

31

HIS PRAXIDE ET PRO

Revista

Enero 2013

Revista Penal

Enero 2013

31

Penal



tirant lo blanch



Revista Penal

Número 31

Sumario

Doctrina

– Sobre el fundamento y la justificación de las medidas de seguridad aplicables al delincuente habitual “peligroso”, por <i>Viviana Caruso Fontán</i>	3
– Principios y garantías de la mediación penal desde un enfoque resocializador y victimológico, por <i>Vicenta Cervelló Donderis</i>	22
– Cambios jurisprudenciales y retroactividad desfavorable (A propósito de la STEDH Del Rio Prada c. España) por <i>María Luisa Cuerda Arnau</i>	52
– Observaciones sobre el principio de inviolabilidad de la libertad personal, por <i>Massimo Luigi Ferrante</i>	70
– Las penas aplicables a las personas jurídicas en el Código penal español, por <i>Manuel Gallego Díaz</i>	85
– El actuar en lugar de otro y la responsabilidad penal de las personas jurídicas: significado previo y posterior a la reforma del Código penal, por <i>Maria Soledad Gil Nobajas</i>	100
– El delito de tráfico ilegal de órganos humanos, por <i>M^o del Carmen Gómez Rivero</i>	113
– La relevancia práctica del principio acusatorio (mejor denominado, principio de proporcionalidad), en la LORPM (art. 8 párrafo segundo): ¿aplicación obligatoria de las medidas de internamiento al menor cuando, por idéntica infracción, el CP no prevé pena privativa de libertad para el adulto?, por <i>Leticia Jericó Ojer</i>	140
– El uso de las nuevas tecnologías como método de blanqueo de capitales, por <i>Covadonga Mallada Fernández</i>	161
– La autoría mediata por dominio de un aparato de poder como instrumento para la elaboración jurídica del pasado, por <i>Francisco Muñoz Conde</i>	171
– La medida de internamiento en régimen cerrado en la LORPM ¿Estamos ante un Derecho penal de la seguridad? por <i>Inés Olaizola Nogales</i>	190
– El tratamiento de la homosexualidad en la legislación penal española, por <i>Cristina Rodríguez Yagüe</i>	221
– El futuro del Derecho penal internacional, por <i>Gerhard Werle y Boris Burghardt</i>	247
Sistemas penales comparados: Detenciones ilegales (Illegal detention)	262
Bibliografía: Notas bibliográficas, por <i>Francisco Muñoz Conde y María Luisa Escalada</i>	326



tirant lo blanch

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha, Pablo Olavide de Sevilla y la Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal.

Dirección

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva
ferreolive@terra.es

Comité Científico Internacional

Kai Ambos. Univ. Göttingen	Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha	Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
David Baigún. Univ. Buenos Aires	Enzo Musco. Univ. Roma
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca	Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg	Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra	Claus Roxin. Univ. München
George P. Fletcher. Univ. Columbia	José Ramón Serrano Piedecabras. Univ. Castilla-La Mancha
Luigi Foffani. Univ. Módena	Ulrich Sieber. Max Planck Institut- Freiburg
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha	Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
Vicente Gimeno Sendra. UNED	Klaus Tiedemann. Univ. Freiburg
José Manuel Gómez Benítez. Univ. Complutense	John Vervaele. Univ. Utrecht
José Luis González Cussac-Univ. Jaume I	Joachim Vogel. Univ. Tübingen
Winfried Hassemer. Univ. Frankfurt	Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires
Borja Mapelli Caffarena. Univ. Sevilla	

Consejo de Redacción

Miguel Ángel Núñez Paz, Susana Barón Quintero y Víctor Macías Caro (Universidad de Huelva). Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha). Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura) Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda y Nieves Sanz Mulas (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela), Carmen Gómez Rivero y Elena Núñez Castaño (Universidad de Sevilla), Pablo Galain Palermo (Max Planck Institut - Universidad Católica de Uruguay).

Sistemas penales comparados

Martin Paul Wassmer (Alemania)	Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Luis Fernando Niño (Argentina)	Carlos Muñoz Pope (Panamá)
Zunyou Zhou (China)	Víctor Roberto Prado Saldarriaga (Perú)
Álvaro Orlando Pérez Pinzón (Colombia)	Bárbara Kunicka-Michalska (Polonia)
Roberto Madrigal Zamora (Costa Rica)	Frederico de Lacerda da Costa Pinto (Portugal)
Elena Núñez Castaño (España)	Ana Cecilia Morún (Rep. Dominicana)
Angie A. Arce Acuña (Honduras)	Svetlana Paramonova (Rusia)
Victor Manuel Macías Caro (Italia)	Pablo Galain Palermo (Uruguay)
Manuel Vidaurri Aréchiga (México)	Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)

www.revistapenal.com

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
<http://www.tirant.com>
Librería virtual: <http://www.tirant.es>
DEPÓSITO LEGAL: B-28940-1997
ISSN.: 1138-9168
IMPRIME: Guada Impresores, S.L.
MAQUETA: PMc Media

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro Procedimiento de quejas.

La relevancia práctica del principio acusatorio (mejor denominado, principio de proporcionalidad), en la LORPM (art. 8 párrafo segundo): ¿aplicación obligatoria de las medidas de internamiento al menor cuando, por idéntica infracción, el CP no prevé pena privativa de libertad para el adulto?

Leticia Jericó Ojer

Revista Penal, n.º 31. - Enero 2013

Ficha técnica

Autora: Leticia Jericó Ojer

Adscripción institucional: Profesora Contratada Doctora de Derecho Penal. Universidad Pública de Navarra

Sumario: 1. Consideraciones previas. 2. Breve referencia al principio acusatorio recogido en el art. 8 párrafo primero LORPM. 3. Los límites derivados del principio de proporcionalidad previstos en el art. 8 párrafo segundo LORPM. 4. La eficacia del principio de proporcionalidad ante la imposición obligatoria de la medida de internamiento en régimen cerrado. 4.1. El art. 9.2 LORPM como punto de partida. 4.2. El principio de proporcionalidad y su aplicación en los supuestos del art. 10.1 b) LORPM: la duración de la medida de internamiento, la extrema gravedad y la reincidencia. 4.3. Planteamiento del auténtico conflicto: ¿imposición obligatoria de la medida de internamiento en régimen cerrado (art. 10.1 b) párrafos primero y segundo LORPM) cuando el CP sanciona los hechos con pena de multa? 4.4. Propuestas de solución. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía.

Abstract: This study analyses the effectiveness of the principle of proportionality in those cases in which the LORPM (Organic Law on Juvenile Criminal Responsibility) establishes the mandatory imposition of detention in secure centres whilst, for identical acts, the Penal Code only provides for the imposition of fines (art. 10.1 b) paragraphs one and two LORPM). Greater relevance is given to the material arguments that maintain that under no circumstance can the penalty applied to minors be heavier than the penalty they would receive were they adults, which would, in this case, preclude the imposition of detention in secure centres and probation. *Lege ferenda*, reform of the provisions of art. 10.1 b) paragraphs one and two LORPM is urged in order to eliminate not only the obligatory nature of the imposition of the measure, but, above all, to bring an end to association between reoffending and extremely serious cases. Likewise, in order to resolve the matter of the scope of the principle of proportionality conclusively and establish it, once and for all, as a limiting principle in jurisdiction over minors, a new wording of the principle of proportionality provided for in paragraph two of art. 8 LORPM is defended.

Key Words: Principle of proportionality, adversarial principle, juvenile criminal law, reoffending, extremely serious.

Resumen: El estudio analiza la eficacia del principio de proporcionalidad en aquellos casos en los que la LORPM establece con carácter imperativo la imposición de una medida de internamiento en régimen cerrado mientras que el CP, por la comisión de idénticos hechos, prevé exclusivamente la imposición de una pena de multa (arts. 10.1 b) párrafos primero y segundo LORPM). Se opta por dotar de mayor relevancia a los argumentos materiales que sostienen que en ningún caso la sanción aplicable al menor puede ser más gravosa que la que hubiera recibido en caso de ser adulto, lo que impediría en este caso la imposición de la medida de internamiento en régimen cerrado y la de libertad vigilada. *Lege ferenda* se aboga por la reforma de lo previsto en el art. 10.1 b) párrafos primero y segundo LORPM en el sentido de eliminar no sólo el carácter obligatorio de la imposición de la medida, sino sobre todo suprimiendo la identificación entre la reincidencia y los supuestos de extrema gravedad. Igualmente, para solventar definitivamente la cuestión del ámbito de aplicación del principio de proporcionalidad y erigirlo, de una vez por todas, como principio límite en la

jurisdicción de menores, se defiende una nueva formulación del principio de proporcionalidad previsto en el párrafo segundo del art. 8 LORPM.

Palabras clave: Principio de proporcionalidad, principio acusatorio, derecho penal de menores, reincidencia, extrema gravedad.

Observaciones: El presente trabajo se enmarca en el contexto de los Proyectos de Investigación DER 2010-16558, subvencionado por el MCEI y LE066A11-1, subvencionado por la Junta de Castilla y León, dirigidos ambos por el Prof. Dr. D. Miguel Díaz y García Conlledo y del Proyecto de Investigación “Problemas que plantea la aplicación de la normativa reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Propuestas de solución. Especial referencia a la situación de la Comunidad foral de Navarra”, dirigido por la Prof. Dra. Dña. Inés Olaizola Nogales, de cuyos equipos investigadores formo parte.

Recepción del artículo: 30-07-2012.

Evaluación favorable: 10-09-2012.

1. Consideraciones previas

Sin duda alguna, el art. 19 CP constituye la puerta de entrada a una realidad jurídica que pretende dar respuesta a la comisión de hechos delictivos por parte de los menores y que resulta muy diferente a la diseñada para los adultos en el CP. Este precepto dispone lo siguiente:

“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”.

De la lectura del propio artículo pueden extraerse ya conclusiones interesantes y que deben servir de presupuesto a la hora de analizar la naturaleza, finalidad y eficacia de la respuesta que ofrece el Estado frente a la delincuencia de menores y que formalmente se articula en la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de

la responsabilidad penal de los menores (LORPM). La primera de ellas se traduce en que los menores de edad que cometen un delito, cuya edad se encuentra comprendida entre 14 y 18 años, van a ser considerados penalmente responsables². Existen evidentes razones para apoyar esta afirmación: en primer lugar la propia redacción del art. 19 CP, que plantea dicha posibilidad a aludir en su redacción al “podrá ser responsable”. Además, la propia nomenclatura de la LORPM alude específicamente a la existencia de responsabilidad penal. Otro argumento para considerar que, en definitiva, de lo que se trata es de determinar la existencia de responsabilidad penal cuando un menor comete un delito apunta a la naturaleza de las sanciones penales juveniles a imponer del art. 7.1 LORPM (a las que la ley denomina medidas) y que, algunas de ellas, no distan materialmente mucho de las penas previstas en los arts. 33 y siguientes del CP³.

1 Abreviaturas: AP= Actualidad Penal; Art.= artículo; CDJ= Cuadernos de Derecho Judicial; CE= Constitución Española; Coord= coordinador; Coords= coordinadores; CP= Código Penal; CPC= Cuadernos de Política Criminal; DF= Disposición Final; Eds= Editores; EM= Exposición de Motivos; EPCrim= Estudios Penales y Criminológicos; FGE= Fiscalía General del Estado; LL= La Ley de Tribunales Tutelares de Menores; LLP= La Ley Penal; LO= Ley Orgánica; LORPM= Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor; LTTM=; PE= Parte Especial; PG= Parte General; RP= Revista Penal; SAP= Sentencia de la Audiencia Provincial; ss= siguientes; STC= Sentencia del Tribunal Constitucional

2 SOLA RECHE/SERRANO SOLÍS, en: SOLA RECHE/HERNÁNDEZ PLASENCIA/FLORES MENDOZA/GARCÍA MEDINA (eds.), *Derecho penal y psicología del menor*, 2007, 4. En contra, BUENO ARÚS, *CDJ XXV-2005*, 301 ss. El argumento que utiliza este autor se basa en la identificación entre responsabilidad penal y pena. Al entender que el menor es inimputable y, por lo tanto, no culpable, entiende que no se le aplicará una pena, derivándose de ello que carecerá de responsabilidad penal. La explicación que ofrece el autor de por qué en la nomenclatura de la LORPM aparece la referencia a la responsabilidad penal se traduce en el hecho de que si no se optaba por este nombre, se asumía el riesgo de denominarlo Derecho administrativo o asistencial social, cuya competencia hubiera correspondido a las CCAA, lo que hubiera originado evidentes disfunciones.

3 Así, por ejemplo, la medida de internamiento en régimen cerrado, las prestaciones en beneficio de la comunidad, la privación del permiso de conducir ciclomotores y vehículos a motor o la inhabilitación absoluta guardan muchísima semejanza (en algunos casos coinciden absolutamente) con la pena de prisión y sus equivalentes.

Igualmente la remisión continua que realiza la LORPM a instituciones reguladas en el CP apunta razonablemente a la estrechísima vinculación entre estos dos cuerpos legislativos. Así, la aplicación de la LORPM exige la comisión por el menor de un delito o falta previsto como tal en el CP (art. 1 LORPM) y aparece condicionada por la no concurrencia en el sujeto menor de edad de las causas de exención o extinción de la responsabilidad criminal previstas en el CP (art. 5.1 LORPM). Es por ello que, al margen de las causas de exclusión de la imputabilidad (art. 20.1, 20.2 y 20.3 CP), cuya regulación específica acoge el art. 5.2 LORPM, no será de aplicación lo previsto en la LORPM si en la actuación del menor concurren causas de justificación como la legítima defensa (art. 20.4 CP), el estado de necesidad (art. 20.5 CP), el ejercicio de un derecho o cumplimiento de un deber (art. 20.7 CP) o, ya en el ámbito de la inexigibilidad, actúe bajo miedo insuperable (art. 20.6 CP). Igualmente, la vinculación de la legislación penal de menores con el CP se hace evidente cuando en la DF 1º LORPM establece que en aquellos supuestos no previstos expresamente en la LORPM regirá, como Derecho supletorio, lo dispuesto en el CP y en las leyes especiales. Además, la LORPM alude específicamente en su articulado a delitos específicos recogidos en el CP, como son los previstos en los arts. 138, 139, 179, 180, 571-580 CP y en algunos casos la prescripción de los hechos delictivos cometidos por menores se va a determinar con los mismos criterios de prescripción establecidos para los mayores de edad (138, 139, 179, 180, 571-580). Finalmente, tal y como se analiza el apartados sucesivos, se debe poner de manifiesto que para algunos supuestos (como por ejemplo la actuación en grupo de menores reincidentes), la sanción penal que prevé la LORPM es muchí-

simo más gravosa que la que establece el CP por la comisión de idénticos hechos. Ello debe ser interpretado bajo el prisma de lo que la LORPM en su art. 8 párrafo segundo incluye bajo el principio acusatorio: la imposibilidad de imponer al menor una medida privativa de libertad de mayor duración que la pena privativa de libertad que se le hubiera impuesto al sujeto, si hubiera sido declarado responsable de acuerdo con el CP. Todas estas vinculaciones entre la LORPM y el CP permiten concluir que lo que la LORPM denomina como medidas son auténticas sanciones penales juveniles, que se imponen al menor una vez que ha sido acreditada su responsabilidad penal por la comisión de un delito o falta previsto como tal en el CP.

La naturaleza de las sanciones penales juveniles ha sido objeto de discusión en el ámbito doctrinal. Así, mientras que algunos consideran que se aproximan más a las medidas de seguridad que a las penas⁴, otros autores niegan que sean medidas de seguridad⁵. Por otro lado existen opiniones que sostienen que son auténticas penas⁶ y, finalmente, otro sector opina que no son ni penas ni medidas de seguridad ni tampoco medidas cautelares, sino que son medidas pedagógicas o cautelares que deben perseguir una finalidad de prevención especial positiva⁷.

En mi opinión, poco tienen que ver las sanciones penales juveniles con las medidas de seguridad ya que la minoría de edad se aparta de los supuestos de inimputabilidad recogidos en el art. 20 CP⁸. Así, en primer lugar, puede sostener que formalmente las previsiones se llevan a cabo en preceptos diferentes y que, mientras que el art. 20 CP alude a la exención de responsabilidad criminal, el art. 19 remite la regulación de la minoría de edad a la normativa penal específica, sin que en ningún momento equipare ambos supuestos. Igualmente debe

4 DE LA ROSA CORTINA, *LLP* 36 (2007), 51, desde el punto de vista teleológico, atendiendo a la finalidad preventivo-especial, a la posibilidad de sustitución de la medida impuesta atendiendo al interés del menor y al hecho de que en la imposición se deben tener en cuenta las circunstancias familiares, sociales, psicológicas y educativas del menor, más que la entidad del hecho en sí. Sin embargo, considerar que para los hechos de mayor gravedad, las previsiones de la LORPM hacen que las medidas se aproximen más bien al concepto de pena; BUENO ARÚS, *CDJ XXV-2005*, 291 s., por lo que respecta a su finalidad, que es la de prevención de peligrosidad. Igualmente aluden a la exigencia de peligrosidad criminal para la aplicación de las medidas previstas en la LORPM, aunque dicha ley no lo exija. Igualmente, GONZÁLEZ CUSSAC/CUERDA ARNAU, en: GONZÁLEZ CUSSAC/TAMARIT SUMALLA/GÓMEZ COLOMER (coords.), *Justicia penal*, 2002, 86, 103, creen que deben fundamentarse en la peligrosidad criminal y se plantean problemas de diagnóstico de peligrosidad criminal al converger dos variables, como son el hecho de ser menor y la inimputabilidad. Al final consideran en realidad que son penas juveniles.

5 TAMARIT SUMALLA, en: GONZÁLEZ CUSSAC/TAMARIT SUMALLA/GÓMEZ COLOMER (coords.), *Justicia penal*, 2002, 31.

6 LANDROVE DÍAZ, *Introducción*, 2ª, 2007, 66 ss.; SOLA RECHE/SERRANO SOLÍS, en: SOLA RECHE/HERNÁNDEZ PLASENCIA/FLORES MENDOZA/GARCÍA MEDINA (eds.), *Derecho penal y psicología del menor*, 2007, 9; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *PG*, 8ª, 2010, 365.

7 BUENO ARÚS, *CDJ XXV-2005*, 307 s.

8 En contra, GONZÁLEZ CUSSAC/CUERDA ARNAU, en: GONZÁLEZ CUSSAC/TAMARIT SUMALLA/GÓMEZ COLOMER (coords.), *Justicia penal*, 2002, 86; BUENO ARÚS, *CDJ XXV-2005*, 303, 327.

tenerse en cuenta que en la LORPM se establece que al menor de edad también se le pueden aplicar las eximentes de inimputabilidad previstas en el art. 20 CP (art. 5.2 LORPM). Esto tiene una consecuencia fundamental: en aquellos supuestos en los que concurran en los menores alguna de estas condiciones, la medida aplicable al menor va a ser de naturaleza muy diferente, puesto que sólo serán acordadas aquellas que tengan un carácter exclusivamente terapéutico (art. 5.2 LORPM). Es decir, si la LORPM establece un elenco de medidas y se va a aplicar una determinada medida (como el internamiento terapéutico) sólo para los casos en los que concurra una condición de este tipo, esto implica que el resto de sanciones sean aplicadas cuando el menor no sufre ninguna causa que permita entender alteradas sus capacidades. De ahí que se pueda considerar que la minoría de edad penal no tiene relación directa con los supuestos de inimputabilidad, aunque en algunas ocasiones el menor pueda ser inimputable. En tercer lugar, debe destacarse que en ningún caso la LORPM condiciona la aplicación de la medida a la peligrosidad del sujeto⁹, como así ocurre con los sujetos inimputables que cometen un delito, sino que la aplicación de la sanción se hará depender de lo que genéricamente se conceptúa como interés del menor. Como he señalado, la imposición de una medida de seguridad en casos de ausencia o déficit de imputabilidad depende de la peligrosidad criminal del sujeto. Esto significa que si la peligrosidad criminal desaparece o disminuye cuando se está ejecutando la medida, ésta deberá desaparecer o sustituirse por otra (art. 97 CP). Esto no ocurre con carácter general en la jurisdicción de menores, pues debe atenderse al hecho de en su art. 10.2 b), la LORPM establece un período de seguridad en virtud del cual, frente a la comisión de delitos graves, no se podrá acordar la modificación, suspensión o sustitución de la medida al menos hasta que haya transcurrido la mitad de la duración de la medida de internamiento impuesta. Además, la propia naturaleza de las sanciones juveniles a imponer (internamiento, permanencia en centro de fin de semana, amonestación) parecen presuponer que el sujeto tiene capacidad para comprender el injusto de su hecho y comportarse conforme a esa comprensión.

Es por ello que nos encontramos ante sujetos perfectamente imputables y plenamente culpables¹⁰, a los que se les considera penalmente responsables por la comisión de una infracción penal y a los que se les impone formalmente lo que se denomina sanciones penales juveniles y que materialmente presentan evidentes equivalencias con las penas. De ahí que, sin abandonar la esfera del Derecho penal, a la sanción penal juvenil se le arrebate como fin primordial el de la prevención general y, atendiendo fundamentalmente a razones de prevención especial positiva, su imposición encuentre su razón de ser en la consecución del interés del menor, orientada hacia una finalidad educativa-responsabilizadora¹¹.

2. Breve referencia al principio acusatorio recogido en el art. 8 párrafo primero LORPM

Como se ha analizado, el diseño de la respuesta que ha de ofrecer el Derecho penal juvenil ante la comisión de hechos delictivos resulta una tarea no exenta de dificultades. Y ello porque en su elaboración se debe intentar conseguir un cierto equilibrio entre las siguientes variables: en primer lugar, no se debe obviar que el Derecho penal juvenil se enfrenta a la comisión de infracciones penales que, en principio y al menos teóricamente, adquieren una relevancia social considerable. Por otro lado, se debe valorar muy significativamente que las características psicosociales de los menores son muy particulares y distan enormemente de las atribuibles al adulto. Además, no debe olvidarse que la LORPM prevé para la comisión de las infracciones la aplicación de auténticas sanciones de naturaleza penal, en principio desprovistas de finalidad retributiva e intimidatoria y regidas fundamentalmente por un propósito educativo o de carácter preventivo especial positivo. Todo ello inspirado por una serie de parámetros que en principio son ajenos al Derecho penal de adultos, como por ejemplo el principio de oportunidad (singularizado en las técnicas de diversión) o la flexibilidad no sólo en la elección de la medida sancionatoria a imponer, sino también en su ejecución, orientadas a la consecución del interés del menor principio que, al margen de su vaguedad

9 MUÑOZ CONDE/GARCÍAARÁN, *PG*, 8ª, 2010, 365.

10 Considerando que el menor tiene culpabilidad, pero que se encuentra disminuida, v. LLORIA GARCÍA, en: GÓMEZ RIVERO (coord.), *Comentarios*, 2007, 88. A favor de la existencia de una culpabilidad específica en los supuestos de minoría de edad, TAMARIT SUMALLA, en: GONZÁLEZ CUSSAC/TAMARIT SUMALLA/GÓMEZ COLOMER (coords.), *Justicia penal*, 2002, 86; DE LA ROSA CORTINA, *LLP* 36 (2007), 51; MUÑOZ CONDE/GARCÍAARÁN, *PG*, 8ª, 2010, 365.

11 Entendiendo que el menor es imputable, pero merecedor de un tratamiento diferentes al de la pena, v. CERVELLÓ DONDERIS/COLÁS TURÉGANO, *La responsabilidad penal*, 2002, 54; DE LA ROSA CORTINA, *LLP* 36 (2007), 50.

e indeterminación conceptual, no debe concluir en la aplicación de sanciones irrisorias, sino conducir a respuestas responsabilizadoras¹². Sin embargo, y frente a estas especificidades propias del Derecho penal juvenil, no puede obviarse que son ciertas vinculaciones con lo establecido por el Derecho penal de adultos. Así, ya he mencionado, por ejemplo, cómo la aplicación de la LORPM exige la comisión de un delito o falta previstos como tales en el CP o el carácter supletorio de las disposiciones recogidas en el CP en los casos en los que la LORPM no se pronuncie específicamente sobre ello. Además, como se analizará a continuación, es evidente la vinculación entre la gravedad de la sanción impuesta al menor y la que le hubiera correspondido en caso de ser adulto, tal y como aparece reflejado en el segundo párrafo del art. 8 LORPM.

Efectivamente, el art. 8 LORPM alude genéricamente al principio acusatorio. En su párrafo primero se establece lo siguiente:

“El Juez de Menores no podrá imponer una medida que suponga una mayor restricción de derechos ni por un tiempo superior a la medida solicitada por el Ministerio Fiscal o por el acusador particular”.

Derivado implícitamente del art. 24.2 CE¹³, el principio acusatorio en la jurisdicción de mayores recoge con carácter general la imposibilidad del Juez de imponer una pena más grave de la solicitada por las acusaciones, ni condenar por delito distinto cuando éste conlleve una diversidad de bien jurídico protegido o mutación sustancial del hecho enjuiciado¹⁴. Trasladadas parcialmente estas consideraciones al Derecho penal de menores¹⁵, el principio acusatorio implica la imposibilidad de adoptar medidas más restrictivas de derechos, atendiendo a la graduación establecida en el art. 7.1

LORPM, o de duración superior a la solicitada por el Ministerio Fiscal o por el acusador particular¹⁶, lo que en definitiva excluye la posibilidad de imponer consecuencias de mayor gravedad y de mayor extensión¹⁷.

El establecimiento de límites en la aplicación de las medidas en la jurisdicción de menores como consecuencia de la traslación del principio acusatorio debe aplaudirse sin concesiones. Si el principio acusatorio es fundamental en el Derecho Penal de adultos, con más motivo en el ámbito del Derecho penal del menor, atendiendo a su propia finalidad que no es otra que la de evitar cualquier indefensión¹⁸. Es cierto que existen ciertos matices por lo que respecta al alcance concreto del principio. Así, hay quien sostiene que el Juez de Menores debería estar limitado en lo que respecta a la calificación jurídica llevada a cabo por las partes acusadoras, pero en ningún caso para la imposición de la medida¹⁹, pudiendo en este caso imponer una medida más gravosa que la solicitada, atendiendo principalmente a la propia especialidad del procedimiento de menores y a su flexibilidad que quedaría eliminada con la vinculación del Juez a la naturaleza de la medida solicitada²⁰. Sin embargo, razonadamente existen otras opiniones que se posicionan en contra²¹, entendiendo que si el Juez considera demasiado leve la medida solicitada puede acudir a la vía establecida en el art. 37.1 LORPM, con la finalidad de proponer una medida distinta²², sin que en ningún caso, en el supuesto inobservancia, el Juez pueda imponer una más gravosa.

3. Los límites derivados del principio de proporcionalidad previstos en el art. 8 párrafo segundo LORPM

Al margen de la importancia que debe reconocerse al art. 8 párrafo primero LORPM, la cuestión central

12 NIETO GARCÍA, *CDJ XXV-2005*, 19, 34.

13 Art. 24.2 CE: “Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia”. ABEL SOUTO, *EPCrim 24* (2002), 14; ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal de menores*, 3ª, 2005, 212.

14 Así, v. art. 789.3 LECrim.

15 Al no incluirse en el art. 8 LORPM la prohibición de castigar por delito distinto al que ha sido objeto de acusación, como señala ABEL SOUTO, *EPCrim 24* (2002), 27.

16 La inclusión del acusador particular se introdujo por la DF 2ª de la LO 15/2003, de 25 de noviembre.

17 En opinión de ABEL SOUTO, *EPCrim 24* (2002), 27, podría haberse incluido la prohibición de castigar por delito distinto al que ha sido objeto de acusación.

18 ABEL SOUTO, *EPCrim 24* (2002), 20; AP 43 (2003), 1076; CERVELLÓ DONDERIS/COLÁS TURÉGANO, *La responsabilidad penal*, 2002, 130; COLÁS TURÉGANO, *Derecho penal de menores*, 2011, 76.

19 CERVELLÓ DONDERIS/COLÁS TURÉGANO, *La responsabilidad penal*, 2002, 130.

20 APARICIO BLANCO, *CDJ IV-1999*, 186 ss.; LANDROVE DÍAZ, *Derecho penal de menores*, 2001, 255; *Introducción*, 2ª, 2007, 91.

21 En contra, ABEL SOUTO, *EPCrim 24* (2002), 20 ss., 27; AP 43 (2003), 1081.

22 ABEL SOUTO, AP 43 (2003), 1081.

del estudio debe centrarse en lo recogido en su párrafo segundo. Incluido nominalmente bajo el principio acusatorio, en el párrafo segundo del art. 8 LOPRM se establece la imposibilidad de sancionar al menor con una medida privativa de libertad más gravosa que la que le hubiera correspondido en caso de ser adulto. A tal efecto se establece lo siguiente:

“Tampoco podrá exceder la duración de las medidas privativas de libertad contempladas en el artículo 7.1 a), b), c), d) y g), en ningún caso, del tiempo que hubiera durado la pena privativa de libertad que se le hubiere impuesto por el mismo hecho, si el sujeto, de haber sido mayor de edad, hubiera sido declarado responsable, de acuerdo con el Código Penal”.

Ciertamente no resulta muy correcto establecer esta previsión bajo la nomenclatura del principio acusatorio, puesto que el límite a la duración de las medidas opera independientemente de la acusación formulada por las partes acusadoras²³. Es por ello que resulta más correcto aludir al principio de proporcionalidad²⁴, como así ha sido recogido de manera explícita en multitud de textos internacionales²⁵.

La génesis de este precepto se sitúa en la STC 61/1998, de 17 de marzo²⁶, en donde se otorga el amparo frente a la imposición a un menor de una medida de internamiento en régimen semiabierto, pues así lo aconsejaba el interés del menor, por la comisión de una falta contra la propiedad en grado de tentativa acabada. En este pronunciamiento se establece que “junto con la necesaria flexibilidad de que ha de disponer el Juez en la apreciación de los hechos y de su gravedad, también es preciso

que se sujete a determinados principios que operan como límites a esa discrecionalidad, reconocidos en algunos casos en la propia LTTM —las medidas impuestas no pueden exceder de la mayoría de edad civil—, y en otros implícitos en la imposición de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales, como son la proporcionalidad entre la gravedad del hecho y la medida impuesta o la imposibilidad de establecer medidas más graves o de una duración superior a la que correspondería por los mismos hechos si de un adulto se tratase”.

Resulta razonable la previsión que lleva a cabo el párrafo segundo del art. 8 LORPM al exigir la proporcionalidad entre la medida privativa de libertad impuesta al menor y la pena privativa de libertad que le hubiera correspondido en caso de ser adulto. De manera unánime se ha entendido que el límite al que hace referencia el párrafo segundo del art. 8 LORPM debe fijarse no con relación a la pena en abstracto, sino en concreto²⁷, teniendo en cuenta el grado de participación, el grado de desarrollo y las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. Es indiscutible, en mi opinión, que si bien la consecución de los fines de prevención especial positiva debe constituirse como finalidad primordial en el ámbito de la delincuencia juvenil, también lo es la imposibilidad de que, por razones de prevención especial, se rebase el máximo impuesto desde el punto de vista de la proporcionalidad²⁸, evitando con ello abusos en pos de la resocialización²⁹. No se puede tampoco tratar al menor por la comisión de idénticos hechos con mayor rigor y severidad que si fuera adulto³⁰.

23 ABEL SOUTO, *EPCrim* 24 (2002), 36; AP 43 (2003), 1886 s.

24 TAMARIT SUMALLA, *RP* 8 (2001), 77; ABEL SOUTO, *EPCrim* 24 (2002), 29 s.; AP 43 (2003), 1086 s.; ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal de menores*, 3ª, 2005, 216; SANZ HERMIDA, en: GÓMEZ RIVERO (coord.), *Comentarios*, 2007, 132; DE URBANO CASTRILLO/DE LA ROSA CORTINA, *La responsabilidad penal*, 2007, 85; FEIJOO SÁNCHEZ, en: DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO/FEIJOO SÁNCHEZ/POZUELO PÉREZ, *Comentarios*, 2008, 180; CERVELLÓ DONDERIS, *La medida de internamiento*, 2009, 32; COLÁS TURÉGANO, *Derecho penal de menores*, 2011, 83.

25 Así, Convención sobre Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, Reglas de Beijing, de 28 de noviembre de 1985, o las Directrices de RIAD, de 14 de diciembre de 1990.

26 STC 61/1998, de 17 de marzo (RTC\1998\61), en aplicación de lo dispuesto en la STC 36/1991, de 14 de febrero (RTC\1991\36), resolviendo una cuestión de inconstitucionalidad presentada frente al art. 16 LTTM.

27 Circulares FGE 1/2000, de 18 de diciembre y 1/2009, de 27 de abril; LANDROVE DÍAZ, *Derecho penal de menores*, 2001, 254; VIANA BALLESTER, *RP* 13 (2004), 181, n. 117; SANZ HERMIDA, en: GÓMEZ RIVERO (coord.), *Comentarios*, 2007, 132; ABEL SOUTO, *EPCrim* 24 (2002), 26; AP 43 (2003), 1090; DE URBANO CASTRILLO/DE LA ROSA CORTINA, *La responsabilidad penal*, 2007, 86 s.; FEIJOO SÁNCHEZ, en: DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO/FEIJOO SÁNCHEZ/POZUELO PÉREZ, *Comentarios*, 2008, 181; CERVELLÓ DONDERIS, *La medida de internamiento*, 2009, 33; COLÁS TURÉGANO, *Derecho penal de menores*, 2011, 76 s. SAP Málaga 218/2001, de 12 de julio (JUR\2001\288343).

28 ABEL SOUTO, *EPCrim* 24 (2002), 30; AP 43 (2003), 1081 s.; FEIJOO SÁNCHEZ, en: DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO/FEIJOO SÁNCHEZ/POZUELO PÉREZ, *Comentarios*, 2008, 181.

29 ABEL SOUTO, *EPCrim* 24 (2002), 28.

30 GONZÁLEZ CUSSAC/CUERDA ARNAU, en: GONZÁLEZ CUSSAC/TAMARIT SUMALLA/GÓMEZ COLOMER (coords.), *Justicia*

La remisión que la LORPM realiza a la pena impuesta en caso de haber sido el infractor mayor de edad, estableciéndose en todo caso la cuantía de la pena como límite máximo a imponer implica cuestionarse si en el Derecho penal de menores también se debe tener en cuenta, como ocurre en el Derecho penal de adultos, que la sanción a imponer debe ser proporcional a la gravedad del hecho cometido. Existen opiniones que consideran que en el ámbito del Derecho penal de menores sí debe existir cierta proporcionalidad entre la medida a imponer y la gravedad del hecho cometido³¹, llegando incluso a sostener alguna de ellas que su inexistencia sería antipedagógica³². Por otro lado, hay quien se opone diametralmente a esta vinculación³³. Incluso la EM de la LORPM rechaza expresamente la proporcionalidad entre la gravedad del hecho y la medida a imponer, al ser este un criterio propio del Derecho penal de adultos³⁴. Ha habido intentos de solucionar la aparente contradicción existente entre el rechazo a la proporcionalidad que se lleva a cabo en la EM y la admisión implícita que lleva a cabo el párrafo segundo del art. 8 LORPM. Así, en primer lugar, se ha sostenido que la EM carece de fuerza normativa de carácter vinculante, siendo preferible dar una lectura que dote de valor a todos los términos de la LORPM³⁵. Igualmente, partiendo de la distinción entre proporcionalidad abstracta y concreta³⁶ se ha argumentado que la EM rechazaría la

proporcionalidad abstracta, mientras el párrafo segundo del art. 8 LORPM reconocería la concreta³⁷.

Al margen de afirmar la corrección de estas argumentaciones, lo que sí resulta indispensable es entender la proporcionalidad de una manera más flexible que en el Derecho penal de adultos, sin que entre en contradicción con la funcionalidad educativa del sistema de menores³⁸. Así, la proporcionalidad no debe ser entendida en su vertiente estricta (a mayor gravedad del hecho mayor gravedad de la sanción), pero sí en el sentido de permanencia como garantía de seguridad jurídica, al impedir imponer un castigo de mayor gravedad que el correspondiente a la entidad del delito³⁹. Se trata, como sostiene ABEL SOUTO, de una garantía, de un límite máximo infranqueable que impide ir más allá de lo autorizado por la gravedad del hecho amparándose en necesidades preventivo especiales⁴⁰. Advierte algún autor que la aplicación estricta de la proporcionalidad en la jurisdicción de menores puede conducir a consecuencias exageradas al imponer medidas que no sean las más adecuadas para el menor, atendiendo que en el Derecho penal de menores juega un importante papel su situación personal⁴¹. Incluso se ha sostenido que la tarea de compaginar proporcionalidad, prevención especial, interés del menor y resocialización puede llegar a convertirse en un malabarismo jurídico⁴². Sin embargo, considero que si optamos por no respetar escrupu-

penal, 2002, 102; ABEL SOUTO, *AP* 43 (2003), 1087; GÓMEZ RIVERO, en: GÓMEZ RIVERO (coord.), *Comentarios*, 2007, 138 s.; FEIJOO SÁNCHEZ, en: DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO/FEIJOO SÁNCHEZ/POZUELO PÉREZ, *Comentarios*, 2008, 182; CERVELLÓ DONDERIS, *La medida de internamiento*, 2009, 34.

31 TAMARIT SUMALLA, *RP* 8 (2001), 77; ABEL SOUTO, *AP* 43 (2003), 1085 ss.; DE LA ROSA CORTINA, *LLP* 36 (2007), 49; LLORIA GARCÍA, en: GÓMEZ RIVERO (coord.), *Comentarios*, 2007, 89 s.; SOLA RECHE/SERRANO SOLÍS, en: SOLA RECHE/HERNÁNDEZ PLASENCIA/FLORES MENDOZA/GARCÍA MEDINA (eds.), *Derecho penal y psicología del menor*, 2007, 12, atendiendo a la previa imputabilidad del menor.

32 ABEL SOUTO, *AP* 43 (2003), 1085.

33 PÉREZ MACHÍO, *El tratamiento*, 2007, 84, al rechazar la exigencia de proporcionalidad entre la gravedad del hecho y la naturaleza de la sanción a imponer.

34 Así, la EM establece 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, se pretende impedir todo aquello que pudiera tener un efecto contraproducente para el menor, como el ejercicio de la acción por la víctima o por otros particulares".

35 TAMARIT SUMALLA, *RP* 8 (2001), 77; ABEL SOUTO, *EPCrim* 24 (2002), 33; *AP* 43 (2003), 1085 s.

36 Entendiendo que la proporcionalidad abstracta estaría dirigida al legislador como prohibición de establecer conminaciones penales carente de relación valorativa con el hecho, mientras que la proporcionalidad abstracta supondría el mandato al poder judicial de respetar el equilibrio entre la sanción impuesta y la gravedad del hecho cometido, ABEL SOUTO, *EPCrim* 24 (2002), 35; *AP* 43 (2003), 1086.

37 ABEL SOUTO, *EPCrim* 24 (2002), 35; *AP* 43 (2003), 1086 ss.

38 TAMARIT SUMALLA, *RP* 8 (2001), 77; en: GONZÁLEZ CUSSAC/TAMARIT SUMALLA/GÓMEZ COLOMER (coords.), *Justicia penal*, 2002, 25; FALCÓN CARO, *CPC* 96 (2008), 60.

39 ABEL SOUTO, *EPCrim* 24 (2002), 35 s.; *AP* 43 (2003), 1086 ss.

40 ABEL SOUTO, *EPCrim* 24 (2002), 36; Igualmente, CERVELLÓ DONDERIS, *La medida de internamiento*, 2009, 31, 33.

41 ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal de menores*, 3ª, 2005, 218.

42 De esta opinión, CARMONA SALGADO, *LLP* 45 (2008), 62.

losamente el principio de proporcionalidad, en el sentido de situar la gravedad del hecho como límite máximo de la medida a aplicar, deberemos asumir riesgos importantísimos que incluso pueden llegar a traducirse, dadas las características psicosociales de sus protagonistas, en la reiteración de hechos delictivos en el futuro. Si la aplicación de la medida debe llevarse a cabo en interés del menor, entendiendo genéricamente que este interés se traduce en la asunción de responsabilidad por el hecho cometido y con ello, en la evitación en la comisión de hechos similares, probablemente nos veamos obligados a asistir a un espectáculo de “escapismo” de dicho interés, cuando el menor sea consciente de que, por la comisión de un hecho idéntico, es tratado jurídicamente de forma más gravosa que si hubiera sido adulto. Ello probablemente ocasione graves disfunciones en la percepción de la gravedad del hecho y en su concepto de “ser tratado con justicia”, generando comprensiblemente actitudes de rebelión y hostilidad frente a aquello que identifica con la “injusticia” a la que ha sido sometido (legislación penal, sistema judicial, equipo técnico), dificultando con ello su resocialización y, probablemente, fertilizando en cierta medida el terreno para una reiteración delictiva futura.

De la lectura del apartado 2º del art. 8 LORPM se deduce que la aplicación del principio de proporcionalidad no opera sobre todas las medidas previstas en el art. 7 LORPM, sino que se limita exclusivamente sobre las medidas privativas de libertad⁴³. Es decir, se circunscribe al internamiento en régimen cerrado, internamiento en régimen semiabierto, internamiento en régimen abierto, internamiento terapéutico en régimen cerrado y permanencia en fin de semana. Ello implica, a juicio

de la FGE, que las medidas no privativas de libertad pueden tener más duración que las penas privativas de libertad asignadas a un mayor de edad por la comisión de idénticos hechos⁴⁴.

Los motivos que se han esgrimido para sustentar tal limitación han sido variados. Así, se ha aludido a que, si bien en la redacción inicial de la LORPM, el precepto operaba sobre cualquier tipo de consecuencias jurídicas, el Proyecto fue modificado en el Senado para evitar un automatismo contrario a los principios básicos de la justicia de menores y que podrían hacer innecesaria la existencia de una jurisdicción especializada⁴⁵. Igualmente se considera, como argumento para defender la aplicación restrictiva del principio de proporcionalidad, que el resto de medidas previstas en la LOPM están cimentadas sobre contenidos educativos y, por ello, no homologables a las penas previstas en el CP⁴⁶. ¿Implica esto que el resto de medidas a imponer por el Juez de Menores no se encuentran sometidas a los límites derivados del principio de proporcionalidad? En primer lugar, puede interpretarse que las medidas no privativas de libertad pueden superar a la duración de las penas no privativas de libertad que hubieran sido impuestas en caso de que el menor hubiera sido adulto. Formalmente esta interpretación puede ser admisible. Lo que resulta evidente es que si el legislador penal hubiera deseado dotar de un contenido más amplio al principio de proporcionalidad, hubiera previsto algo similar a lo recogido en los artículos 6.2⁴⁷, 95.2⁴⁸, 101⁴⁹, 102⁵⁰, 103⁵¹ y 104⁵² CP. Así, el CP en estos preceptos impide que las medidas de seguridad, tanto privativas como no privativas de libertad, sean más gravosas y de

43 CIRCULAR FGE 1/2000, de 18 de diciembre.

44 Circular FGE 1/2000, de 18 de diciembre, estableciendo que “hay que destacar que este límite sólo opera sobre las medidas de internamiento (incluido el terapéutico) y de permanencia de fin de semana; las restantes medidas, por tanto, sí pueden tener una duración mayor que la de la pena privativa de libertad asignada al adulto que hubiese cometido el mismo delito”.

45 V. ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal de menores*, 3ª, 2005, 218.

46 CIRCULAR FGE 1/2009, de 27 de abril; DE URBANO CASTRILLO/DE LA ROSA CORTINA, *La responsabilidad penal*, 2007, 86.; CERVELLÓ DONDERIS, *La medida de internamiento*, 2009, 34.

47 Art. 6.2 CP: “Las medidas de seguridad no pueden resultar ni más gravosas ni de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido, ni exceder el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor”.

48 Art. 95.2 CP: “Cuando la pena que hubiere podido imponerse por el delito cometido no fuere privativa de libertad, el juez o tribunal sentenciador sólo podrá acordar alguna o algunas de las medidas prevista en el artículo 96.3”, haciendo referencia en este último precepto a las medidas no privativas de libertad.

49 Art. 101 CP: “1. Al sujeto que sea declarado exento de responsabilidad criminal conforme al número 1 del artículo 20, se le podrá aplicar, si fuere necesaria, la medida de internamiento para tratamiento médico o educación especial en un establecimiento adecuado al tipo de anomalía o alteración psíquica que se aprecie, o cualquier otra de las medidas previstas en el apartado 3 del artículo 96. El internamiento no podrá exceder del tiempo que habría durado la pena privativa de libertad, si hubiera sido declarado responsable el sujeto, y a tal efecto el Juez o Tribunal fijará en la sentencia ese límite máximo./2. El sometido a esta medida no podrá abandonar el establecimiento sin autorización del Juez o Tribunal sentenciador, de conformidad con lo previsto en el artículo 97 de este Código”.

mayor duración que la pena que hubiera sido aplicable al sujeto en caso de ser culpable y además, la obligación de imponer una medida de seguridad no privativa de libertad en aquellos supuestos en los que la pena que le hubiera correspondido no fuera privativa de libertad. Sin embargo, la aplicación de los límites derivados del principio de proporcionalidad debe ser mantenida en relación con todas las medidas previstas en el art. 7 LORPM⁵³, dada su importancia como garantía de seguridad jurídica y de su mantenimiento para preservar el interés del menor. Entendidas así las cosas, el tratamiento jurídico-penal dispensado al menor en ningún caso podrá ser más gravoso que el que le hubiera correspondido en caso de ser mayor de edad.

Con carácter residual se ha defendido la posibilidad de imponer al menor una medida privativa de libertad en aquellos casos en los que el CP, para idéntica infracción, prevé pena de multa, atendiendo al hecho de

que el hipotético impago de la multa desembocaría en una responsabilidad personal subsidiaria⁵⁴, tal y como se recoge en el art. 53 CP⁵⁵. En mi opinión esta posibilidad resulta plenamente rechazable, pues considero que la comparativa debe establecerse entre las consecuencias jurídicas principales⁵⁶. En este sentido, existen numerosos pronunciamientos jurisprudenciales que recogen la necesidad del respeto a los límites derivados del principio de proporcionalidad en la jurisdicción de menores⁵⁷.

Establecidas estas consideraciones, la FGE señala que el procedimiento a seguir en la imposición de la medida al menor sería el siguiente⁵⁸:

“Debe seguirse un proceso que en una primera fase pasa por analizar si el delito cometido lleva aparejada pena privativa de libertad (*conditio sine qua non*); en caso afirmativo, deberá determinarse cuál hubiera sido la pena privativa de libertad máxima imponible si el infractor hubiera sido

50 Art. 102 CP: “1. A los exentos de responsabilidad penal conforme al número 2 del artículo 20 se les aplicará, si fuere necesaria, la medida de internamiento en centro de deshabituación público, o privado debidamente acreditado u homologado, o cualquiera otra de las medidas previstas en el apartado 3 del artículo 96. El internamiento no podrá exceder del tiempo que habría durado la pena privativa de libertad, si el sujeto hubiere sido declarado responsable, y a tal efecto el Juez o Tribunal fijará ese límite máximo en la sentencia./2. El sometido a esta medida no podrá abandonar el establecimiento sin autorización del Juez o Tribunal sentenciador de conformidad con lo previsto en el artículo 97 de este Código”.

51 Art. 103 CP: “1. A los que fueren declarados exentos de responsabilidad conforme al número 3. del artículo 20, se les podrá aplicar, si fuere necesaria, la medida de internamiento en un centro educativo especial o cualquier otra de las medidas previstas en el apartado tercero del artículo 96. El internamiento no podrá exceder del tiempo que habría durado la pena privativa de libertad, si el sujeto hubiera sido declarado responsable y, a tal efecto, el Juez o Tribunal fijará en la sentencia ese límite máximo./2. El sometido a esta medida no podrá abandonar el establecimiento sin autorización del Juez o Tribunal sentenciador de conformidad con lo previsto en el artículo 97 de este Código./3. En este supuesto, la propuesta a que se refiere el artículo 98 de este Código deberá hacerse al terminar cada curso o grado de enseñanza”.

52 Art. 104 CP: “1. En los supuestos de eximente incompleta en relación con los números 1, 2 y 3 del artículo 20, el Juez o Tribunal podrá imponer, además de la pena correspondiente, las medidas previstas en los artículos 101, 102 y 103”. No obstante, la medida de internamiento sólo será aplicable cuando la pena impuesta sea privativa de libertad y su duración no podrá exceder de la de la pena prevista por el Código para el delito. Para su aplicación se observará lo dispuesto en el artículo 99./2. Cuando se aplique una medida de internamiento de las previstas en el apartado anterior o en los artículos 101, 102 y 103, el juez o tribunal sentenciador comunicará al ministerio fiscal, con suficiente antelación, la proximidad de su vencimiento, a efectos de lo previsto por la disposición adicional primera de este Código.

53 ABEL SOUTO, *EPCrim* 24 (2002), 39 s.; AP 43 (2003), 1089 s.; CERVELLÓ DONDERIS, en: GONZÁLEZ CUSSAC/CUERDA ARNAU (coords.), *Estudios*, 2006, 134; *La medida de internamiento*, 2009, 34; COLÁS TURÉGANO, *Derecho penal de menores*, 2011, 76; SAP Álava 179/2009, de 10 de junio (JUR\2009\370571).

54 En este sentido, v. los alegatos del Ministerio Fiscal en la SAP Huesca 31/2004, de 12 de febrero (JUR\2004\104132) y en la SAP Tarragona 921/2004, de 29 de septiembre (JUR\2004\304907).

55 Art. 53.1 CP: “Si el condenado no satisficiera, voluntariamente o por vía de apremio, la multa impuesta, quedará sujeto a una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas, que, tratándose de faltas, podrá cumplirse mediante localización permanente. En este caso, no regirá la limitación que en su duración establece el artículo 37.1 de este Código”.

56 DE URBANO CASTRILLO/DE LA ROSA CORTINA, *La responsabilidad penal*, 2007, 87; Circular FGE 1/2009, de 27 de abril. SAP Huesca 31/2004, de 12 de febrero (JUR\2004\104132); SAP Tarragona 921/2004, de 29 de septiembre (JUR\2004\304907); SAP Las Palmas 109/2005 (JUR\2005\217717).

57 SAP Navarra 93/2002, de 31 de mayo (JUR\2002\175320); SAP Soria 49/2004, de 14 de julio (JUR\2004\256704); SAP Tarragona 921/2004, de 29 de septiembre (JUR\2004\304907); SAP ALAVA 179/2009, de 10 de junio (JUR\2009\370571), revocando todas ellas las sentencias de los Juzgado de Menores correspondientes; SAP Murcia 64/2002, de 29 de junio (JUR\2002\232990); SAP Murcia 45/2003, de 23 de julio (JUR\2003\235241); SAP Huesca 31/2004, de 12 de febrero (JUR\2004\104132); SAP Murcia 21/2004, de 19 de febrero (JUR\2004\105186); SAP Barcelona 49/2010, de 13 de enero (JUR\2010\91703), confirmando las sentencias de instancia.

58 Circular 1/2009, de 27 de abril.

mayor de edad penal, teniendo en cuenta las concretas circunstancias concurrentes (participación, *iter criminis*, modificativas de la responsabilidad, causas de justificación, inculpabilidad o inimputabilidad incompletas) y una vez determinado ese límite máximo (que en ningún caso podrá superarse), evaluar la medida a imponer al menor. Fijado el tope máximo, y con respeto al mismo, la flexibilidad —con los límites derivados de los periodos de seguridad establecidos en el art. 10 LORPM— adquiere nuevamente todo el protagonismo”.

Es decir, se parte del presupuesto de que por la comisión de ese hecho al adulto se le habría impuesto una pena privativa de libertad, siendo la duración de la pena en concreto límite máximo de la medida privativa de libertad⁵⁹. Es criterio de la FGE que si el espíritu de la ley infiere que si la duración de las medidas privativas del libertad no debe exceder del tiempo que hubiera durado la pena privativa de libertad para el mismo delito, con más razón estará prohibido imponer una medida privativa de libertad cuando el CP no las prevea para los mismos hechos⁶⁰. De aquí se deduce la imposibilidad, por ejemplo, de acordar un internamiento para un menor de por la comisión de unos hechos que en el CP no se castigan con pena privativa de libertad⁶¹, llegando algún autor incluso a calificar de inconstitucional si finalmente se llegara a acordar⁶².

Puede parecer escasamente probable la situación en la que el Juez imponga una medida privativa de libertad a un menor por la comisión de un hecho cuya punición en el CP no prevé una pena privativa de libertad. Principios pilares informadores de la jurisdicción de menores, como son el de flexibilidad y oportunidad, se erigen en piezas fundamentales para evitar el conflicto. Además, partiendo de una lógica valorativa, lo presumible es considerar que la aplicación de una medida privativa de libertad al menor de edad hubiera conllevado, en la mayoría de los casos, la imposición de una medida de parecida o idéntica naturaleza si hubiera sido adulto.

La LO 8/2006, de 4 de diciembre ha dinamitado, sin género de dudas, esa maleabilidad que debe inspirar al Derecho penal juvenil, puesto que establece en algunos supuestos la obligación de imponer al menor una

medida privativa de libertad, en concreto una medida de internamiento en régimen cerrado (art. 10 LORPM). Pudiera sostenerse que en estos casos, lo más normal es que no exista una vulneración de los límites derivados del principio de proporcionalidad ya que dada la gravedad del hecho (que es su vez parece ser el fundamento de por qué resulta obligatoria la imposición de la medida), también se hubiera impuesto una pena privativa de libertad si el menor hubiese sido adulto. En este caso, el Juez de Menores tendría que aplicar el procedimiento anteriormente detallado: determinar, en primer lugar, la cuantía de la pena privativa de libertad que en concreto le hubiera correspondido al menor como adulto y establecer ahí el límite máximo de duración de la medida privativa de libertad aplicada al menor. Sin embargo, el interrogante que surge a continuación es el siguiente: Partiendo de la obligación que en algunos casos tiene el Juez de Menores de imponer una medida privativa de libertad al menor ¿pueden existir supuestos en los que, ante la comisión de idéntico hecho, el CP no prevea la imposición de una pena privativa de libertad si el menor hubiera sido adulto? Y si es así, ¿qué eficacia debemos atribuir entonces al principio de proporcionalidad previsto en el párrafo segundo del art. 8 LORPM? ¿Seguiría siendo de aplicación preferente, entendiendo que en ningún caso al menor se le debe aplicar un tratamiento jurídico sancionador más gravoso que al adulto o, por el contrario, aparecería diluido ante el carácter imperativo de la imposición de la medida privativa de libertad?

A la respuesta de estas interesantes cuestiones se dedican los apartados siguientes.

4. La eficacia del principio de proporcionalidad ante la imposición obligatoria de la medida de internamiento en régimen cerrado

4.1 El art. 9.2 LORPM como punto de partida

Antes de proceder a analizar la aplicación del principio de proporcionalidad en los supuestos más problemáticos, que son aquellos en los que el legislador penal prevé con carácter obligatorio la imposición de

59 ABEL SOUTO, *EPCrim* 24 (2002), 41, al entender que sería una garantía. Cuestionando este procedimiento, pues restaría flexibilidad en la elección de la medida por parte del Juez de Menores, v. ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal de menores*, 3ª, 2005, 218.

60 Circular 1/2009, de 27 de abril.

61 CERVELLÓ DONDERIS/COLÁS TURÉGANO, *La responsabilidad penal*, 2002, 121; ABEL SOUTO, *AP* 43 (2003), 1087; FEIJOO SÁNCHEZ, en: DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO/FEIJOO SÁNCHEZ/POZUELO PÉREZ, *Comentarios*, 2008, 183; CERVELLÓ DONDERIS, *La medida de internamiento*, 2009, 33.

62 ABEL SOUTO, *EPCrim* 24 (2002), 39.

una medida privativa de libertad, resulta conveniente estudiar brevemente los casos en los que el Juez de Menores puede imponer una medida de internamiento en régimen cerrado, pero sin que ello tenga un carácter obligatorio. Es decir, estamos haciendo referencia a los supuestos recogidos en el art. 9.2 LORPM. Este precepto dispone lo siguiente:

“La medida de internamiento en régimen cerrado sólo podrá ser aplicable cuando:

a) Los hechos estén tipificados como delito grave por el Código Penal o las leyes penales especiales.

b) Tratándose de hechos tipificados como delito menos grave, en su ejecución se haya empleado violencia o intimidación en las personas o se haya generado grave riesgo para la vida o la integridad física de las mismas.

c) Los hechos tipificados como delito se cometan en grupo o el menor perteneciere o actuare al servicio de una banda, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades”.

En definitiva, lo que viene a establecer el art. 9.2 LORPM es la posibilidad (que no obligación) de imponer una medida de internamiento en régimen cerrado (lo que materialmente equivaldría a una pena de prisión), única y exclusivamente cuando se trate de un delito grave, ante la comisión de un delito menos grave pero se lleve a cabo con violencia o intimidación en las personas o cuando exista grave riesgo para la vida o integridad física de las mismas o, finalmente, cuando el menor actúe en grupo o perteneciere o actuare al servicio de una banda, organización o asociación que se dedique a tales actividades.

Retomando de nuevo al eje central del estudio, la aplicación de los límites derivados del principio de proporcionalidad, resulta interesante vincular el contenido de este principio con lo establecido en los apartados b) y c) del art. 9.2 LORPM⁶³. Recordemos en este sentido que el principio de proporcionalidad, tal y como

aparece configurado en el párrafo segundo del art. 8 LORPM, implica que la medida privativa de libertad a imponer (en este caso internamiento en régimen cerrado) no podrá ser de duración superior a la pena que le hubiera correspondido al menor en caso de ser mayor de edad.

A tenor de lo establecido en el apartado b) del art. 9.2 LORPM, es posible acordar una medida de internamiento en régimen cerrado en aquellos casos en los que el menor cometa un delito menos grave, pero su ejecución se lleve a cabo con violencia o intimidación en las personas. Sin embargo, en el Derecho penal de adultos existen delitos de carácter menos grave, como por ejemplo la realización arbitraria del propio derecho (art. 455 CP⁶⁴) o algunos delitos contra los sentimientos religiosos (arts. 522⁶⁵ y 525 CP⁶⁶) que, incluso llevados a cabo con violencia o intimidación en las personas, no llevan aparejada pena de prisión, siendo por lo tanto imposible su imposición. Es decir, en estos casos el Juez de lo Penal jamás podrá imponer una pena de prisión por la comisión de estos hechos, posibilidad que sin embargo se le ofrece hipotéticamente al Juez de Menores. Cabe decir que no son supuestos de habitual comisión en el ámbito de la delincuencia juvenil, lo que en principio minimiza los efectos de esta paradoja.

Por su parte, el apartado c) del art. 9.2 LORPM establece la posibilidad de acordar una medida de internamiento en régimen cerrado en aquellos supuestos en los que el menor actúe en grupo, lo que por otra parte suele ser bastante habitual en la dinámica comisiva en este tipo de delincuencia, o el menor pertenezca o actúe al servicio de una banda, organización o asociación⁶⁷. La inclusión del apartado c) del art. 9.2 LORPM supuso para algunos autores la introducción del modelo de seguridad ciudadana en el siste-

63 Generalmente, la comisión de delitos graves prevista en el apartado a) art. 9.2 LORPM no va a plantear generalmente la imposición al menor de medidas de mayor gravedad que en el caso de ser mayor, puesto que para los delitos graves, el CP prevé penas elevadas.

64 Art. 455 CP: “1. El que, para realizar un derecho propio, actuando fuera de las vías legales, empleare violencia, intimidación o fuerza en las cosas, será castigado con la pena de multa de seis a doce meses./2. Se impondrá la pena superior en grado si para la intimidación o violencia se hiciera uso de armas u objetos peligrosos”.

65 Art. 522 CP: Incurrirán en la pena de multa de cuatro a diez meses: 1. Los que por medio de violencia, intimidación, fuerza o cualquier otro apremio ilegítimo impidan a un miembro o miembros de una confesión religiosa practicar los actos propios de las creencias que profesen, o asistir a los mismos./2. Los que por iguales medios fuercen a otro u otros a practicar o concurrir a actos de culto o ritos, o a realizar actos reveladores de profesar o no profesar una religión, o a mudar la que profesen.

66 Art. 525 CP: “1. Incurrirán en la pena de multa de ocho a doce meses los que, para ofender los sentimientos de los miembros de una confesión religiosa, hagan públicamente, de palabra, por escrito o mediante cualquier tipo de documento, escarnio de sus dogmas, creencias, ritos o ceremonias, o vejen, también públicamente, a quienes los profesan o practican. 2. En las mismas penas incurrirán los que hagan públicamente escarnio, de palabra o por escrito, de quienes no profesan religión o creencia alguna”.

67 Críticamente, CARMONA SALGADO, LLP 45 (2008), 63, ya que se obvia la exigencia de identificar la contribución específica del autor al hecho realizado.

ma de menores⁶⁸, al considerar que esta tipificación resultaba completamente ajena al Derecho Penal de adultos⁶⁹, puesto que en el CP no se contemplaba que por sí sola la actuación en grupo o la pertenencia a una banda, organización o asociación llevase aparejada una pena de prisión. No resultaba descabellado sostener, como auguraba alguna opinión⁷⁰, que con este tipo de regulaciones el Derecho penal de menores se convirtiera en un campo de prueba o experimentación para el Derecho penal de adultos, lo que se ha confirmado tras la reforma operada por LO 5/2010, de 22 de junio, de modificación del Código Penal, al castigar con pena de prisión la participación o pertenencia a organización y grupo criminal (arts. 570 bis y ss. CP).

Sin embargo, existen diferencias entre ambas regulaciones. En primer lugar, debe destacarse que el concepto de grupo criminal recogido en el art. 570 ter CP poco tiene que ver con la actuación en grupo prevista en la LORPM. A este respecto el art. 570 ter CP castiga con pena de prisión la constitución, financiación o integración en grupo criminal, definiendo como tal “la unión de dos o más personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos o la comisión concertada y reiterada de faltas”. Como se deduce del propio precepto, el grupo criminal es un concepto residual o de recogida respecto de la noción de organización delictiva, ya que se construye sobre las notas negativas de no concurrencia de alguna o algunas de las características de la organización criminal, como son la estabilidad o el reparto de roles⁷¹. Al margen de las numerosas críticas que ha suscitado esta tipificación⁷², sí que es cierto que la referencia al grupo prevista en el art. 9.2 apartado c) LORPM difiere del concepto de grupo criminal definido por el CP. Así, el CP define al grupo criminal de forma residual respecto de la organización criminal, al no exigir las características de estabilidad o reparto de roles. Igualmente requiere que el grupo criminal tenga una finalidad concreta, esto es, la de perpetrar concertadamente delitos o faltas, éstas

últimas además de manera reiterada. La LORPM, por el contrario, no lleva a cabo ninguna delimitación por lo que respecta a la noción de grupo. La mera alusión a la actuación en grupo en la LORPM parece que posibilita incluir en dicha modalidad el hecho de que tres menores, actuando conjuntamente, cometan un hecho delictivo, no siendo necesario *a priori* que dicha unión tenga carácter estable o coordinado en su acción o en el reparto de tareas, o tenga como finalidad la perpetración de delitos o faltas.

Por lo que respecta a la participación en organización criminal, el CP establece en su art. 570 bis que por tal debe entenderse “la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos, así como de llevar a cabo la perpetración reiterada de faltas”. La LORPM, por el contrario, alude a la pertenencia o actuación al servicio de banda, organización o asociación, incluso de carácter transitorio. La mención a la posibilidad de transitoriedad de la banda, organización o asociación, que no se deduce de lo recogido en el art. 570 bis CP, permite sostener que el concepto de organización criminal previsto en el CP es más restrictivo que las referencias recogidas en la LORPM.

Si bien es cierto que en el párrafo segundo del art. 8 LORPM se prohíbe imponer al menor una medida de internamiento cerrado de mayor duración que la que le hubiera correspondido de cometer el mismo hecho siendo mayor, lo razonable es entender que en aquellos supuestos en los que en el Derecho penal de adultos no está prevista la pena privativa de libertad tampoco se imponga por el Juez de menores un internamiento en régimen cerrado. Por ello resulta criticable el hecho de que las previsiones que lleva a cabo el legislador penal respecto a la posibilidad de imponer medida de internamiento en régimen cerrado no las realiza para la comisión de idénticos hechos si el menor fuera adulto. Sin embargo, en la práctica, es posible minimizar estas disfunciones, porque la imposición del internamiento en régimen cerrado es facultativa y el Juez, atendien-

68 CUERDAARNAU, *RP* 22 (2008), 27 s.

69 GÓMEZ RIVERO, en: GÓMEZ RIVERO (coord.), *Comentarios*, 2007, 151; LANDROVE DÍAZ, *Introducción*, 2ª, 2007, 93.

70 JIMÉNEZ SEGADO, *LL* 4 (2006), 1428.

71 MARTELL PÉREZ-ALCALDE/QUINTERO GARCÍA, en: QUINTERO OLIVARES (dir.), *La reforma penal*, 2010, 364; VIVES ANTÓN/CARBONELL MATEU, *PE*, 3ª, 2010, 775; CORCOY BIDASOLO/CARDENAL MONTRAVETA/BESIO, en: CORCOY BIDASOLO/MIR PUIG (dirs.), *Comentarios*, 2011, 1116; LLOBET ANGLÍ, en: SILVA SÁNCHEZ (dir.), *Lecciones*, 3ª, 2011, 401, 403.

72 Así, por ejemplo, MARTELL PÉREZ-ALCALDE/QUINTERO GARCÍA, en: QUINTERO OLIVARES (dir.), *La reforma penal*, 2010, 364, al considerar que con este precepto se eleva a categoría de delito autónomo el conjunto y la totalidad de supuestos de simple coautoría, duplicando el castigo, se elabora para aquellos casos de falta de ejecución efectiva de otros delitos un modelo de conspiración para delinquir no acotada “*numerus clausus*” y, finalmente, se amplía la esfera de castigo obviando el hecho de que, respecto de aquellos delitos

do al interés del menor, deberá aplicar otra medida de naturaleza menos gravosa. No obstante, como se analizará en el apartado siguiente, el conflicto se recrudece cuando en el art. 10.1 LORPM el legislador penal establece la obligación de imponer el internamiento en régimen cerrado cuando el menor tuviera entre dieciséis y dieciocho años, se trate de alguno de los supuestos mencionados en el art. 9.2 LORPM y, además, el hecho revista extrema gravedad.

4.2. El principio de proporcionalidad y su aplicación en los supuestos del art. 10.1 b) LORPM: la duración de la medida de internamiento, la extrema gravedad y la reincidencia

Reformado por la LO 8/2006, de 4 diciembre, el art. 10.1 LORPM establece lo siguiente:

“Art. 10. *Reglas especiales de aplicación y duración de las medidas.*

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

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

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

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

rrido el primer año de cumplimiento efectivo de la medida de internamiento.

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

De la lectura de lo previsto en el art. 10.1 b) LORPM se deriva la obligación de imponer una medida de internamiento en régimen cerrado de uno a seis años, complementada sucesivamente con otra de libertad vigilada hasta un máximo de cinco años en aquellos casos en los que el menor tenga una edad comprendida entre los 16 y 18 años, cometa algún hecho de los previstos en el art. 9.2 LORPM (delito grave o delito menos grave pero llevado a cabo con violencia o intimidación, o grave riesgo para la vida o integridad física o, finalmente, actuación en grupo o pertenencia o actuación al servicio de una banda, organización o asociación) y, además, el hecho revista extrema gravedad.

Bajo el prisma del principio de proporcionalidad, o establecido en este precepto resulta sumamente controvertido en relación a la duración de la medida de internamiento en régimen cerrado, la delimitación del concepto de gravedad y la referencia a la reincidencia como supuesto de extrema gravedad.

a) *La duración de la medida de internamiento en régimen cerrado.* Esta medida puede alcanzar los seis años si la edad del menor está comprendida entre los dieciséis y dieciocho años. Estableciendo una comparativa con la pena de prisión, la LORPM acoge la posibilidad, que no hace el CP, de imponer una medida de internamiento cerrado de hasta seis años para hechos delictivos que, conforme al CP, serían delitos menos graves (art. 9.2 b) LORPM) y a los que correspondería una pena de prisión de tres meses a cinco años (art. 33.3 a) CP). Idéntico planteamiento se sucede en los supuestos de actuación en grupo pertenencia o actuación al servicio de una banda, organización o asociación (art. 9.2 c) LORPM), agravándose incluso en este caso, ya

cuya perpetración en grupo es más habitual ya está prevista la exasperación punitiva a través de las agravantes específicas. Por lo que respecta a su delimitación con la conspiración como acto preparatorio punible v. GARCÍA RIVAS, en: ÁLVAREZ GARCÍA/GONZÁLEZ CUSAC (dirs.), *Comentarios*, 2010, 510 s., al considerar, en primer lugar, que la concurrencia de dos personas puede dar lugar a la figura de la conspiración, pero no a la de grupo criminal y, en segundo lugar, a la exigencia de que la conspiración vaya dirigida a la perpetración de un delito determinado, a diferencia de la pertenencia a grupo criminal, no vinculado a la comisión de un delito concreto, sino a la lesión o puesta en peligro del orden público, la tranquilidad o la paz en la convivencia; VIVES ANTÓN/CARBONELL MATEU, *PE*, 3ª, 2010, 775, 781; LLOBET ANGLI, en: SILVA SÁNCHEZ (dir.), *Lecciones*, 3ª, 2011, 403, puesto que será difícil diferenciar la pertenencia al grupo criminal de la figura de la coautoría. Se ha argumentado que, quizás, la justificación político criminal de esta previsión reside en una pretendida peligrosidad que se manifiesta en la vocación vital de los intervinientes de participar de modo intercambiable en delitos cometidos a través de la unión esporádica de varias personas. Así, MARTELL PÉREZ-ALCALDE/QUINTERO GARCÍA, en: QUINTERO OLIVARES (dir.), *La reforma penal*, 2010, 365.

que se permite imponer un internamiento en régimen cerrado de hasta seis años cuando se cometa *cualquier tipo de delito*.

b) *La referencia a la extrema gravedad*. El art. 10.1 b) párrafo primero LORPM establece la obligación de imponer una medida de internamiento en régimen cerrado de uno a seis años, complementada con una medida de libertad vigilada hasta un máximo de cinco años siempre y cuando concurren las siguientes condiciones: 1. que el menor tenga una edad comprendida entre los dieciséis y dieciocho años; que cometa algún hecho de los previstos en el art. 9.2 LORPM (delito grave o delito menos grave pero llevado a cabo con violencia o intimidación, o grave riesgo para la vida o integridad física o, finalmente, actuación en grupo o pertenencia o actuación al servicio de una banda, organización o asociación) y, además, el hecho revista extrema gravedad.

En ningún caso la LORPM define el concepto de extrema gravedad, aspecto que ha sido duramente criticado por la doctrina especializada, puesto la utilización de un concepto jurídico tan indeterminado cuestionaría el respeto al principio de taxatividad que debe informar la redacción de cualquier tipo penal⁷³. La única aclaración que lleva a efecto es la identificación de la reincidencia con la extrema gravedad. De ahí que, según las previsiones de la LORPM, cuando se trate de un sujeto reincidente (y se den los requisitos anteriormente mencionados) automáticamente estaremos calificando en el hecho de extrema gravedad. Quiero incidir especialmente en la redacción del último párrafo del art. 10.1 LORPM. Así establece que “a efectos los efectos previsto en el párrafo anterior, se entenderán siempre supuestos de extrema gravedad aquellos en los que se apreciara reincidencia”. De aquí se deriva que, si bien la reincidencia se identifica siempre con la ex-

trema gravedad, el concepto de extrema gravedad es muchísimo más amplio. Entiendo que para perfilar este concepto tan indeterminado de extrema gravedad puede ser útil recurrir a lo que el CP entiende por tal. El CP alude muy esporádicamente a la extrema gravedad a lo largo de todo su articulado como requisito para agravar la pena⁷⁴, concretamente en los arts. 366⁷⁵, 370.3⁷⁶ y 613.2⁷⁷ CP.

Atendiendo a estas referencias, cabe concluir que el concepto de extrema gravedad en el CP está previsto: 1º) para agravar exclusivamente en tres delitos; 2º) no siempre esta agravación es obligatoria, puesto que se establece con carácter facultativo en los arts. 366 y 613.2 CP y 3º) no en todos los casos se agrava la pena de prisión, puesto que como establece el art. 366 CP, la posibilidad de agravación se efectúa en el ámbito de las consecuencias accesorias. Por el contrario, en la LORPM la extrema gravedad: 1º) sirve para agravar los delitos referidos en el art. 9.2 LORPM (delito grave o delito menos grave pero llevado a cabo con violencia o intimidación, o grave riesgo para la vida o integridad física o, finalmente, actuación en grupo o pertenencia o actuación al servicio de una banda, organización o asociación); 2º) La agravación siempre resulta de aplicación obligatoria para el Juez de Menores y 3º) implica agravar exclusivamente la medida de internamiento en régimen cerrado y, además, añade como complementaria la medida de libertad vigilada hasta un máximo de cinco años.

A tenor de esta comparativa, la conclusión que de ella se deriva resulta evidente: el tratamiento del concepto de extrema gravedad en la LORPM implica consecuencias jurídicas más gravosas y mayores restricciones que las derivadas del CP en su aplicación a los adultos.

73 Entre otros, DE LA ROSA CORTINA, *LLP* 36 (2007), 61; GÓMEZ RIVERO, en: GÓMEZ RIVERO (coord.), *Comentarios*, 2007, 150.

74 Al margen de estos supuestos de agravación, el CP igualmente alude al concepto de extrema gravedad en el art. 376 CP, impidiendo la posibilidad de rebajar la pena inicialmente impuesta al drogodependiente autor que acredite haber finalizado con éxito un tratamiento de deshabituación, en los casos en los que la cantidad intervenida no fuera de extrema gravedad.

75 Art. 366 CP: “En el caso de los artículos anteriores, se podrá imponer la medida de clausura del establecimiento, fábrica, laboratorio o local por tiempo de hasta cinco años, y en los supuestos de extrema gravedad podrá decretarse el cierre definitivo conforme a lo previsto en el artículo 129”.

76 Art. 370.3 CP: “Se impondrá la pena superior en uno o dos grados a la señalada en el artículo 368 cuando: 3. Las conductas descritas en el artículo 368 fuesen de extrema gravedad. Se consideran de extrema gravedad los casos en que la cantidad de las sustancias a que se refiere el artículo 368 excediere notablemente de la considerada como de notoria importancia, o se hayan utilizado buques, embarcaciones o aeronaves como medio de transporte específico, o se hayan llevado a cabo las conductas indicadas simulando operaciones de comercio internacional entre empresas, o se trate de redes internacionales dedicadas a este tipo de actividades, o cuando concurrieren tres o más de las circunstancias previstas en el artículo 369.1”.

77 Art. 613.2 CP: “Cuando el ataque, la represalia, el acto de hostilidad o la utilización indebida tengan por objeto bienes culturales o lugares de culto bajo protección especial o a los que se haya conferido protección en virtud de acuerdos especiales, o bienes culturales inmuebles o lugares de culto bajo protección reforzada o sus alrededores inmediatos, se podrá imponer la pena superior en grado. En los

c) *La agravante de reincidencia*. Como se ha señalado con anterioridad, el art. 10.1.b) primer párrafo establece que en caso de que el menor sea reincidente (y se den los requisitos anteriormente mencionados), dará lugar a que los hechos sean calificados obligatoriamente de extrema gravedad⁷⁸, aplicando la medida de internamiento en régimen cerrado de uno a seis años y la libertad vigilada hasta cinco años. Coincido plenamente con aquellos autores que consideran que esta identificación responde única y exclusivamente a criterios puramente retribucionistas y de prevención general negativa, más propios del Derecho penal de adultos⁷⁹. Sin embargo, creo que las objeciones pueden ir incluso más allá, al entender que la previsión que lleva a cabo la LORPM de la reincidencia resulta más gravosa que la que efectúa el CP.

El art. 22.8 CP recoge como agravante el hecho de que el infractor sea reincidente. Aclara el CP que “hay reincidencia cuando, al delinquir, el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo título de este Código, siempre que sea de la misma naturaleza”. Tal y como dispone el art. 66.1.3ª CP, la concurrencia de una agravante implicará la imposición de la pena prevista para el delito en su mitad superior⁸⁰. Partiendo de estas consideraciones, se puede observar que el tratamiento jurídico que la LORPM otorga a la reincidencia es muchísimo más gravoso. En aquellos casos en los que el menor tenga dieciséis o diecisiete años, haya cometido alguno de los hechos previstos en el art. 9.2 LORPM y sea reincidente (estando por lo tanto ante un supuesto de extrema gravedad), el Juez estará obligado a imponer la medida de internamiento en régimen cerrado hasta seis años, más la medida de libertad vigilada por un máximo de cinco años. Ello implica que, analizando comparativamente las disposiciones del CP y de la LORPM, el límite máximo de la duración de la medida de internamiento impuesta al menor puede dispararse, a lo que se deberá añadir la medida de libertad vigilada, mientras que en la regulación del CP el límite máximo aplicando la agravante de reincidencia va a ser el mismo. El siguiente ejemplo sirve para ilustrar esta afirmación:

Ejemplo nº 1: Si se trata de un adulto que comete un delito de robo con intimidación (art. 242 CP, pena

de prisión de dos a cinco años), en el que concurre la agravante de reincidencia, el Juez de lo Penal deberá imponer una pena que oscila entre los tres años y seis meses y los cinco años de prisión. Analicemos qué ocurre si es un menor de catorce años quien comete el delito de robo con intimidación. Si es la primera vez que comete este delito será de aplicación lo previsto en el art. 10.1 b), otorgando al Juez de Menores la facultad de imponer, si así lo aconseja el interés del menor, una medida de internamiento en régimen cerrado que no podrá sobrepasar los tres años de privación de libertad. Si el menor reincide en la comisión de este delito, pero ya con dieciséis o diecisiete años de edad, la LORPM establece que se trata de un supuesto de extrema gravedad y, que por lo tanto, se le deberá imponer una medida de internamiento en régimen cerrado que podrá alcanzar como máximo los seis años de privación de libertad, acompañando igualmente a dicha medida de una libertad vigilada.

La exasperación sancionadora prevista en la LORPM cuando establece la obligatoriedad en estos casos de imponer una medida de internamiento en régimen cerrado no debe sobrepasar en ningún caso el límite derivado del principio de proporcionalidad recogido en el párrafo segundo del art. 8 LORPM. Así, el Juez de Menores no podrá superar el límite de los cinco años al aplicar la medida de internamiento en régimen cerrado. Ello no evita que el salto cualitativo de la reincidencia en la LORPM sea muchísimo mayor que la prevista por el CP. Esto es así porque de la duración máxima de la medida de tres años (art. 10.1 a) LORPM) cuya imposición no es obligatoria para el Juez de Menores, pasamos a una duración máxima de seis años, mientras que en la regulación del CP el límite máximo, incluso aplicando la agravante de reincidencia, va a ser idéntico.

4.3 Planteamiento del auténtico conflicto: ¿imposición obligatoria de la medida de internamiento en régimen cerrado (art. 10.1 b) párrafos primero y segundo LORPM) cuando el CP sanciona los hechos con pena de multa?

Hasta ahora se ha analizado cómo a pesar de que la LORPM establece la imposición con carácter obligatorio de la medida de internamiento en régimen cerrado, el respeto al principio de proporcionalidad puede modular

demás supuestos previstos en el apartado anterior de este artículo, se podrá imponer la pena superior en grado cuando se causen destrucciones extensas e importantes en los bienes, obras o instalaciones sobre los que recaigan o en los supuestos de extrema gravedad”.

78 LASTRA DE INÉS, CDJ XXV-2005, 92.

79 PÉREZ MACHÍO, *El tratamiento*, 2007, 137 s.

80 Art. 66.1.3ª CP: “1. En la aplicación de la pena, tratándose de delitos dolosos, los jueces o tribunales observarán, según haya

las consecuencias jurídicas aplicadas al menor de edad y evitar con ello que sufra una sanción más gravosa que la que se le hubiera impuesto en caso de ser adulto. Sin embargo, la cuestión más conflictiva por lo que respecta al mantenimiento del principio de proporcionalidad surge en aquellos casos en los que la LORPM establece con carácter imperativo la imposición de una medida de internamiento en régimen cerrado mientras que el CP, por la comisión de idénticos hechos, prevé exclusivamente la imposición de una pena de multa. Esto acontece cuando el menor de dieciséis o diecisiete años comete un delito que en el CP lleva aparejada pena de multa, pero actúa en grupo o el menor pertenece o actúa al servicio de una banda, organización o asociación de carácter transitorio y, además, se trata de un hecho que reviste extrema gravedad, como por ejemplo el hecho de ser reincidente. Es decir, en los supuestos del art. 10.1 b) párrafos primero y segundo LORPM.

Así, esta problemática puede ser relevante atendiendo a la posible comisión por parte de menores de edad, en relación con los delitos de omisión del deber de socorro (art. 195. 1 CP), calumnias e injurias sin publicidad (arts. 206 y 209 CP), hurto de posesión (art. 236 CP), robo y hurto de uso de vehículos (art. 244 CP), usurpación pacífica, alteración de lindes y distracción de aguas (arts. 245.2, 246 y 247 CP), apropiación de cosa perdida y recibida por error (arts. 253 y 254 CP), defraudación de fluido eléctrico y análogo (art. 255 CP), uso no autorizado de equipo terminal de telecomunicación (art. 256 CP), daños (art. 263 CP), daños imprudentes en cuantía superior a 80.000 euros (art. 267 CP), delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial en distribución al por menor (arts. 270 y 274 CP), suministro de información sobre el acceso a un servicio de radiodifusión o uso de dispositivo o programa electrónico (art. 286.3 CP), daños imprudentes en el patrimonio histórico (art. 324 CP), caza o pesca ilegal (art. 335 CP), falsificación, uso y tráfico de certificados por particular (art. 399 CP), realización arbitraria del propio derecho (art.

455 CP), acusación y denuncia falsa de delito menos grave o falta (arts. 456.1.2º y 3º CP), simulación de delito (art. 457 CP), alteración de la verdad como testigo (art. 460 CP), incomparecencia a juicio en causa criminal sin reo (art. 463.1 CP), quebrantamiento de condena sin privación de libertad (art. 468.1 CP), favorecimiento a la evasión (art. 470.3 CP), calumnias e injurias al Rey y familiares (art. 491 CP), injuria y perturbación no grave a las Cortes Generales y Asambleas Legislativas (arts. 496 y 497.2 CP), calumnias a miembros de gobierno e instituciones (art. 504 CP), delitos contra la libertad de conciencia, sentimientos religiosos y el respeto a los difuntos (arts. 522 y 525 CP), ultrajes a España (art. 543 CP) y desórdenes públicos (art. 559 CP).

A través del siguiente ejemplo se evidencian las repercusiones de este conflicto:

Ejemplo nº 2: La comisión de un delito de daños por tres sujetos, mayores de edad, reincidentes y que actúan en grupo⁸¹, lleva aparejada una pena de multa de quince a veinticuatro meses, aplicando la pena prevista para el delito de daños en su mitad superior al apreciar la agravante de reincidencia. Si en lugar de ser adultos, los menores tienen 17 años, actúan en grupo y son reincidentes, según lo establecido en el art. 10.1 b), se les impondrá de forma obligatoria una medida de internamiento en régimen cerrado de uno a seis años, complementada sucesivamente con otra medida de libertad vigilada hasta un máximo de cinco años.

Ello implica que, frente a la imposición de una pena de multa siendo mayores de edad, la LORPM establece con carácter obligatorio la aplicación de una medida de internamiento en régimen cerrado y una medida de libertad vigilada⁸². La disyuntiva en este caso resulta evidente: ¿Se aplica la medida de internamiento en régimen cerrado, a pesar de conocer que, siendo mayor, por la comisión del mismo hecho se le hubiera impuesto una pena de multa? O por el contrario ¿se debe sostener que en ningún caso la medida a imponer al menor debe ser más gravosa que la que hubiera recibido en

o no circunstancias atenuantes o agravantes, las siguientes reglas: (...). 3ª. Cuando concorra sólo una o dos circunstancias agravantes, aplicarán la pena en la mitad superior de la que fije la Ley para el delito”.

81 Sin que necesariamente se den en él las características de grupo criminal establecidas en el art. 570 ter 1 CP.

82 V. la exasperación punitiva a la que llega la LORPM en los supuestos en los que se trata de la comisión del art. 577 CP, prevista en el ámbito de los delitos de terrorismo, en relación con el delito de daños previsto en el art. 263 CP. En virtud de lo establecido en el art. 10.2 b) LORPM, el Juez de Menores deberá imponer, si el menor tiene dieciséis o diecisiete años, una medida de internamiento en régimen cerrado de una a ocho años de duración, complementada en su caso por otra de libertad vigilada de hasta cinco años. Por su parte, en caso de ser adulto, la pena a imponer tal y como se establece en el art. 577 CP será la prevista para el delito de daños (art. 263 CP), pena de multa en su mitad superior. V. FEIJOO SÁNCHEZ, en: DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO/FEIJOO SÁNCHEZ/POZUELO PÉREZ, *Comentarios*, 2008, 183.

caso de ser mayor de edad, obviando de este modo el carácter imperativo del párrafo primero del art. 10.1 b)?

Existen argumentos para defender ambos planteamientos. Así, a favor de sostener que en todo caso se debe aplicar la medida de internamiento en régimen cerrado y la libertad vigilada, obviando de esta manera los límites derivados del principio de proporcionalidad, puede argüirse en primer lugar la naturaleza imperativa del art. 10.1 b) párrafos primero y segundo LORPM. Esto significa que si se procede a imponer como máximo la pena de multa en su cuantía establecida para los adultos se dejaría vacío de contenido el precepto de la LORPM. Además, puede añadirse que el párrafo segundo del art. 8 LORPM establece una comparación exclusivamente entre las medidas privativas de libertad y aquellos supuestos en los que el CP establezca una pena privativa de libertad. Así, si el legislador penal hubiera querido dotar de un contenido más amplio al principio de proporcionalidad, en el sentido de no poder imponer al menor una sanción más grave que la que le hubiese correspondido en caso de ser adulto, hubiera previsto algo similar a lo dispuesto en el arts. 6.2, 95.2 y 101 a 104 CP.

Sin embargo, creo que debe otorgarse mayor relevancia a los argumentos materiales que sostienen que en ningún caso la sanción aplicable al menor puede ser más gravosa que la que hubiera recibido en caso de ser adulto, lo que impediría en este caso la imposición de la medida de internamiento en régimen cerrado y la de libertad vigilada:

1º) Así, en primer lugar, se debe aludir a la doctrina jurisprudencial, anteriormente mencionada, establecida en las SSTC 36/1991, de 14 de febrero y 61/1998, de 17 de marzo, origen de la previsión recogida en el párrafo segundo del art. 8 LORPM. Así, en dichos pronunciamientos se establece que la imposición de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales exige que se contemplen determinados límites, como es, entre otros, la imposibilidad de establecer medidas más graves o de una duración superior a la que correspondería por los mismos hechos si de un adulto se tratase.

2º) Asimismo, el argumento de proporcionalidad entre la gravedad del hecho y la gravedad de la sanción a imponer sirve como razonamiento para evitar la imposición al menor de una medida más gravosa. Si se entiende, desde una perspectiva estricta del principio de proporcionalidad, que cuanto más grave sea el hecho cometido más grave debe ser la sanción a imponer, la imposición al menor de una medida más grave que la que le hubiera correspondido al mayor por la comisión

de hechos de idéntica gravedad supondría una quiebra evidente de este principio.

3º) Igualmente, es admisible considerar que si la medida privativa de libertad no puede superar a la pena privativa de libertad en caso de que el menor hubiera sido mayor, con más razón puede sostenerse que estará prohibido imponer una medida privativa de libertad cuando el CP no las prevea por la comisión de mismos hechos.

4º) Es posible sostener que la inclusión del adverbio “tampoco” en la redacción del art. 8 párrafo segundo excluye la posibilidad de castigar más gravemente al menor que al adulto. Así, se puede argumentar que la finalidad del legislador es evitar estos desagrazos y que lo que lleva a cabo en el referido precepto es aclarar y resaltar que, además de esto, tampoco se esta disfunción debe llevarse a cabo con las medidas privativas de libertad y las penas privativas de libertad. Sin embargo, considero que de la lectura conjunta de todo el precepto resulta más razonable sostener que la alusión a “tampoco” va referida no a la prohibición general de imponer un castigo más grave al menor, sino a lo previsto en el párrafo primero del artículo, es decir, al principio acusatorio en sentido estricto.

5º) Otra fundamentación apunta directamente al principio informador en la jurisdicción de menores que es el interés del menor. No puede desconocerse que si la finalidad en la imposición de la sanción penal juvenil debe estar orientada hacia el interés del menor, formulado desde una perspectiva responsabilizadora y educativa, nada resulta menos educativo que sentirse tratado desigual y desfavorecidamente frente a la comisión de igual conducta en caso de ser adulto.

6º) Además, hay que dejar constancia de la obligación de establecer limitaciones a los fines de prevención especial que, en ningún caso, puede convertirse en fundamento para una intervención jurídico-penal más gravosa. Así, resulta inadmisibles alegar razones de prevención especial que supongan un trato más severo frente a aquel sujeto que es más vulnerable.

7º) Finalmente, como argumento sistemático, debe hacerse referencia a la regulación de la imprudencia en el art. 9.4 LORPM. Este precepto establece lo siguiente:

“Las acciones u omisiones imprudentes no podrán ser sancionadas con medidas de internamiento en régimen cerrado”.

En relación con esta consideración, cabe señalar que, por ejemplo, la comisión de un delito de homicidio imprudente no puede ser sancionada con una medida de internamiento en régimen cerrado. Lo que resulta

un contrasentido es obligar al Juez de Menores a imponer una medida de esta naturaleza por la comisión de hechos (unos daños) que, aunque sean cometidos a título doloso, valorativamente son de menor gravedad que algunas conductas imprudentes, como por ejemplo la referida al homicidio. De ahí que la conjunción de todos estos elementos posibilite sostener que, en ningún caso, la sanción aplicable al menor puede ser más gravosa que la que le hubiera correspondido si hubiera sido un adulto.

4.4 Propuestas de solución

Se ha podido comprobar cómo el carácter imperativo en la imposición de la medida de internamiento en régimen cerrado prevista en el art. 10.1 b) apartado primero y segundo LORPM, cuya duración puede llegar los seis años de internamiento, se convierte aparentemente en la génesis de toda la problemática. Su solución podría discurrir por la modificación o sustitución de la medida impuesta por otra que no resultase comparativamente tan gravosa. Sin embargo, tal y como se recoge en el art. 10.1 LORPM, se excluye la posibilidad de modificar o sustituir la medida impuesta según lo establecido en los arts. 13⁸³ y 51.1⁸⁴ LORPM, al exigir estas variantes el cumplimiento efectivo de la medida de internamiento durante un año.

Teniendo en cuenta este hecho, como propuesta *lege lata*, aun manteniendo el carácter obligatorio de su imposición, las consecuencias pueden minimizarse atendiendo a lo previsto en el art. 40 LORPM que dispone lo siguiente:

“Suspensión de la ejecución del fallo.

1. El Juez competente para la ejecución, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o del letrado del menor, y oídos en todo caso éstos, así como el representante del equipo técnico y de la entidad pública de protección o reforma de menores, podrá acordar motivadamente la suspensión de la ejecución del fallo contenido en la sentencia, cuando la

medida impuesta no sea superior a dos años de duración, durante un tiempo determinado y hasta un máximo de dos años. Dicha suspensión se acordará en la propia sentencia o por auto motivado del Juez competente para la ejecución cuando aquélla sea firme, debiendo expresar, en todo caso, las condiciones de la misma. Se exceptúa de la suspensión el pronunciamiento sobre la responsabilidad civil derivada del delito o falta”.

Sin embargo, debe recalcar que la posibilidad de suspensión de la medida aplicada presenta un carácter muy restringido, pues se limitaría a aquellos supuestos en los que el Juez de Menores está obligado a imponer una medida de internamiento en régimen cerrado y determina que su duración no exceda de los dos años.

Resta plantearse, *lege ferenda*, si eliminando exclusivamente del texto legal la referencia a la obligatoriedad de dicha imposición desaparecería el conflicto planteado. Cabe concluir que si se eliminara el carácter obligatorio en la imposición de la medida, el Juez de Menores podría elegir la medida que se adecuara al interés del menor. Entiendo que el mantenimiento de dicho interés transcurre indefectiblemente por el hecho de no castigarle más severamente que en caso de haber sido adulto. Sin embargo, también quiero poner de manifiesto que, a pesar de esta eliminación, se mantendría igualmente otra disfunción en relación con la preservación del principio de proporcionalidad, aunque de consecuencias menos gravosas: es la relativa a la comisión de faltas para las que el CP impone exclusivamente la pena de multa, como por ejemplo las faltas de amenazas, coacciones, injurias y vejaciones leves (art. 620 CP), lesiones por imprudencia (art. 621 CP), dejación o abandono de animales (art. 631 CP), la desobediencia leve a agentes de autoridad (art. 634 CP) y carencia de seguro obligatorio (art. 636 CP)⁸⁵. En estos casos, si bien el CP prevé la aplicación de una pena de multa, en virtud de lo establecido en el art. 9.1 LORPM el Juez de lo Penal puede imponer una medida privativa

83 Art. 13 LORPM: “El Juez competente para la ejecución, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o del letrado del menor, previa audiencia de éstos e informe del equipo técnico y, en su caso, de la entidad pública de protección o reforma de menores, podrá en cualquier momento dejar sin efecto la medida impuesta, reducir su duración o sustituirla por otra, siempre que la modificación redunde en el interés del menor y se exprese suficientemente a éste el reproche merecido por su conducta”.

84 Art. 51 LORPM: Sustitución de las medidas. 1. Durante la ejecución de las medidas el Juez de Menores competente para la ejecución podrá, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, del letrado del menor o de la Administración competente, y oídas las partes, así como el equipo técnico y la representación de la entidad pública de protección o reforma de menores, dejar sin efecto aquellas o sustituirlas por otras que se estimen más adecuadas de entre las previstas en esta Ley, por tiempo igual o inferior al que reste para su cumplimiento, siempre que la nueva medida pudiera haber sido impuesta inicialmente atendiendo a la infracción cometida. Todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2 del artículo anterior y de acuerdo con el artículo 13 de la presente Ley.

85 Quedaría al margen de la posible disfunción la falta de lesiones por imprudencia (art. 621 CP) porque, a pesar de que dicha infracción lleva aparejada pena de multa en el CP, el art. 9.4 LORPM impide que las infracciones imprudentes sean sancionadas como medida de internamiento en régimen cerrado.

de libertad, como es la permanencia de fin de semana en centro, como así lo establece el art. 9.1 LORPM:

“Régimen general de aplicación y duración de las medidas.

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

1. Cuando los hechos cometidos sean calificados de falta, sólo se podrán imponer las medidas de libertad vigilada hasta un máximo de seis meses, amonestación, permanencia de fin de semana hasta un máximo de cuatro fines de semana, prestaciones en beneficio de la comunidad hasta cincuenta horas, privación del permiso de conducir o de otras licencias administrativas hasta un año, la prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez hasta seis meses, y la realización de tareas socio-educativas hasta seis meses”.

Sin embargo, se debe reconocer que en estos casos el grado de conflictividad presentado es menor. En primer lugar, porque se trata de la comisión de faltas, de menor gravedad que los delitos y que, mediante la aplicación de diversas técnicas de desjudicialización, como el desistimiento por conciliación, puede no conducir a la aplicación de ninguna sanción. En segundo lugar, debe atenderse al carácter facultativo en la imposición de la medida, por lo que el Juez de Menores no estaría obligado a imponer una medida privativa de libertad frente a la comisión de un hecho que en el CP lleva aparejada una pena de multa. Sólo en el caso de que el Juez de Menores se decidiera a imponerla se podría plantear de nuevo el mismo problema, ya que se estaría aplicando una medida privativa de libertad cuando el CP, para los mismos hechos, plantea la imposición de una sanción naturaleza menos gravosa, como es la pena de multa.

Desde una perspectiva *lege ferenda*, con la finalidad de erigir al principio de proporcionalidad como principio límite en la jurisdicción de menores creo que la solución discurre irremediabilmente por la nueva redacción del párrafo segundo del art. 8 LORPM, en el sentido siguiente:

“Tampoco podrá imponer una medida más grave o exceder su duración en ningún caso, del tiempo que hubiera durado la pena que se le hubiere impuesto por el mismo hecho, si el sujeto, de haber sido mayor de edad, hubiera sido declarado responsable, de acuerdo con el Código Penal”.

Con esta modificación se devuelve al principio de proporcionalidad todo el esplendor que, a tenor de la redacción del párrafo segundo del art. 8 LORPM y de las previsiones de los arts. 9.2 y 10.1.b) párrafos primero y segundo, parece haber quedado realmente ensombrecido. Al mismo tiempo, es imperiosa la reforma de

lo previsto en el art. 10.1 b) párrafos primero y segundo LORPM en el sentido de eliminar no sólo el carácter obligatorio de la imposición de la medida, permitiendo con ello la exigida flexibilidad en la jurisdicción de menores, sino sobre todo suprimir la identificación entre la reincidencia y los supuestos de extrema gravedad. Podría plantearse igualmente, en caso de no acogerse la anterior opción, la supresión de la limitación recogida en el art. 10 b) párrafo segundo LORPM por lo que respecta a la modificación y sustitución de la medida impuesta previstas en los arts. 13 y 51.1 LORPM, previstas actualmente a partir del cumplimiento efectivo del primer año de la medida. A través de la eliminación de esta restricción y planteando ambas posibilidades sin que se haya comenzado a ejecutar la medida de internamiento se pueden minimizar las consecuencias tan negativas derivadas de una funesta previsión legislativa.

5. Conclusiones

Bajo la denominación del principio acusatorio, el párrafo segundo del art. 8 LORPM se establece la imposibilidad de sancionar al menor con una medida privativa de libertad más gravosa que la que le hubiera correspondido en caso de ser adulto. Como se ha recogido en la exposición, resulta más correcto considerar que esta previsión hace referencia al principio de proporcionalidad. En mi opinión, la proporcionalidad no debe ser entendida en su vertiente estricta (a mayor gravedad del hecho mayor gravedad de la sanción), pero sí en el sentido de permanencia como garantía de seguridad jurídica, al impedir imponer un castigo de mayor gravedad que el correspondiente a la entidad del delito. Se trata de un límite máximo infranqueable que impide ir más allá de lo autorizado por la gravedad del hecho amparándose en necesidades preventivo especiales.

De la lectura del apartado 2º del art. 8 LORPM se deduce que la aplicación del principio de proporcionalidad no opera sobre todas las medidas previstas en el art. 7 LORPM, sino que se limita exclusivamente sobre las medidas privativas de libertad. Sin embargo, a pesar de que formalmente puede sostenerse que la limitación se reduce exclusivamente a las medidas privativas de libertad, pero no al resto de medidas, considero que desde una perspectiva material, la aplicación de los límites derivados del principio de proporcionalidad debe ser mantenida en relación con todas las medidas previstas en el art. 7 LORPM, dada su importancia como garantía de seguridad jurídica y de su mantenimiento para preservar el interés del menor. Entendidas así las cosas, el tratamiento jurídico-penal

dispensado al menor en ningún caso podrá ser más gravoso que el que le hubiera correspondido en caso de ser mayor de edad.

El art. 10 LORPM establece en algunos supuestos la obligación de imponer al menor una medida privativa de libertad, en concreto una medida de internamiento en régimen cerrado. La cuestión que se plantea en este caso es delimitar el alcance del principio de proporcionalidad cuando, ante la comisión de idéntico hecho, el CP no prevé la imposición de una pena privativa de libertad para el adulto. El conflicto más evidente surge en aquellos casos en los que establece con carácter imperativo la imposición de una medida de internamiento en régimen cerrado mientras que el CP, por la comisión de idénticos hechos, prevé exclusivamente la imposición de una pena de multa. Esto acontece cuando el menor de dieciséis o diecisiete años comete un delito que en el CP lleva aparejada pena de multa, pero actúa en grupo o el menor pertenece o actúa al servicio de una banda, organización o asociación de carácter transitorio y, además, se trata de un hecho que reviste extrema gravedad, como por ejemplo el hecho de ser reincidente [(art. 10.1 b) párrafos primero y segundo LORPM]. En mi opinión debe otorgarse mayor relevancia a los argumentos materiales que sostienen que en ningún caso la sanción aplicable al menor puede ser más gravosa que la que hubiera recibido en caso de ser adulto, lo que impediría en este caso la imposición de la medida de internamiento en régimen cerrado y la de libertad vigilada.

Como propuesta de solución al conflicto, *lege lata* se plantea la suspensión de la medida privativa de libertad según lo previsto en el art. 40 LORPM, siempre y cuando la duración de la medida no exceda de los dos años. *Lege ferenda*, se postula la eliminación del carácter obligatorio de la imposición de la medida de internamiento en régimen cerrado y la supresión de la limitación recogida en el art. 10 b) párrafo segundo LORPM por lo que respecta a la modificación y sustitución de la medida impuesta previstas en los arts. 13 y 51.1 LORPM. Al mismo tiempo, es imperiosa la reforma de lo previsto en el art. 10.1 b) párrafos primero y segundo LORPM en el sentido de suprimir la identificación entre la reincidencia y los supuestos de extrema gravedad. Finalmente, para que el principio de proporcionalidad se configure como verdadero límite en la aplicación de las medidas en la jurisdicción de menores se propone una nueva redacción del art. 8 LORPM: “Tampoco podrá imponer una medida más grave o exceder su duración en ningún caso, del tiempo que hubiera durado la pena que se le hubiere impuesto por el mismo hecho, si

el sujeto, de haber sido mayor de edad, hubiera sido declarado responsable, de acuerdo con el Código Penal”.

6. Bibliografía

- ABEL SOUTO, Miguel: *La reforma de 25 de noviembre de 2003 en materia de principio acusatorio y la proporcionalidad garantizada por la Ley penal del menor*, en: EPCrim 24 (2002), 7-57.
- *Los menores, el principio acusatorio y la proporcionalidad penal en la Ley Orgánica 5/2000*, en: AP 43 (2003), 1071-1099.
- APARICIO BLANCO, Prudencio: *Política criminal y delincuencia juvenil (Reflexiones sobre el proyecto de Ley de responsabilidad penal de los menores)*, en: Política Criminal, CDJ IV-1999, 149-231.
- BUENO ARÚS, Francisco: *La Ley de responsabilidad penal del menor: compromisos internacionales, análisis de la imputabilidad penal y la respuesta penal*, en: La Ley de Responsabilidad penal del menor: Situación actual, CDJ XXV-2005, 283-338.
- CARMONA SALGADO, Concepción: *Algunas consideraciones críticas sobre las sucesivas reformas de la legislación penal de menores a partir de la LO 5/2000. La nueva Ley 8/2006*, en: LLP 45 (2008), 57-65.
- CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta: *Las medidas en el derecho penal de menores*, en: GONZÁLEZ CUSSAC/CUERDA ARNAU (coords.), **Estudios** sobre la responsabilidad penal del menor, Universitat Jaume I, 2006, 121-160.
- **La medida de internamiento** en el Derecho penal del menor, Tirant lo Blanch, 2009.
- CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta/COLÁS TURÉGANO, Asunción: **La responsabilidad penal del menor de edad**, Tecnos, 2002.
- COLÁS TURÉGANO, Asunción: *Derecho penal de menores*, Tirant lo Blanch, 2011.
- CORCOY BIDASOLO, Mirentxu/CARDENAL MONTRAVETA, Sergio/BESIO, Martín: *De las organizaciones y grupos criminales*, en: CORCOY BIDASOLO/MIR PUIG (dirs.), **Comentarios** al Código Penal. Reforma LO 5/2010, 2011, 1113-1118.
- CUERDA ARNAU, María Luisa: *Consideraciones político-criminales sobre las últimas reformas de la Ley Penal del Menor*, en: RP 22 (2008), 21-32.
- DE URBANO CASTRILLO, Eduardo/DE LA ROSA CORTINA, José Miguel: **La responsabi-**

- lidad penal** de los menores: (adaptada a la LO 8/2006, de 4 de diciembre), Aranzadi, 2007.
- DE LA ROSA CORTINA, José Miguel: *Novedades en el sistema de justicia juvenil sobre las medidas imponibles y sus reglas de determinación*, en: LLP 36 (2007), 48-68.
 - FALCÓN CARO, María del Castillo: *Intervención penal y menor de edad*, en: CPC 96 (2008), 45-72.
 - FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, en: DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO/FEIJOO SÁNCHEZ/POZUELO PÉREZ, **Comentarios** a la ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores, 2008, 177-186. Comentario al artículo 8.
 - GARCÍA RIVAS, Nicolás: *Organizaciones y grupos criminales*, en: ÁLVAREZ GARCÍA/GONZÁLEZ CUSSAC (dirs.), **Comentarios** a la Reforma Penal de 2010, 2010, 503-520.
 - GÓMEZ RIVERO, María del Carmen, en: GÓMEZ RIVERO (coord.), *Comentarios a la Ley penal del Menor (Conforme a las reformas introducidas por la LO 8/2006)*, 2007, 144-158. Comentario al artículo 10.
 - GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis/CUERDA ARNAU, María Luisa: *Derecho penal de menores: criterios generales de aplicación de las medidas*, en: GONZÁLEZ CUSSAC/TAMARIT SUMALLA/GÓMEZ COLOMER (coords.), **Justicia penal de menores** y jóvenes (Análisis sustantivo y procesal de la nueva regulación), 2002, 79-128.
 - JIMÉNEZ SEGADO, Carmelo: ¿Puede prescindirse de la tutela penal frente a la delincuencia juvenil? (sobre la reforma de la ley penal del menor), en: LL 4 (2006), 1425-1433.
 - LANDROVE DÍAZ, Gerardo: *Derecho penal de menores*, Tirant lo Blanch, 2001.
 - Introducción al Derecho penal de menores, 2ª, Tirant lo Blanch, 2007.
 - LASTRA DE INES, Almudena: *Análisis legal y reglamentario de las medidas privativas de libertad. Especial consideración a las condiciones de internamiento en centro cerrado*, en: La Ley de Responsabilidad penal del menor: *Situación actual*, CDJ XXV-2005, 79-107.
 - LLOBET ANGLÍ, Mariona: *Organizaciones y grupos criminales* (arts. 570 bis, 570 ter y 570 quater CP), en: SILVA SÁNCHEZ (dir.), **Lecciones** de Derecho penal parte especial, 3ª, 2011, 401-404.
 - LLORIA GARCÍA, Paz, en: GÓMEZ RIVERO (coord.), *Comentarios a la Ley penal del Menor (Conforme a las reformas introducidas por la LO 8/2006)*, 2007, 86-102. Comentario al artículo 5.
 - MARTELL PÉREZ-ALCALDE, Cristóbal/QUINTERO GARCÍA, Débora: *De las organizaciones y grupos criminales* (arts. 570 bis, 570 ter y 570 quater), en: QUINTERO OLIVARES (dir.), **La Reforma Penal** de 2010: Análisis y comentarios, 2010, 357-367.
 - MUÑOZ CONDE Francisco/GARCÍA ARÁN, Mercedes: *Derecho Penal PG*, 8ª, Tirant lo Blanch, 2010.
 - NIETO GARCÍA, Luis Carlos: *La Ley de responsabilidad penal de menores. Valoración de sus reformas y del actual anteproyecto*, en: La Ley de Responsabilidad penal del menor: *Situación actual*, CDJ XXV-2005, 15-38.
 - ORNOSA FERNÁNDEZ, María Rosario: *Derecho penal de menores*, 3ª, Bosch, 2005.
 - PÉREZ MACHÍO, Ana Isabel: **El tratamiento jurídico-penal de los menores infractores**, Tirant lo Blanch, 2007.
 - SANZ HERMIDA, Ágata María, en: GÓMEZ RIVERO (coord.), *Comentarios a la Ley penal del Menor (Conforme a las reformas introducidas por la LO 8/2006)*, 2007, 125-132. Comentario al artículo 8.
 - SOLA RECHE, Esteban/SERRANO SOLÍS, Miguel: *Presente y futuro de la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores (Aspectos problemáticos de la aplicación de la Ley Penal del Menor)*, en: SOLA RECHE/HERNÁNDEZ PLASENCIA/FLORES MENDOZA/GARCÍA MEDINA (eds.), *Derecho penal y psicología del menor*, 2007, 3-24.
 - TAMARIT SUMALLA, Josep María: *El nuevo Derecho penal de menores: ¿creación de un nuevo sistema penal menor?*, en: RP 8 (2001), 71-89.
 - *Principios político-criminales y dogmáticos del sistema penal de menores*, en: GONZÁLEZ CUSSAC/TAMARIT SUMALLA/GÓMEZ COLOMER (coords.), **Justicia penal de menores** y jóvenes (Análisis sustantivo y procesal de la nueva regulación), 2002, 13-45.
 - VIANA BALLESTER, Clara: *La responsabilidad penal del menor: naturaleza y principios informadores*, en: RP 13 (2004), 151-184.
 - VIVES ANTÓN, Tomás S./CARBONELL MATEU, Juan Carlos: en VIVES ANTÓN/ORTS BERENGUER/CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho Penal PE*, 3ª, Tirant lo Blanch, 2010. ponsa