

"JUSTIFICACIÓN DE LAS MEDIDAS IMPUESTAS A MENORES CONFORME A LA LORPM. ADEMÁS DE RESOCIALIZACIÓN ¿CASTIGO?"

Silvia Rosales Pedrero
Juez Sustituta adscrita al TSJ Canarias
Socia FICP

SUMARIO

El presente trabajo aborda la justificación de las medidas previstas en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, que según reza en su Exposición de Motivos era una necesidad impuesta por lo establecido en la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, sobre reforma de la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, sobre reforma de la Ley reguladora de la competencia y el procedimiento de los Juzgados de Menores, en la moción aprobada por el Congreso de los Diputados al 10 de mayo de 1994, y en el artículo 19 de la vigente Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y tiene por objeto dilucidar si fundamentadas en principios orientados hacia la reeducación de los menores de edad infractores, en base a las circunstancias personales, familiares y sociales, resultan represivas además de preventivo especiales.

SUMMARY

This paper addresses the justification of the measures foreseen in the Organic Law 5/2000 of 12 January, governing the criminal liability of minors, as stipulated by the Preamble was a necessity imposed by the provisions of the Act organic 4/1992 of 5 June amending the organic Law 4/1992 of 5 June amending the Law on competition and procedure of the Juvenile Courts in the motion passed by Congress for Members of the May 10, 1994, and Article 19 of the Organic Law 10/1995 of November 23 of the Penal Code, and aims to elucidate whether grounded in principles aimed at reeducation of under-age offenders, based on personal social, family and are in addition to special preventive repressive.

PALABRAS CLAVE

Menor infractor, castigo, medidas sancionadoras, reeducación

KEYBOARDS

Juvenile offenders, punishment, punitive measures, rehabilitation

I. MARCO LEGAL DE LOS MENORES INFRACTORES EN ESPAÑA

La sociedad española ha venido mostrando una inquietud creciente ante el fenómeno de la delincuencia juvenil. Esta situación se debe, entre otras causas, a una sensación de aumento tanto cualitativo como cuantitativo de la misma, a la creencia de que los menores infractores gozan de una gran impunidad a la hora de delinquir, ya que al no aplicárseles el Código Penal, ha calado la idea de que la LORPM es excesivamente benevolente con los jóvenes infractores, y de que los jóvenes de hoy en día son más violentos y agresivos, habiéndose incrementado la gravedad de sus delitos y en los últimos tiempos, a la precocidad en la comisión de delitos, amparándose en la impunidad en que quedan los hechos cometidos por menores de 14 años.

Esta percepción social de la delincuencia juvenil está en gran medida influenciada por la alarma causada por algunos delitos ampliamente publicitados por los medios de comunicación social (el crimen de la catana, el crimen de San Fernando, los asesinatos de Sandra Palo y de Marta del Castillo, o el caso Jokin, entre otros), y ha aumentado el miedo al delito y la inseguridad en la población, hasta el punto de solicitar mayoritariamente medidas más severas, exigir políticas de «ley y orden» o de «tolerancia cero» ante la delincuencia juvenil, y a recurrir con más frecuencia al derecho penal, como método de resolución de conflictos.

La política criminal en nuestro país ha estado, en gran medida, condicionada por la presión de la opinión pública y los tristemente conocidos como crimen de la catana (ocurrido el 1 de abril de 2000) y el crimen de San Fernando (que tuvo lugar el 26 de mayo de 2000). Alcanzaron tal nivel de notoriedad en los medios de comunicación, que dieron lugar a una sensación de impunidad frente a comportamientos graves cometidos por menores, lo que trajo como consecuencia una actitud de rechazo social de la LORPM y una fuerte corriente que demandaba una reforma que endureciera el tratamiento que se estaba dando a los menores autores de delitos graves, lo que motivó su primera reforma, aprobada por Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre, dejando incluso la sensación de que estos hechos podían ser consecuencia del texto normativo.

La terrible muerte, en mayo de 2003, de Sandra Palo causó de nuevo una enorme conmoción social y generó un gran debate, impulsado en gran medida por la lucha que sus padres

iniciaron, y que motivó que en la cuarta de las reformas, llevada a cabo por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal, se introdujera una nueva disposición adicional sexta dando un mandato al Gobierno, para que tras evaluada su aplicación se impulsaran medidas orientadas a sancionar con más firmeza y eficacia los hechos delictivos cometidos por personas que, aún siendo menores, revistieran especial gravedad, tales como los previstos en los artículos 138, 139, 179 y 180 del Código Penal, estableciendo la posibilidad de prolongar el tiempo de internamiento, su cumplimiento en centros en los que se reforzaran las medidas de seguridad impuestas y la posibilidad de su cumplimiento a partir de la mayoría de edad en centros penitenciarios, mandato que estaba entre las justificaciones de la quinta modificación llevada a cabo por la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Pero el debate no se cerró, sino que un nuevo hecho, la puesta en libertad de Rafa G.F., conocido como «el Rafita», uno de los menores que fueron condenados por la muerte de Sandra, lo abrió de nuevo, suscitando editoriales en todos los grandes medios de comunicación, artículos de opinión de periodistas, juristas, expertos, ciudadanos, notas de prensa de colectivos diversos, réplicas de adversarios políticos, adhesiones de plataformas y colectivos afines, entrevistas... Como en su día expresaron Carlos Vázquez y Ana Isabel Luaces ¹, la opinión pública sobre la delincuencia y la criminalidad se ha revelado de suma importancia para el diseño de las diferentes políticas criminales, al influir en la orientación que los gobiernos imprimen a la lucha contra el delito o tratamiento de los delincuentes, ya que si los ciudadanos tienen una opinión pública distorsionada o exagerada sobre la criminalidad o sobre las posibilidades personales de victimización, esas actitudes repercuten sin duda en la formación de la política criminal gubernativa.

Pero circunscribir el problema de la juventud a una legislación equívocamente más permisiva es desenfocar su análisis porque el tratamiento de los delitos tanto graves como menos graves es hoy más riguroso que antes de la entrada en vigor de la LORPM. Los datos no acaban de avalar un incremento de la delincuencia juvenil en los últimos años, y esa creencia está más en el eco que algunas noticias tienen que en la frialdad de la información que aportan las memorias policiales. Circunscribir la solución a la punición es un grave error y pensar que la

¹ «El nuevo rumbo de la justicia penal juvenil en el siglo XXI» Comunicación presentada en el I Congreso Europeo sobre Programas de Cumplimiento de Medidas Judiciales para Menores, celebrado en Sevilla los días 29 y 30 de noviembre de 2006.

legislación sobre menores infractores puede ser la solución al problema de la delincuencia juvenil, no deja de ser una visión reduccionista del tema.

Tal vez tengamos que ir más allá y pensar cómo chicos cada vez más jóvenes, de ahí que está abierto el debate de la rebaja en la edad de responsabilidad, han llegado tan lejos. Tal vez habrá que centrar el debate en las políticas educativas y de salud mental, cuya ineficacia, en cada vez más casos, convierte a los servicios sociales, y por ende a los sistemas de protección, en un almacén de jóvenes con problemas, que pasan de los centros de internamiento a los centros penitenciarios casi sin solución de continuidad.

II. ETIOLOGÍA DE LA DELINCUENCIA JUVENIL

Para la mayoría de los autores, el delito no es más que un fenómeno episódico y transitorio en la vida de gran parte de los menores infractores, con lo que criminalizar a la juventud no es el camino y tampoco la solución. Como afirma GARRIDO GENOVÉS ², sólo un pequeño número de menores mantienen una actividad delictiva sostenida. Pero en todos los estudios que sobre el fenómeno de la delincuencia juvenil se han hecho un dato es constante: el fracaso escolar. Lo que no significa dejar de lado otros factores importantes (problemas de salud mental, adicciones...)

Los factores causales que actúan en la situación irregular son de dos órdenes: ambientales o exógenos y personales o endógenos. Esos factores nunca se presentan aisladamente; por el contrario, siempre existen varios que ejercen su actividad a través de una interacción. Todos ejercen influencia en el proceso de desarrollo del niño. El grado de esa influencia es objeto de discusiones en la doctrina. Hay autores que dan mayor importancia a los factores ambientales; otros piensan que los factores personales son decisivos. Nunca la situación irregular es determinada por un factor único y siempre aparecen causas variadas. Cyril Burt afirma que cada delito infantil es el resultado de nueve o diez circunstancias diversas.

La formulación y desarrollo de modelos teóricos explicativos del comportamiento criminal es un objetivo científico de primera magnitud y no se puede abordar rigurosamente el problema de la criminalidad sin un conocimiento previo de su génesis y dinámica

Las habilidades socio-cognitivas son aprendidas y su adquisición está fuertemente influida por factores ambientales. Por ejemplo, los efectos de la pobreza pueden restringir severamente el desarrollo cognitivo de los individuos. Así, para las personas que viven en condiciones

² GARRIDO GENOVÉS, V., STANGELAND UTNE, P. y REDONDO ILLESCAS, S., Principios de Criminología, pág. 730.

paupérrimas, la planificación a largo plazo y el razonamiento abstracto pueden ser un lujo o incluso un vicio dañino. La investigación indica que los niños de ambientes empobrecidos tienen las peores puntuaciones en medidas cognitivas como planificación y razonamiento medios-fines, y en la capacidad de generar soluciones alternativas a los problemas.

En contraposición a lo expresado sobre las clasificaciones psicopatológicas, entiende TRUJILLO MATAS ³ que existen una serie de factores comunes en la génesis de la criminalidad. Estos son fundamentalmente de dos tipos: psicológicos y sociales. Como señala BASOLS refiriéndose a la imbricación de ambos componentes, *“la influencia de estos dos niveles no actúa, en general, de forma idéntica. Mientras que en algunos casos sobresalen los factores más subjetivos y de estructuración de la personalidad, en otros los acontecimientos sociales son decisivos”*. No resultaría congruente entonces, abordar la etiología delictiva de una forma parcial y reduccionista, sino que debe investigarse en toda su amplitud, analizando cada uno de los factores que vayan apareciendo. Si bien los factores etiológicos de la delincuencia juvenil, psicológicos y sociales, van estrechamente unidos y no resulta conveniente hacer análisis parciales o reduccionistas, es evidente que encontraremos casos en que aparece uno de ellos como fundamental y decisivo en el desencadenamiento de la actividad antisocial.

La delincuencia juvenil es un fenómeno social no autónomo en su relación con la delincuencia entendida en sentido genérico, ya que ambos conceptos implican el que un sujeto infrinja normas cuya violación acarrea la imposición de una pena, pero que sin embargo, se dan entre ellos características diferenciales, esencialmente referidas al momento vital en que se encuentra el transgresor (uno en la etapa de estructuración de su personalidad; el otro, en la etapa de madurez de la misma).

Este hecho tiene la enorme trascendencia práctica de que, en cuanto al joven se refiere, las circunstancias generadoras de su conducta, al contrario que en el delincuente adulto, parecieran no haber pasado totalmente, no pertenecer aún a la historia, sino que están ahí o, al menos, muy próximas, en un pasado reciente; lo cual permitiría en todo caso, operar casi “en vivo” sobre las mismas y ensayar con mayor oportunidad, los tratamientos que resulten más adecuados. Las grandes categorías de factores que convergen en la determinación del fenómeno criminal: los endógenos o biológicos y los exógenos o mesológicos son imprescindibles para que un crimen pueda ser perpetrado, tratándose de una cuestión de

³ TRUJILLO MATAS, M., “Etiología de la delincuencia juvenil”; El Derecho Editores / Base de Datos de Bibliografía El Derecho (2011).

grados, de “predominios” de unos y otros factores, en función del tipo de delincuente que consideremos.

El delincuente más anormal, más tarado física y psíquicamente, necesita encontrar en el medio las condiciones propicias a la oportunidad para delinquir. De igual manera, las condiciones del medio, aunque sean pésimas, necesitan actuar sobre un carácter o sobre un estado psicológico especial, para arrastrar al individuo al delito. En la combinación cuantitativa de esos diversos factores puede observarse una gama completa. En un extremo se tendrá la combinación de un máximo de factores endógenos (físio-psíquicos) con un mínimo de exógenos (sociales). En otro extremo: endógenos mínimos y exógenos máximos. Allá tenemos al sujeto orgánicamente predispuesto al delito, al loco moral o delincuente nato, al delincuente loco, al impulsivo sin inhibición; aquí tenemos al delincuente ocasional, al hambriento, al ebrio, al emocionado.

El delincuente (salvo supuestos minoritarios de psicopatologías), no lo es de forma determinista, porque no es un hombre cualitativamente diverso de los demás y, en consecuencia, es un ser que es capaz de escribir, con todos los encorsetamientos que se quiera, su propia historia. Pero existen factores, tanto endógenos como exógenos, a cuyos estímulos decide no hacer frente, o ante los que sucumbe.

Los factores endógenos están constituidos por las diversas alteraciones de naturaleza morfológica, funcional o psicológica que acusa la personalidad del menor. El conocimiento de esas alteraciones sólo es posible mediante el examen atento del individuo y de sus reacciones frente al medio.

Por factores exógenos ha de entenderse las circunstancias exteriores que contribuyen en el momento de las psico-génesis de un delito al surgimiento y predominio de móviles concretos de dicho delito. No confundamos al hablar de causas exógenas, las circunstancias externas que conforman la personalidad del individuo, con las causas ambientales en el momento de la comisión del delito, estos aspectos son netamente diferentes. Los factores exógenos son variados; de ellos, interesa destacar el ambiente sociocultural, la familia, la escuela, el trabajo, el empleo del tiempo libre, distracciones precoces, prensa y otros medios de comunicación social y la publicidad comercial, así como la sociedad urbana.

III. EL PROCESO PENAL DEL MENOR

No todo menor delincuente se verá sometido a un proceso penal, pues es el interés superior del menor el que debe prevalecer. La LORPM y los propios *usus fori*, impulsan la búsqueda de soluciones de carácter extrajudicial, cuando la ley lo permita y las circunstancias del caso

lo aconsejen, especialmente a través de la potenciación de los acuerdos entre víctima e infractor y la aplicación del régimen de conformidades, con el objeto de llegar a acuerdos puntuales acerca de la conducta delictiva, su calificación y su consecuencia jurídico-penal. La ley ofrece recursos a los jueces para procurar que el delincuente menor regrese a la comunidad de modo constructivo. No obstante, ante hechos graves o ante reincidencia o habitualidad, se entiende que no es conveniente ni jurídicamente posible prescindir del enjuiciamiento de los hechos. La flexibilidad que proclama la ley, puede llevar a reducir o incluso cancelar una medida, si la evolución del menor permite entender que ha superado el problema que le llevó a delinquir.

En la tradicional lucha del proceso penal por encontrar el deseable equilibrio entre los intereses de la sociedad en la persecución del hecho delictivo, y el del propio delincuente en la preservación de sus derechos, cuando el ilícito penal es cometido por un menor de edad nos encontramos con una tercera variable: la del superior interés del menor, de tal modo que, ni todas las conductas delictivas realizadas por menores serán necesariamente objeto de enjuiciamiento, ni la reacción penal será la misma que si de un adulto se tratara. Cualquier tratamiento jurídico del menor debe realizarse, en todo caso, desde la perspectiva de su protección.

La LO 5/2000, de 12 de enero, de Responsabilidad Penal del Menor, y su Reglamento de desarrollo⁴, establecieron un marco jurídico procedimental para la exigencia de responsabilidad penal a los menores de edad, confiriendo al procedimiento una naturaleza formalmente penal, pero materialmente sancionadora-educativa, en la línea de la Convención sobre Derechos del Niño⁵ y la Carta Europea de los Derechos del Niño⁶, basada en un mayor reconocimiento del papel que el menor desempeña en la sociedad y en la exigencia de un mayor protagonismo para el mismo.

En palabras de ARIAS GINER⁷, la LORPM intenta inscribirse “en la moderna convicción político-criminal de que la responsabilidad juvenil no puede regularse en los mismos términos que la de los adultos; de ahí la necesidad de ofrecerles una respuesta penal diferente, con un marcado carácter educativo, capaz de orientarles hacia el desarrollo integral de su personalidad, evitarles el contacto con instituciones represivas propias de adultos y no regatearles posibilidades para lograr su recuperación social”. “De entre los posibles sistemas”,

⁴ RD 1774/2004, de 30 de julio.

⁵ Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989

⁶ Aprobada por el Parlamento Europeo en Resolución A3-0172/92.

⁷ ARIAS GINER, M. y PEÑALVER CERRAMALERA, M., en *Intervención judicial y fiscal con menores infractores*.

sigue diciendo esta misma autora, “la LORPM opta por un sistema de responsabilidad”, pues tampoco ignora el riesgo “de que bajo dicho velo argumentativo se despoje de garantías a la imposición de lo que es una auténtica pena”, para lo que la LORPM reconoce el carácter eminentemente restrictivo de derechos, a la par que se esfuerza en dotarle de todas sus garantías.

Según la *Recomendación R (2008) 11 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre Reglas Europeas para Infractores Juveniles*, de 5 de noviembre de 2008, los procedimientos disciplinarios deberán ser mecanismos utilizados como último recurso, dando prioridad a los sistemas restaurativos de resolución de conflictos e interacción educativa frente a los procedimientos disciplinarios formales y a los castigos.

No obstante, según la Exposición de Motivos de la LO 8/2006, de 4 de diciembre, de modificación de la LORPM ⁸, “el interés superior del menor, que va a seguir primando en la Ley, es perfectamente compatible con el objetivo de pretender una mayor proporcionalidad entre la respuesta sancionadora y la gravedad del hecho cometido, pues el sistema sigue dejando en manos del juez, en último caso, la valoración y ponderación de ambos principios de modo flexible y en favor de la óptima individualización de la respuesta. De otro modo, nos llevaría a entender de un modo trivial que el interés superior del menor es no sólo superior, sino único y excluyente frente a otros bienes constitucionales a cuyo aseguramiento obedece toda norma punitiva o correccional”.

La LORPM y los propios *usus fori*, aconsejan, siempre y cuando la ley lo permita, y las circunstancias del caso lo aconsejen, buscar soluciones de carácter extrajudicial, especialmente con la potenciación de los acuerdos entre víctima e infractor (que tiene, entre otras ventajas, la de la pronta reparación del daño, satisfacción reparadora de la víctima, celeridad en la respuesta, interiorización del menor de su conducta y su consecuencia, etc.), y la aplicación del régimen de conformidades, que operaría como una transacción penal, con el objeto de llegar a acuerdos puntuales acerca de la conducta delictiva, su calificación y su consecuencia jurídico-penal. La conformidad aplicada a este tipo de procesos, es una institución en la que el menor delincuente, con el visto bueno de su letrado, acepta, dentro de los límites fijados por la ley, la medida propuesta por quien sostiene la acusación. Una vez producida esta aceptación, el Juez de Menores procederá a dictar, tras el oportuno control del cumplimiento de los requisitos legales, sentencia de conformidad, en la que reflejará el

⁸ Característica de esta reforma es la introducción de importantes modificaciones en la regulación de las medidas, orientadas hacia un incremento de las posibilidades sancionadoras, si bien matizado por el mantenimiento de un gran margen de decisión en manos del juez. Es igualmente llamativa la modificación radical del tratamiento procesal de la acción civil, inspirado en el sistema de acumulación de acciones.

acuerdo adoptado por las partes, ciñéndose al mismo en la más clara manifestación del principio de oportunidad en el proceso penal, con una evidente incidencia en la economía procesal y en la satisfacción de las partes implicadas.

Dos son las decisiones básicas que van a condicionar el éxito en el tratamiento del menor delincuente, en las que cualquier proyecto dirigido a establecer un catálogo o manual de buenas prácticas con menores infractores debe detenerse:

1ª.- La decisión sobre la conveniencia de la apertura o no del expediente, y, con ello, del enjuiciamiento de la conducta del menor infractor:

Una vez finalizada la instrucción del expediente, el Fiscal lo remitirá al Juzgado de Menores, solicitando su archivo o bien interesando la apertura de la fase de audiencia para el enjuiciamiento de los hechos, remitiendo en este último caso escrito de acusación.

Para decidir sobre la conveniencia de la apertura o no del expediente, es necesario atender, básicamente, a dos criterios: el principio de intervención mínima del proceso penal, y el de oportunidad. La posibilidad de no imponer ninguna medida al menor delincuente se da generalmente cuando se trata de un hecho aislado de menor gravedad, dado que la conducta delictiva se da con cierta frecuencia en la adolescencia, pero tratándose en muchos casos de conductas aisladas. Este principio también es de clara aplicación cuando el menor se compromete a reparar el daño causado a la víctima o muestra su arrepentimiento, y es que es primordial, incluso a efectos de evitar la reincidencia, que el menor tome conciencia del daño realizado.

Para de la ROSA CORTINA⁹, “en la medida de lo posible debe evitarse que el menor (...) pase por (...) un juicio, (...) especialmente (...) si ha cometido un delito aislado, de forma ocasional, y para menores que no se encuentran psicológica ni socialmente en proceso delincencial”.

Para ello la ley prevé diversas fórmulas, amparadas en esos principios de oportunidad y de mínima intervención, tales como:

- el desistimiento de la incoación del expediente por corrección en el ámbito educativo y familiar (art.18)
- el sobreseimiento en interés del menor por haber sido suficientemente reprochado o considerar inadecuada cualquier intervención (art. 27)
- el sobreseimiento del expediente por conciliación o reparación del daño entre el menor y la víctima en los casos de delitos menos graves y faltas (art. 29)

⁹ de la ROSA CORTINA. J. M., en *El fenómeno de la delincuencia juvenil: causas y tratamientos*. Encuentros Multidisciplinares, vol. 5, no 13, año 2003, pág. 9.

- la suspensión de la ejecución del fallo (art. 40).

Para la concreta elección entre una y otra fórmula y la valoración de la conveniencia o no de continuación con el expediente, el Equipo Técnico (ET) tiene un peso específico, pues tendrá que analizar las diversas posibilidades en atención a todas las circunstancias.

2ª.- La adopción de la medida, concreta, determinada, entre el amplio catálogo que ofrece la ley, y que son múltiples y variadas, atendiendo al principio de flexibilidad y de adaptación al caso¹⁰.

La ley ofrece recursos a los jueces para que intenten que el delincuente menor regrese a la comunidad de modo constructivo. No obstante, ante hechos graves o ante habitualidad, la doctrina entiende que no es conveniente ni jurídicamente posible prescindir del enjuiciamiento de los hechos. Empero, esa flexibilidad que proclama la ley, puede llevar a reducir o incluso cancelar una medida que se haya podido imponer, cuando así lo aconsejen las circunstancias del caso; es decir, si la evolución del menor permite entender que ha superado el problema que le llevó a delinquir.

Recordemos que el fin primordial de la medida es la resocialización del menor infractor, y no una justicia retributiva. Lo cual no significa, en absoluto, que el menor pueda quedar impune por los hechos delictivos por él cometidos, sino intentar compatibilizar los fines preventivo-especiales con los de prevención general negativa, pues no sólo se trata de lograr la reeducación del menor infractor, sino también de proteger a la sociedad de las conductas desviadas.

En todo caso, si la medida es privativa de libertad, se deberán extremar las cautelas, y aplicarla sólo en los supuestos y por el tiempo estrictamente necesario para lograr el objetivo, pues en una situación de falta de libertad difícilmente se conseguirá la resocialización del menor.

IV. CATÁLOGO DE MEDIDAS APLICABLES A LOS MENORES INFRACTORES RECOGIDAS EN LA LORPM

¹⁰ Las posibilidades de lograr la completa integración del menor en la vida social a través de medidas educadoras es infinitamente más probable que hacerlo a través de sanciones de carácter aflictivo”. VAELLO ESQUERDO, E., en *Algunos aspectos sustantivos de la LORPM*, Revista La ley, año XXII, no 5330.

Los principios sobre los que descansa la legislación de menores y que, por tanto, se deben tener en cuenta en la aplicación de las medidas a menores delincuentes, son en primer lugar, la naturaleza educativa del procedimiento irradia a las medidas, lo que las hace distintas a las penas previstas para los adultos. El fin de las medidas no es la retribución, sino fundamentalmente la prevención especial, la reinserción y el *favor minoris*; es decir, se trata básicamente de medidas tuitivas, para dotar al menor de un marco asistencial adecuado en el ámbito personal.

En segundo lugar, para la determinación de la concreta medida a imponer, se ha de valorar fundamentalmente el interés del menor que se evaluará con el auxilio de ciencias no jurídicas. El enfoque multidisciplinar es esencial. La aproximación a cual deba ser el tratamiento a aplicar al menor infractor requiere de datos sociales, familiares, educativos y psicológicos, y para ello se crea un Equipo Técnico (ET), integrado por un psicólogo, un educador y un trabajador social, que asesoran continuamente al Juez y al Fiscal. En todo expediente de reforma, el Equipo Técnico deberá elaborar un informe sobre la situación psicológica, educativa y familiar del menor, así como de su entorno social y, en general, sobre cualquier otra circunstancia que pudiere ser relevante a efectos de la adopción, modificación, levantamiento, etc., de cualquiera de las medidas previstas legalmente. Este informe servirá al Fiscal para solicitar la imposición de la medida más adecuada al interés del menor.

Y, en tercer lugar, el establecimiento de un amplio catálogo de posibilidades de elección de respuesta sobre la base de la flexibilidad pues para abordar la problemática de las medidas, son muchos los factores a tener en cuenta, no sólo sociales, culturales, familiares, escolares, etc., en tanto también es diversa la delincuencia según los tramos de edad, el sexo y la nacionalidad del menor infractor.

El art. 7 de la LORPM ordena un amplio catálogo de medidas, de mayor a menor gravedad (a efectos del principio acusatorio), siempre desde una perspectiva sancionadora-educativa. Así, la medida se concretará atendiendo no sólo a la gravedad de los hechos cometidos (principio de proporcionalidad), sino, sobre todo, a las necesidades concretas del menor, en búsqueda constante de la finalidad educadora que inspira la LORPM.

La aplicación de estas medidas deben considerar:

- La primacía del interés superior del menor
- La prevención especial, o, lo que es lo mismo, la evitación de conductas delictivas en el futuro
- El reconocimiento de todos los derechos del menor, los constitucionales, legales, y los reconocidos en los Tratados y Acuerdos de los que España es parte.

- Retrasar al máximo la utilización de un recurso institucional, al suponer una separación del menor de su entorno
- Diversificación de la respuesta a la infracción del menor, que deberá adaptarse a las circunstancias existentes en cada momento, valorando la evolución personal del menor.

En general, podemos afirmar que las medidas mayoritariamente aplicadas son la de la libertad vigilada y la de las prestaciones en beneficio de la comunidad, con una aplicación muy similar en ambos sexos; las medidas de internamiento en régimen cerrado¹¹ se han impuesto en un porcentaje muy bajo de los casos de delincuencia juvenil, siendo su aplicación un 50% inferior en el caso de las mujeres¹², mientras que la medida de internamiento en régimen semi-abierto es sensiblemente superior en el caso de hombres que en el de mujeres; predomina como medida a imponer en las menores delincuentes la convivencia con otra persona, familia o grupo educativo, especialmente en los casos de violencia intrafamiliar (posiblemente porque en el caso de los hombres la gravedad de su conductas lleva a la adopción de medidas de internamiento), y la amonestación, cuya aplicación en mujeres casi duplica a las infracciones cometidas por hombre.

V. LA EVOLUCIÓN DE LA DELINCUENCIA JUVENIL EN ESPAÑA

Al estudiar la evolución de la criminalidad de menores en España, debemos de partir de que las estadísticas oficiales no van a coincidir necesariamente con la realidad delictiva, debido a la así llamada “cifra negra”, pues sólo una parte de las infracciones cometidas por menores es denunciada, descubierta, perseguida y sancionada. No siempre denuncian las víctimas, y son múltiples las causas para ello: desconfianza hacia el aparato judicial, miedo a represalias, por sentimiento de impotencia, etc.

¹¹ Los supuestos de aplicación de dicha medida fueron modificados por Ley 8/2006, anteriormente limitados a aquellos hechos en que se hubiera empleado violencia o intimidación en las personas o se hubiera actuado con grave riesgo para la vida o la integridad física de las mismas. Actualmente, con clara *voluntas legislatoris* de ampliar las posibilidades de imposición de esta medida, puede ser de aplicación en cualquiera de los supuestos que recoge el art. 9.2 LORPM.

¹² Las medidas de internamiento responden, evidentemente, a una mayor peligrosidad, que se manifiesta en la naturaleza particularmente grave de los hechos cometidos. La privación de libertad puede variar en cuanto a su intensidad, de modo que existen diversos tipos de internamiento.

Por otro lado, respecto de los datos facilitados desde instancias judiciales, es necesario reseñar que dejan fuera un importante número de infracciones que, por aplicación del principio de oportunidad y de intervención mínima, no llegan a traducirse en sentencia. Es por ello que, para obtener los datos más fiables posibles, se deberían poder manejar diversas fuentes de información estadística (memorias de la Fiscalía General del Estado, del Consejo General del Poder Judicial, de Juzgados de Menores, Anuario Estadístico del Ministerio del Interior, Instituto Nacional de Estadística, Informes del Observatorio de la Infancia, el Estudio del Centro Reina Sofía para el Estudio de la Violencia, etc.).

Con independencia de todo lo anterior, debido al seguimiento mediático que de algunos delitos graves cometidos por menores se ha realizado, la percepción social no es sólo que los jóvenes cada vez delinquen más y de forma más grave, sino que la ley otorga cierta impunidad al menor infractor, de modo que prácticamente está en la conciencia social la idea de que la ley favorece ese tipo de conductas. De ello se ha hecho eco el legislador, con sus últimas reformas de la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor (LORPM), endureciendo la legislación vigente, y circunscribiéndola únicamente al menor de hasta 18 años. Así lo reconocía la propia Exposición de Motivos de la LO 8/2006, por la que se modificaba la LORPM, al decir: *“las estadísticas revelan un aumento considerable de delitos cometidos por menores, lo que ha causado gran preocupación social y ha contribuido a desgastar la credibilidad de la ley por la sensación de impunidad de las infracciones más cotidianas y frecuentemente cometidas por estos menores”*.

Curiosamente, el Estudio realizado por el Centro Reina Sofía para el Estudio de la Violencia, puso de manifiesto cómo en el período comprendido entre los años 2000 y 2006, el número de detenciones de menores había disminuido, aunque el número de asuntos registrados en los Juzgados de Menores había aumentado en ese mismo período. Más aún, el estudio realizado por el Ministerio del Interior sobre *“La criminalidad en España en 2006”*, tomando como indicador el número de detenciones practicadas sobre jóvenes menores de 18 años, concluía que el comportamiento de esta criminalidad presenta una positiva evolución, descendiendo entre los años 2004 y 2006 el total de infracciones cometidas por menores, si bien tampoco debemos olvidar que el número total de la población juvenil española ha ido disminuyendo a su vez (no así la extranjera). Por el contrario, entre los años 2007 y 2008, se produce un incremento tanto en el número de infracciones cometidas, como en el número de menores infractores y, en consecuencia, en el número de medidas impuestas.

VI. CONCLUSIONES

En las actuaciones con menores infractores el máximo esfuerzo debe ser anterior o alternativo a la respuesta judicial. Es necesario un trabajo multidisciplinar entre los diversos agentes afectados: escuelas, sanidad, familia, justicia, servicios sociales. Lograr que no se produzcan situaciones de desamparo, desarraigo o marginación, controlar la escolarización, la salud, el entorno familiar y social, etc., del menor, es el punto de partida fundamental para evitar conductas antisociales (así, art. 172 CC, que recoge una serie de medidas tuitivas para otorgar al menor un marco asistencial adecuado). La protección y la prevención se presentan como la mejor forma de evitar la reforma y la represión, para lo cual se deberían articular todos los mecanismos posibles, dirigidos a todos los entornos en que se desarrolla la vida de los menores, lo que conlleva un elevado coste en formación de profesionales y en dotación de medios materiales adecuados. La prevención antes que la represión: impedir que surjan nuevos delincuentes es la mejor manera de prevenir la delincuencia juvenil y, con ello, de la futura delincuencia adulta. Para lograr este objetivo, es necesario disponer de programas adecuados de asistencia social, económica, educacional y laboral. Consecuentemente, es necesario redoblar esfuerzos en la protección de los menores de 14 años, pues es característica común de muchas de las familias, que ya hayan sido objeto de intervención por los servicios sociales con anterioridad a que el menor alcance los 14 años. Si se insiste en el ámbito de medidas de protección a estos colectivos, quizás se pueda evitar en gran medida que estos menores acaben sometidos a un proceso penal. Se ha de minimizar la idea de la justicia retributiva y para alcanzar el objetivo es necesario emplear nuevos medios y encontrar nuevas vías de resolución de los conflictos, fomentando las soluciones de mediación extrajudiciales entre ofensor y ofendido, para obtener así una pronta reparación del daño, siendo la última instancia en ese proceso la instancia judicial. Y, llegado el caso, en ocasiones inevitable, minimizar en la medida de lo posible las medidas limitativas o privativas de libertad del menor. No menos importante resulta la especialización y profesionalización de los agentes implicados: Fiscales y Jueces de Menores, miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, y letrados, así como la formación continua de todos ellos y de los miembros de los equipos técnicos, debiéndose contar con los medios materiales y personales suficientes para que todo el esfuerzo que se realiza en sede judicial no quede vacío de contenido en su aplicación práctica. Finalmente es importante insistir en que, para que la respuesta penal tenga un sentido preventivo, ésta deberá ser rápida, evitando sentimientos de impunidad y la acumulación de diligencias, De hecho, en algunos casos las carencias llegan hasta el punto de que se genera en

los menores una peligrosa sensación de impunidad, ya que, al ver que han cometido un delito y que han sido enjuiciados y condenados, pero no se ejecuta la medida, pueden llegar a pensar que, o bien se ha archivado el asunto, o que se han *olvidado* de su caso y no les va a ocurrir nada.

Para finalizar, resulta especialmente clarificadora de la cuestión objeto del presente estudio la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional, S 20-9-2012, [nº 160/2012, BOE 250/2012, de 17 de octubre de 2012, rec. 6021/2001; Pte: Ortega Álvarez, Luis Ignacio] con relación al planteamiento por el titular del Juzgado Central de Menores de Madrid de cuestión de inconstitucionalidad respecto del apartado 2 c) de la disposición adicional cuarta de la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, introducido por la Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre, de modificación del Código penal (CP) y de la Ley Orgánica 5/2000 en relación con delitos de terrorismo, por su posible contradicción con los arts. 14 y 25.2 de la Constitución, que expone: “Resulta indudable que, dada su naturaleza aflictiva y sancionatoria, las medidas previstas en la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores se insertan en la órbita de aplicación del art. 25.2 CE, debiendo por tanto estar orientadas, por mandato constitucional, hacia la reeducación y reinserción social de los menores infractores. De hecho, una de las particulares características del sistema penal de menores, que lo diferencia del de adultos, radica precisamente en la prioridad que el legislador ha otorgado al cometido de resocialización y reinserción social frente a otras finalidades que pueda conllevar la aplicación de sus medidas, las cuales -como establece la exposición de motivos de la Ley Orgánica 5/2000- “fundamentalmente no pueden ser represivas, sino preventivo-especiales, orientadas a la efectiva reinserción y el superior interés del menor”.

A este respecto, en la STC 36/1991, de 4 de julio, tuvimos ocasión de destacar las “especiales características de esta jurisdicción, en donde las medidas a imponer no tienen la consideración de penas retributivas de conductas ilícitas, sino de medidas correctoras, aun cuando restrictivas de los derechos fundamentales del menor, siendo impuestas en atención a las condiciones del mismo y susceptibles de adaptación en atención a las circunstancias del caso y a la eventual eficacia de la medida adoptada, primándose así la necesaria flexibilidad que tanto para la adopción de tales medidas como para el mantenimiento de éstas ha de regir la actividad jurisdiccional de la materia” (FJ 8). En todo caso, y si bien las notas de finalidad resocializadora y de flexibilidad en la aplicación de las medidas siguen caracterizando la justicia penal de menores, es importante poner de manifiesto que las aseveraciones expresadas en nuestra Sentencia iban referidas al modelo correccional plasmado en la Ley y el

Reglamento sobre tribunales tutelares de menores, introducido por Decreto de 11 de junio de 1948, y basado en premisas distintas al actualmente vigente. Resulta procedente resaltar brevemente esas diferencias, para la correcta ponderación del mandato recogido por el art. 25.2 CE con la naturaleza de la medida de internamiento que se halla en la base de la cuestión de constitucionalidad planteada.

En palabras de la citada STC 36/1991, FJ 5, la regulación aprobada en 1948 estaba “inspirada en el modelo positivista y correccional, que considera al menor irresponsable de sus actos, al que no se han de aplicar, para examinar su conducta, las garantías jurídicas de otras jurisdicciones, por entender que no es posible imponerle medidas de carácter represivo que no tengan la consideración de penas o sanciones”. Con el antecedente de la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, que procedió a una reforma parcial y urgente de dicha regulación como consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad del art. 15 de la Ley de tribunales tutelares de menores por la precitada STC 36/1991, la Ley Orgánica 5/2000 introdujo un nuevo modelo de respuesta a los hechos delictivos cometidos por menores, configurando un modelo político-criminal basado en la atribución de responsabilidad del menor, tras un procedimiento judicial ágil y poco formalista, si bien revestido de las garantías establecidas en el art. 24 CE. La exposición de motivos de la Ley Orgánica 5/2000 expone en este sentido que la nueva legislación “tiene ciertamente la naturaleza de disposición sancionadora, pues desarrolla la exigencia de una verdadera responsabilidad jurídica a los infractores menores de edad”. Así, en la vigente legislación el menor es declarado responsable de sus actos y la medida impuesta se concibe como una respuesta sancionatoria a dicha declaración de responsabilidad; no obstante, tal como la exposición de motivos menciona, se rechazan presupuestos propios del Derecho penal de adultos como la retribución y la consiguiente proporcionalidad entre la infracción cometida y la gravedad de la sanción, situando en un primer plano el interés del menor y la finalidad de reinserción social.

Como ya ha sido expuesto, el precepto cuestionado se introduce con la Ley Orgánica 7/2000, que modifica, antes de su entrada en vigor, la Ley Orgánica 5/2000 en relación con los delitos de terrorismo. El legislador justifica la reforma en la creciente participación de menores en la actividad terrorista, poniendo de manifiesto que no se persigue excepcionar para esos supuestos la aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, sino que la aplicación de las medidas rehabilitadoras pueda desarrollarse en condiciones ambientales favorables, con apoyos técnicos especializados y por tiempo suficiente para hacer eficaz el proceso rehabilitador. A este respecto, la doctrina científica ha venido poniendo de manifiesto que con dicha reforma se introduce una línea político-criminal complementaria y parcialmente divergente a la que

inspiró la Ley Orgánica 5/2000, orientada a introducir en la legislación penal de menores elementos de prevención general y prevención especial negativa (inocuidación) para supuestos delictivos de especial gravedad; esa línea queda reflejada en la exposición de motivos de la citada Ley Orgánica 8/2006, en la que el legislador justifica que el “interés superior del menor, que va a seguir primando en la Ley, es perfectamente compatible con el objetivo de pretender una mayor proporcionalidad entre la respuesta sancionadora y la gravedad del hecho cometido, pues el sistema sigue dejando en manos del juez, en último caso, la valoración y ponderación de ambos principios de modo flexible y en favor de la óptima individualización de la respuesta. De otro modo, nos llevaría a entender de un modo trivial que el interés superior del menor es no sólo superior, sino único y excluyente frente a otros bienes constitucionales a cuyo aseguramiento obedece toda norma punitiva o correccional”.

Llegados a este punto, procede poner de manifiesto que el cometido esencial del sistema penal -que engloba también la legislación penal de menores- radica en la protección de los bienes jurídicos más importantes del ciudadano y la sociedad, para lo cual el legislador se ve obligado a establecer un complejo entramado de sanciones y medidas privativas de derechos que operan en diferentes estratos temporales -desde la conminación abstracta hasta el momento de ejecución efectiva de la sanción impuesta- y con distintas finalidades. Así, hemos afirmado que el legislador penal, para fijar la relación de proporción que deba guardar un comportamiento penalmente típico con la sanción que se le asigna, “ha de atender no sólo al fin esencial y directo de protección al que responde la norma, sino también a otros fines legítimos que puede perseguir con la pena y a las diversas formas en que la misma opera y que podrían catalogarse como sus funciones o fines inmediatos: a las diversas formas en que la conminación abstracta de la pena y su aplicación influyen en el comportamiento de los destinatarios de la norma -intimidación, eliminación de la venganza privada, consolidación de las convicciones éticas generales, refuerzo del sentimiento de fidelidad al ordenamiento, resocialización, etc.- y que se clasifican doctrinalmente bajo las denominaciones de prevención general y de prevención especial. Estos efectos de la pena dependen a su vez de factores tales como la gravedad del comportamiento que se pretende disuadir, las posibilidades fácticas de su detección y sanción, y las percepciones sociales relativas a la adecuación entre delito y pena” (SSTC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 6 y 161/1997, de 2 de octubre, FJ 9).

La reinserción social es una de esas finalidades, a la que, según mandato constitucional (art. 25.2 CE), deben estar orientadas las penas y medidas privativas de libertad, pero no es el único cometido con que las penas operan en aras a satisfacer el fin de protección de bienes jurídicos, ni debe ser esa, como hemos venido reiterando, la interpretación que haya de hacerse del precepto constitucional (SSTC 167/2003, de 29 de septiembre, FJ 6 y 299/2005, de 21 de noviembre, FJ 2). Debe resaltarse, en este sentido, que “el mandato presente en el enunciado inicial de este art. 25.2 tiene como destinatarios primeros al legislador penitenciario y a la administración por él creada, según se desprende de una interpretación lógica y sistemática de la regla” (STC 19/1988, de 16 de febrero, FJ 9). Cabe afirmar, así, que la finalidad de reinserción social se proyecta esencialmente sobre la fase de ejecución, en la que se materializa la afeción al derecho a la libertad (art. 17.1 CE) de quien resulta penalmente sancionado, pero ha de armonizarse con otros fines legítimos de la pena, que adquieren mayor protagonismo en otros momentos de intervención del ius puniendi. En particular, la finalidad de prevención general, tanto en su vertiente de disuasión de potenciales delincuentes mediante la amenaza de pena, como de reafirmación de la confianza de los ciudadanos en el respeto de las normas penales, constituye igualmente un mecanismo irrenunciable para el cometido de protección de bienes jurídicos.

Ese complejo entramado de funciones de la pena no funciona sin tensiones, en la medida en que lo necesario para la satisfacción de la prevención general, en lo relativo a la decisión sobre el sí y el cuánto de la pena a imponer, puede no ser lo idóneo o lo más aconsejable desde la óptica de la reinserción social, siendo labor del legislador, dada su competencia exclusiva para el diseño de la política criminal (entre otras, las ya citadas SSTC 203/2009, de 27 de octubre, FJ 5 y 60/2010, de 7 de octubre, FJ 7), la articulación de las relaciones entre ellos, a partir de los instrumentos de que dispone. Expresión de una decisión de esa índole es, por ejemplo, la de limitar la aplicación de las figuras de la suspensión y la sustitución a penas máximas de dos años, tal como se recoge, respectivamente, en los arts. 80.1 y 88.1, párrafo 2 CP; de modo que, aun cuando pudiera considerarse que el autor de un delito con pena superior a la prevista en dichos preceptos no necesita del ingreso en prisión para su reinserción social, necesidades de prevención general justificarían la privación de libertad.

Sin lugar a dudas, a esa misma lógica, referida a la necesidad de articular distintas finalidades de la sanción penal, responde la decisión legislativa cuya constitucionalidad es cuestionada por el órgano judicial, imponiendo el legislador, por razones derivadas del telos de la prevención general, la aplicación de una medida de internamiento al menor sin posibilidad de suspensión hasta la mitad del cumplimiento de la fijada en Sentencia, aun cuando pudiera

concluirse -tal como, de hecho, considera el órgano judicial que acontece en el caso concreto- que el menor no precisa de reinserción social. En este sentido, no sobra poner de relieve que, de igual modo que en el Código penal y por idénticas razones de prevención general, la posibilidad de suspender la ejecución de la medida de internamiento prevista en el art. 40 LORPM- en cuya restricción para determinados delitos de especial gravedad funda el órgano judicial su planteamiento- queda también limitada a medidas inferiores a dos años de duración.

Resultando irrenunciable, como hemos afirmado, para el cometido final de protección de bienes jurídicos esenciales la finalidad de prevención general de la pena, no puede rechazarse que dicha función haya de ser también predicable de las medidas previstas en la legislación penal de menores, entendiendo -como hemos visto que ha hecho el legislador- que las mismas se legitiman también por sus posibles efectos de conminación a los menores infractores y de reafirmación de la vigencia de las normas penales en la ciudadanía. Sin lugar a dudas, como ya hemos puesto de manifiesto una de las más relevantes particularidades de la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores es el mayor protagonismo que ostenta la función de reinserción social, pero de ello, ni cabe concluir que el legislador haya prescindido de otros fines necesarios de la pena, ni, en lo que al juicio que a nosotros compete -que procede recordar que no atañe a la eficacia, conveniencia o calidad de la norma (SSTC 45/2009, de 19 de febrero, FJ 3 y 151/2009, de 25 de junio, FJ 4)-, debe derivarse que exista un mandato constitucional de que la legislación penal de menores deba legitimarse exclusivamente en atención a tal finalidad.

En conclusión a lo afirmado, el análisis de la inconstitucionalidad del precepto de la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores no puede partir de su compatibilidad con el mandato de reinserción social como finalidad exclusiva y excluyente de las sanciones privativas de libertad; por el contrario, nuestro enjuiciamiento deberá atender a su armonización con otros fines legítimos de las medidas privativas de libertad, analizando tanto el grado en que se reducen las posibilidades de articulación de la reinserción social -pues, sin lugar a dudas, una norma que impidiera de modo radical tal posibilidad sí resultaría contraria al art. 25.2 CE-, como si ello aparece justificado por un fin legítimo.

Por lo demás, lo acabado de afirmar permite, ya en este momento, despejar la duda que suscita el Fiscal General del Estado en su escrito de alegaciones, referida a la eventual vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), centrada en la necesidad de que los Tribunales puedan tutelar el derecho del menor a que la duración de la medida se condicione a sus circunstancias personales, familiares y sociales así como a su propio interés

(arts. 7.3, 14.1, 40 y 51.1 LORPM). Vulneración, por lo demás, descartada por el mismo Fiscal General del Estado, por cuanto considera que la interpretación sistemática de la norma permite concluir que el régimen previsto en la disposición cuestionada no excluye la ponderación por el órgano judicial de la exigencia de extrema gravedad en la conducta a la que hace referencia el art. 9.5 de la misma Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores.”.

FUENTES:

1. ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, S.; NÚÑEZ-CORTES CONTRERAS, P. “El menor infractor y las claves para su tratamiento rehabilitador”, *Dereito* Vol.21, no2: 35-61 (Xullo-Dicembro, 2012) · ISSN 1132-9947.
2. COY, E.; TORRENTE, G. “Intervención con menores infractores: su evolución en España”, *anales de psicología* 1997, Vol. 13, nº 1, 39-49.
3. GERMÁN MANCEBO, I; OCÁRIZ PASSEVANT, E., EGUZKILORE, Número 23. San Sebastián Diciembre 2009, 287- 300.
4. MONTERO HERNANZ, T. “La política criminal juvenil en España y el síndrome de Cristóbal Colón”, *Diario La Ley*, Nº 6919, Sección Tribuna, 7 Abr. 2008, Año XXIX, Ref. D-106, LA LEY 15562/2008.
5. TRUJILLO MATA, M. “Etiología de la delincuencia juvenil”; *El Derecho Editores/Base*