y que es posible que la práctica judicial pueda estar *contaminándose* del clima más punitivo que parece impregnar tanto a la ciudadanía como a la clase política. Además, los nuevos criterios para la aplicación de las medidas, así como la incorporación plena de la víctima y sus intereses en el sistema de justicia juvenil pueden acabar por socavar de forma definitiva la esencia del mismo. Esto puede dar lugar a un contagio de lo normal por lo excepcional, propiciando una tendencia general a la aplicación de la norma con la mayor severidad posible.

¹¹⁸ Véase al respecto: VALLS, Javier (2010): «Estudio empírico de la delincuencia de menores en la provincia de Granada en el año 2009», en: MORILLAS CUEVA, Lorenzo (Dir)/SUÁREZ LÓPEZ, José María (Coord.), *El menor como víctima y victimario de la violencia social (estudio jurídico)*, Madrid: Dykinson, pp. 979 y ss.

Pese al pesimismo reinante, hay que confiar en que las sucesivas modificaciones a las que puede estar sometido el texto de la LORPM en un futuro próximo no acaben por desnaturalizar definitivamente el espíritu de la ley. De no ser así, el ejercicio de la hipocresía social dañará a un sector de la población que representa el futuro de la sociedad española, y habrá traicionado el paso adelante en la humanización del Derecho penal y en la respuesta penal a los menores de edad que se produjo en el año 2000.

«La delincuencia juvenil es el espejo en el cual se refleja el estado de la sociedad adulta; y la manera en la que la sociedad trata a sus jóvenes delinquentes muestra el grado de su civilización»

Horst Viehmann

ANEXO: TABLAS

Tabla 1: Evolución de la delincuencia juvenil por grupos de edad en España (2000-2010)¹¹⁹

	<i>Niños menores de 14 años</i>	<i>Menores entre 14 y 15 años</i>	<i>Menores entre 16 y 17 años</i>	<i>Cifra total</i>
2000	2.785	7.722	16.610	27.117
2001	1.199	9.390	15.915	26.504
2002	971	9.314	16.385	26.670
2003	907	8.600	14.802	24.309
2004	761	8.244	14.839	23.884
2005	896	7.668	14.009	22.573
2006	505	7.484	13.690	21.679
2007		6.385	11.209	17.594
2008		6.141	12.575	18.716
2009		6.154	12.872	19.026
2010		5.828	11.629	17.457

[Se computan delitos y faltas conocidos por el Cuerpo Nacional de Policía, la Guardia Civil y la Policía Autónoma Vasca. Fuente: MINISTERIO DEL INTERIOR: *Anuario Estadístico del Ministerio del Interior*. Publicado en Internet: www.mir.es/catalogo]

¹¹⁹ A la hora de interpretar los datos estadísticos que aquí se presentan, hay que tener en cuenta que, sorprendentemente, desde el año 2007 el Anuario Estadístico del Ministerio del Interior no publica los datos relativos a la cifra de detenidos menores de edad. Las cifras que aquí se reproducen entre los años 2007 y 2010 se han obtenido tras presentar la correspondiente petición formal al Gabinete de Estudios de Seguridad Interior (GESI). El hecho de marcar dichas cifras con un sombreado distinto obedece sin duda al escepticismo que produce comparar dichos datos con los correspondientes a años anteriores. Así, en primer lugar no se acierta a comprender la considerable bajada en la cifra de detenidos menores de edad entre los años 2006 y 2007. Y ello aún teniendo en cuenta el número de detenidos menores de 14 años (datos que el GESI no proporcionó), cifra que, como puede observarse en la Tabla, a partir del año 2002 nunca alcanzó el millar, reduciéndose a apenas 500 en el año 2006. La falta de uniformidad que se percibe en la evolución de las cifras correspondientes a la delincuencia juvenil en España a partir del año 2007 invitan en segundo lugar a pensar en un eventual «interés político» en mostrar la eficacia en la aplicación de la LORPM tras su endurecimiento como consecuencia de la LO 8/2006.

Tabla 2: Evolución de la delincuencia juvenil por grupos de edad en Alemania (2000-2010)

	<i>Niños menores de 14 años</i>	<i>Jóvenes entre 14 y 17 años</i>	<i>Semi-adultos entre 18 y 20 años</i>	<i>Cifra total</i>
2000	145.834	294.467	247.586	687.887
2001	143.045	298.983	246.713	688.741
2002	134.545	297.881	245.761	678.187
2003	126.358	293.907	247.456	667.721
2004	115.770	297.087	250.534	663.391
2005	103.124	284.450	247.450	635.024
2006	100.487	278.447	241.824	620.758
2007	102.012	277.447	242.878	622.377
2008	101.389	265.771	237.190	604.350
2009	97.279	254.205	236.707	588.191
2010	91.960	231.543	216.764	540.267

[Fuente: BUNDESKRIMINALAMT (Ed.), *Polizeiliche Kriminalstatistik*. Publicado en Internet:
www.bka.de]