

31

Enero 2013

Revista Penal

Enero 2013

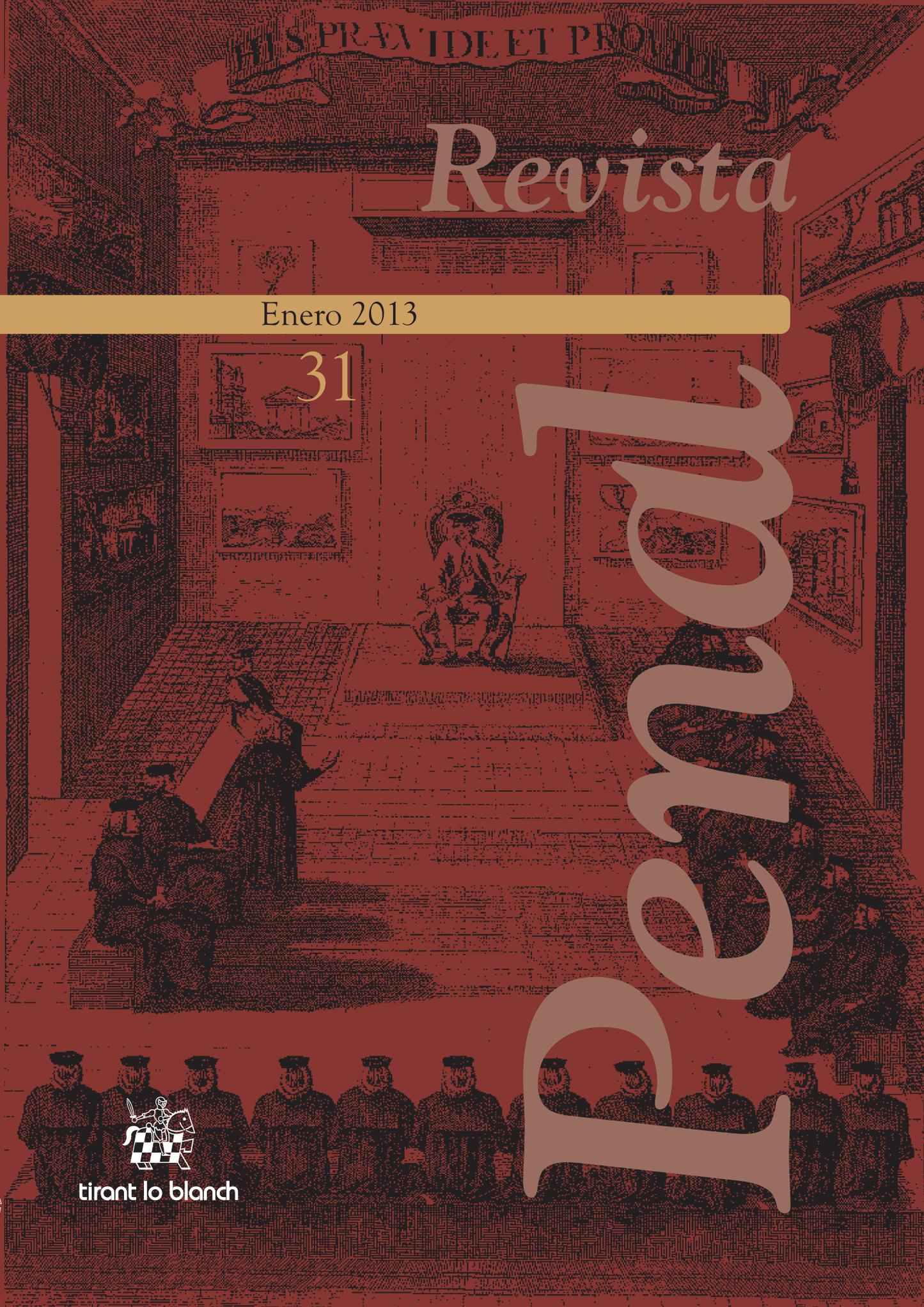
31

Revista

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>María Soledad Gil Nobajas</i> .....	100
– El delito de tráfico ilegal de órganos humanos, por <i>M<sup>o</sup> 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
<b>Sistemas penales comparados:</b> Detenciones ilegales (Illegal detention) .....	262
<b>Bibliografía:</b> Notas bibliográficas, por <i>Francisco Muñoz Conde y María Luisa Escalada</i> .....	326



Universidad  
de Huelva



UNIVERSIDAD  
DE SALAMANCA



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 Piedecosas. 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 Victor 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.S.: 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](mailto:atencioncliente@tirant.com). En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en [www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa](http://www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa) nuestro Procedimiento de quejas.



## La medida de internamiento en régimen cerrado en la LORPM ¿Estamos ante un Derecho penal de la seguridad?

Inés Olaizola Nogales

Revista Penal, n.º 31. - Enero 2013

### Ficha técnica

**Autora:** Inés Olaizola Nogales

**Adscripción institucional:** Catedrática de Universidad. Universidad Pública de Navarra.

**Sumario:** I. Objeto de estudio. II. La evolución de los principios rectores de la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor (LORPM). 1. La LO 5/2000. 2. La LO 7/2000. 3. La LO 15/2003. 4. La LO 8/2006. 5. Valoración crítica de la evolución expuesta. II. Supuestos de internamiento en régimen cerrado conforme a la regulación actual. 1. Consideraciones generales. 1.1. Las medidas de internamiento: regulación legal y clases. 1.2. Carácter educativo de la medida de internamiento en régimen cerrado. 1.3. Eficacia preventiva del internamiento en régimen cerrado. 2. Regulación de los supuestos de internamiento en régimen cerrado: arts. 9 y 10 LORPM. 2.1. Art. 9 LORPM. 2.1.1. Primer supuesto: hechos tipificados como delito grave por el CP o por las Leyes Penales Especiales. 2.1.2. Segundo supuesto: delitos menos graves en cuya ejecución se haya empleado violencia o intimidación. 2.1.3. Tercer supuesto: delitos cometidos en grupo o que el menor pertenezca a una banda, organización o asociación, incluso de carácter transitorio. 2.2. El art. 10 LORPM. 2.2.1. Primer apartado: reglas especiales para la aplicación y la duración de las medidas. 2.2.2. Segundo apartado: supuestos de extrema gravedad. 2.2.3. Supuestos de muy extrema gravedad. IV. Conclusión. V. Bibliografía.

**Abstract:** The study consists of two parts. The first part reviews the successive reforms that have modified the LORPM (Organic Law on Juvenile Criminal Responsibility) since 2000 and have involved fundamental changes to the principles behind the law. These changes have meant the introduction of general-preventive criteria and retributive criteria to the detriment of the criteria of special prevention and overriding the principle of the best interest of the child that the first draft of Organic Law 5/2000 proclaimed. The second part analyses those situations in which juvenile judges can or must impose detention in secure centres. The basis of the measure, its educational effectiveness and whether it is justified or not in each case are analysed. Those cases in which the judge is obliged to impose the measure of detention in secure centres is particularly questioned.

**Key Words:** Juvenile, General prevention, Retribution, Detention, Best interest of the child, Security

**Resumen:** El trabajo consta de dos partes. En la primera parte se repasan las sucesivas reformas que han ido modificando la LORPM desde el año 2000 hasta la actualidad y que han generado cambios esenciales en los principios inspiradores de la misma. Estos cambios han supuesto la introducción de criterios preventivo-generales y criterios retributivos en detrimento de los criterios de prevención especial y del principio superior de interés del menor que proclamaba la redacción primera del de la LO 5/2000. En la segunda parte se analizan los supuestos en los que el juez de menores puede o debe imponer la medida de internamiento en régimen cerrado. Se estudia el fundamento de la medida, su eficacia educativa, y si está justificada o no su imposición en cada caso. Se ponen en cuestión especialmente los supuestos en los que la imposición de la medida de internamiento en régimen cerrado es obligatoria para el juez.

**Palabras clave:** Menor, Prevención general, Retribución. Internamiento, Interés del menor, Seguridad

**Observaciones:** El presente trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación financiado por el Gobierno de Navarra *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 (2008-2011)*, del que soy investigadora principal. También en los Proyectos SEJ 2007-60312/JURI y DER2010-16558, subvencionados ambos por el MCEI y en el Proyecto LE066A11-1, subvencionado por la Junta de Castilla y León, dirigidos todos ellos por el Prof. Dr. D. Miguel Díaz y García Conlledo y de cuyo equipo investigador formo parte.

**Recepción del artículo:** 30-07-2012

**Evaluación favorable:** 5-09-2012

## I. Objeto de estudio

Los casos en los que el juez puede o debe imponer la medida de internamiento han ido aumentando tras las sucesivas reformas experimentadas por la LO 5/2000. Habrá pocas normas que hayan sufrido tantas reformas en un espacio tan corto de tiempo (la última reforma se produjo en diciembre de 2006), pero, sobre todo, habrá pocas reformas que hayan cambiado tanto una norma. A lo largo de este trabajo trataré de mostrar cómo queda muy poco, no sólo de la letra, sino, sobre todo, del espíritu y de los principios que inspiraron la LO 5/2000. La legislación de menores, a través de las sucesivas reformas, ha ido introduciendo criterios preventivo-generales y retributivos en detrimento de los criterios de prevención especial y del principio superior de interés del menor que proclamaba la LO 5/2000. Ello se nota fundamentalmente en la ampliación de supuestos en los que es posible, incluso obligatorio para el juez, decretar la medida de internamiento en régimen cerrado, y en la ampliación de la duración de la medida.

En mi opinión estamos ante un ejemplo de lo que DÍEZ RIPOLLÉS llama Derecho penal de la seguridad<sup>1</sup> y esto me parece especialmente grave cuando se habla de delincuencia de menores.

La evolución de los principios rectores de la LORPM

Si se analizan las Exposiciones de Motivos que se han ido sucediendo desde la LORPM 5/2000, pasando por la LO 7/2000, que se aprobó antes de que entrara en vigor la primera, la LO 15/2003 y por último la LO 8/2006, podremos detectar cómo van modificándose

los principios que rigen o en los que se inspira la normativa reguladora de la responsabilidad penal de menores, y, por ende, va cambiando dicha normativa para adaptarse a estos nuevos principios. Resulta importante este análisis para comprender la regulación que de la medida del internamiento en régimen cerrado recoge en la actualidad la LORPM.

### 1. La LO 5/2000

De la Exposición de Motivos de la LO 5/2000 se deduce que la responsabilidad penal de los menores presenta frente a la de adultos un carácter primordial de intervención educativa en interés del menor. Se rechaza expresamente como fines de esta norma el de retribución y el de prevención general negativa, por considerar que puede ser contraproducente para el menor y su interés<sup>2</sup>. El criterio de proporcionalidad sólo servirá de límite de la medida a imponer, puesto que conforme al art. 8 la duración de las medidas privativas de libertad —internamiento y permanencia de fines de semana— no podrán exceder del tiempo que hubiera durado la pena privativa de libertad que se le hubiera impuesto por el mismo hecho al sujeto, de haber sido mayor de edad. A pesar de este reconocimiento de principios que hace la Exposición de Motivos, la LO 5/2000, en su art. 9.5, ya disponía que, cuando los hechos revistieran *extrema gravedad*, el juez *debía* imponer una medida de internamiento de régimen cerrado de 1 a 5 años de duración, complementada sucesivamente por otra medida de libertad vigilada con asistencia educativa hasta un

<sup>1</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, *RECPC 2005*, 9 ss. En el mismo sentido respecto al Derecho penal de menores, GARCÍA PÉREZ, *Política Criminal 5* (2008), 15 ss.

<sup>2</sup> "...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 aquellos que pudiera tener un efecto contraproducente para el menor..."

máximo de otros 5 años. Se recogían como *supuestos de extrema gravedad aquellos en los que se apreciara reincidencia y, en todo caso, los delitos de terrorismo, el asesinato u homicidio doloso y las agresiones sexuales*. Esta consideración de la reincidencia como un supuesto en todo caso de “extrema gravedad” se consideraba censurable, porque la reincidencia podía darse respecto de delitos poco graves y porque se trataba de una concesión a la idea de retribución<sup>3</sup>. No obstante esta disposición contenida en el art. 9.5 marcaba el techo punitivo de la LORPM.

### 2. La LO 7/2000

Antes de que entrara en vigor la LO 5/2000 se produce la primera reforma de la misma por LO 7/2000. Con esta reforma se inicia un cambio de orientación de los principios rectores de la normativa reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Esta LO tiene como finalidad la erradicación de aquellas conductas terroristas que impiden el desarrollo normal de la convivencia democrática. Hace especial hincapié en el “terrorismo urbano”, también denominado *kale borroka*, que define como “actuaciones que persiguen atemorizar a toda una población o colectivo para favorecer los fines terroristas”. En esta línea introduce la Disposición Adicional cuarta que modifica la LO 5/2000, tendiendo a principios preventivo-generales y retributivos. Se pueden enumerar las modificaciones más relevantes introducidas por esta Disposición:

1) El juez, en los delitos previstos en los arts. 138, 139, 179, 180, 571-580, impondrá, cuando el responsable tenga entre 14 y 16 años, una medida de internamiento en régimen cerrado de 1 a 4 años complementada, en su caso, con una medida de libertad vigilada hasta un máximo de 3 años, sin que pueda hacerse uso de lo dispuesto en los arts. 14 y 51.1 (sustitución y modificación de medidas) hasta que haya transcurrido el primer año efectivo de la medida de internamiento. Cuando el menor tuviera entre 16 y 18 años la medida de internamiento en régimen cerrado será de 1 a 8 años, complementada, en su caso, por una medida de libertad

vigilada hasta un máximo de 5 años. En este supuesto sólo podrá hacerse uso de las facultades de modificación, suspensión o sustitución de la medida impuesta a la que se refieren los arts. 14, 40 y 51.1 cuando haya transcurrido, al menos, la mitad de la duración de la medida de internamiento impuesta. Se observa una clara elevación de los límites superiores del internamiento en régimen cerrado, y una quiebra del principio de flexibilidad, puesto que el juez ya no podrá optar, tal y como indica el art. 7.3 LORPM, entre varias medidas, sino que está obligado a imponer una medida de internamiento en régimen cerrado. Por si esto fuera poco, se incluyen periodos de seguridad en los que la medida no podrá ser objeto de modificación, de sustitución, ni de suspensión. Esta reforma implicó la creación de un subsistema excepcional ajeno por completo a los principios inspiradores de la LO 5/2000, dentro de la propia norma y fue criticada de manera unánime por la doctrina, por considerar que dicha reforma atendía exclusivamente a principios retributivos y de prevención general<sup>4</sup>.

2) Se incorpora al catálogo de medidas la de Inhabilitación absoluta, que el juez deberá imponer en los supuestos de los delitos previstos en los arts. 571-580 por un tiempo superior entre 4 y 15 años al de la duración de la medida privativa de libertad. Esta medida de inhabilitación absoluta carece de contenido educativo alguno<sup>5</sup>.

3) Se crea un nuevo órgano judicial: el Juzgado Central de Menores de la Audiencia Nacional, que será competente para conocer de los delitos de terrorismo de los arts. 571-580. Además, los recursos de apelación contra las decisiones de este juzgado serán conocidos por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. Esta reforma también se critica por parte de la doctrina por entender que supone un etiquetamiento como terroristas de menores de 14 a 18 años con la dificultad que ello produce en un posterior tratamiento rehabilitador. Además no se tiene en cuenta la diferente gravedad y relevancia de las conductas tipificadas en los arts. 571-580, y, por último, la competencia de este juzgado im-

3 TAMARIT SUMALLA, *RP* 8 (2001), 87; CÓRDOBA RODA, *Revista Jurídica de Catalunya* 2 (2002), 62; GARCÍA RIVAS, *RP* 16 (2005), 100 ss.

4 ETXEBARRIA ZARRABEITIA, *ICADE* 53 (2001), 104 ss.; BERNUZ BENEITEZ, *RECPC* 2005, 12 ss.; GARCÍA RIVAS, *RP* 16 (2005), 103 ss.; GARCÍA PÉREZ, *CDJ* 2005-XXV, 410 ss.; *Política Criminal* 5 (2008), 2 ss.; NIETO GARCÍA, *CDJ* 2005-XXV, 23 ss.; OSORIO FERNÁNDEZ, *Comentarios*, 2005, 574 ss.; BARQUÍN SANZ/CANO PAÑOS, *RDPC* 18 (2006), 66 ss.; BUENO ARÚS, *RDPP* 16 (2006), 63 ss.; GÓMEZ RIVERO, en: GÓMEZ (dir.), *Comentarios*, 2007, 135 s.; en: ANARTE (dir.), *Tendencias*, 2010, 99 s.; CUERDA ARNAU, *RP* 22 (2008), 23 s.

5 Así, entre otros, BOLDOVA PASAMAR, en: JORGE/FEIJOO, *Nuevo Derecho penal de menores*, 2008, 101; GÓMEZ RIVERO, GÓMEZ RIVERO, en: GÓMEZ (dir.), *Comentarios*, 2007, 135 s.; en: ANARTE (dir.), *Tendencias*, 2010, 99 s.

plica una ruptura del principio general de competencia territorial de los jueces de menores, conforme al cual, el juez de menores competente para conocer de delitos cometidos por los menores será el juez del lugar en el que se hubieran cometido los hechos presuntamente delictivos<sup>6</sup>.

La LO 7/2000 supuso para muchos autores, en mi opinión con razón, la desvirtuación del sistema. Probablemente, en el nuevo contexto en el que nos encontramos, en relación al fin de la violencia terrorista, convendría revisar la legislación de menores en aras a eliminar la legislación excepcional que, vinculada al problema terrorista, se encuentra en la Ley.

En esta LO 7/2000 se introdujo también una Disposición Adicional quinta que ordenaba al Gobierno en un plazo de cinco años la remisión al Congreso de un informe en el que se analizaran y evaluaran los efectos y las consecuencias de la aplicación de la Disposición Adicional cuarta. Creo que el plazo marcado de cinco años podía resultar corto, puesto que podían darse internamientos de hasta 8 años, pero antes del plazo se volvió a reformar la LO 5/2000, por LO 15/2003.

### 3. La LO 15/2003

La reforma operada por la LO 15/2003 trae consigo la introducción de la acusación particular en el procedimiento, a través de un nuevo art. 25. La diferencia con la LO 5/2000 es que ésta optaba por una intervención limitada. Así, se permitía a la acusación tener vista de las actuaciones, que se le notificasen las diligencias, podía proponer pruebas que referidas al hecho delictivo, salvo las referentes a las circunstancias familiares, psicológicas, educativas y personales del menor y

podía valorar la prueba practicada, pero no tenía posibilidad de solicitar ningún tipo de medida. La LO 15/2003 incorpora sin límites la figura de la acusación particular, de forma equivalente a su configuración en el Derecho penal de adultos. Podemos plantearnos si esta incorporación afecta a los principios inspiradores de la LO 5/2000 y la respuesta es positiva. Siguiendo a RÍOS MARTÍN<sup>7</sup> podemos alegar varios argumentos en contra de la incorporación ilimitada de la acusación particular: a) la acusación puede oponerse a procesos de protección que el fiscal considere más adecuados desde el punto de vista educativo, tales como la conciliación, la mediación o el archivo de la causa, b) pueden verse perjudicados aspectos íntimos del menor y de su familia que se encuentren incorporados al informe del equipo técnico, c) resulta ineficaz porque en los casos más graves y relevantes el juez siempre ha impuesto la sanción más elevada dentro del marco legal, d) puede dificultar la institución jurídica de la conformidad y e) la acusación particular limitada no perjudica los derechos de la víctima en tanto en cuanto pueda intervenir en las actuaciones que tuviesen que ver con los hechos. Todas estas razones parecen apoyar la idea de que la intervención de la acusación particular no favorece el superior interés del menor<sup>8</sup>, sino que más bien esta reforma responde a un rasgo que caracteriza la moderna Política Criminal: la utilización del Derecho Penal para resarcir a la víctima.

Otra cuestión que merece la pena destacar de la LO 15/2003 es la Disposición Adicional Sexta, conforme a la cual, una vez evaluada la aplicación de esta ley orgánica, el Gobierno procederá a impulsar las medidas orientadas a sancionar con más firmeza y eficacia

6 ETXEBARRRIA ZARRABEITIA, *ICADE* 53 (2001), 104 ss.; OSORIO FERNÁNDEZ, *Comentarios*, 2005, 574 ss.; GARCÍA RIVAS, *RP* 16 (2005), 104; COLÁS TURÉGANO, en: GONZÁLEZ/CUERDA (coords.), *Estudios sobre la responsabilidad penal del menor*, 2006, 92 ss.; En este sentido se manifestó LANDA GOROSTIZA en una conferencia impartida en la Universidad de Burgos el 3-3-2004: "El régimen procesal excepcional incide directamente en el terreno sustantivo pues la determinación de la competencia de la Audiencia Nacional remata la imposibilidad de un trabajo educativo con un mínimo de garantías por el alejamiento radical del menor de su entorno de socialización, lo que permite vaticinar no ya el fracaso de un mínimo de progresión en el proceso de interiorización de normas en los jóvenes implicados, sino el efecto perverso de consolidación de carreras criminales y exacerbación del legado ideológico que embrionariamente pudieran presentar, por las consecuencias de victimización y elevación a mártir de la causa en los ambientes de procedencia a los que acabará regresando tras el aislamiento punitivo". Otras reformas de la Disposición Adicional cuarta que también suponen excepciones a la normativa general serían 1) la que hace referencia a los plazos de prescripción de los delitos de terrorismo, que no serán los señalados en el art. 15 de la LORPM, sino los que recoge el CP, y 2) la referida a la preferencia del Juzgado Central de menores respecto a otros Juzgado de menores en la ejecución de medidas.

7 RÍOS MARTÍN, *CDJ* 2005-XXV, 387 ss.; ALONSO DE ESCAMILLA, *La Ley penal, 2004*, 109 relaciona la introducción de la acusación particular con el denominado caso "Sandra Palo". En este caso varios menores golpearon, desnudaron y violaron repetida y brutalmente a Sandra Palo (también menor). Cuando acabaron de violarla decidieron matarla, así que empotraron el coche contra ella y la atropellaron pasándola por encima más de diez veces. A continuación y para asegurarse de que estaba muerta, y no dejar huellas, la quemaron. Todos los menores implicados fueron condenados a las máximas medidas que eran posibles según su edad.

8 BUENO ARÚS, *RDPP* 16 (2006), 70.

los hechos delictivos cometidos por personas que, aun siendo menores, revistan especial gravedad, tales como los previstos en los artículos 138, 139, 179 y 180 del Código Penal.

En mi opinión resulta criticable que se parta de la realización de una evaluación y no se diga a continuación que se actuará en consecuencia, dependiendo del resultado de la evaluación, sino que se da por hecho que la consecuencia de tal evaluación va a ser un mayor rigor punitivo.

#### 4. La LO 8/2006

La reforma 8/2006 recoge el testigo de la Disposición Adicional Sexta de la LO 15/2003 y actúa en consecuencia.

La Exposición de Motivos de la LO 8/2006 es bastante clara en cuanto a los principios en los que se inspira esta reforma. En primer lugar señala que la reforma trata de cumplir el mandato legal señalado en la Disposición Adicional Sexta de la LO 15/2003. A continuación indica que las estadísticas revelan un aumento considerable de delitos cometidos por menores, lo que ha causado gran preocupación social, y ha contribuido a desgastar la credibilidad de la Ley por la sensación de impunidad de las infracciones más cotidianas cometidas por estos menores, como son los delitos y faltas patrimoniales. Sin embargo, reconoce que no han aumentado significativamente los delitos de carácter violento.

Sobre estos motivos aludidos por la Exposición de Motivos se pueden señalar algunas cuestiones. La primera es que no consta que se hayan hecho estadísticas ni ninguna evaluación que revele ese aumento de delitos al que se alude. Así lo ha señalado la mayoría de la doctrina, que, sin embargo, se basa en un estudio realizado por el Instituto de Criminología de Málaga en el que precisamente se demuestra que no se ha producido tal aumento<sup>9</sup>.

En segundo lugar, tampoco se comprende bien por qué, si se reconoce expresamente que el número de delitos violentos no ha aumentado, la reforma se centra

precisamente, tal y como se verá a continuación, en incrementar la duración de la medida de internamiento para los delitos graves o en que dicha medida se pueda ejecutar en prisiones de adulto. Como afirma GARCÍA PÉREZ, si son los menores causantes de hechos violentos los principales destinatarios de este tipo de medidas y se constata que no crecen los comportamientos violentos, cabría deducir que ello sucede gracias a la actual regulación, que ha logrado contenerlos, y, en consecuencia, no parecería ni lógica ni necesaria su modificación<sup>10</sup>.

En tercer lugar, se debe resaltar la matización que hace la Exposición de Motivos del principio del interés superior del menor. Se declara que “el interés superior del menor, que va a seguir primando en la Ley, es perfectamente compatible con el objetivo de pretender una mayor proporcionalidad entre la respuesta sancionadora y la gravedad del hecho cometido, pues el sistema sigue dejando en manos del juez, en último caso, la valoración y ponderación de ambos principios de modo flexible y a favor de la óptima individualización de la respuesta. De otro modo —continúa la Exposición— nos llevaría a entender de modo trivial que el interés superior del menor es no sólo superior, sino único y excluyente frente a otros bienes constitucionales a cuyo aseguramiento obedece toda norma punitiva o correccional”. Se debe señalar que el informe remitido por el Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de reforma (Informe de 23 de noviembre de 2005) afirmaba que la reforma no suponía una alteración de los principios rectores de la jurisdicción de menores, tal y como fueron concebidos e implantados en la LORPM. Se produjo, sin embargo, un voto particular por parte de los vocales Sres. Salinas Molina, Pantoja García, López Tena y Comas D’Argemir en el que se indicaba que las modificaciones suponían un cambio de modelo político-criminal, pues se sustentaban en un incremento de los principios punitivos en detrimento de las medidas de reinserción social esenciales en una Ley de esta naturaleza.

9 BARQUÍN SANZ/CANO PAÑOS, *RDPC* 18 (2006), 79; BUENO ARÚS, *RDPP* 16 (2006), 63 s.; NIETO GARCÍA, *CDJ* 2006-XXII, 357; CARMONA SALGADO, *La Ley Penal* 45 (2008), 59; GARCÍA PÉREZ, *Política Criminal* 5 (2008), 18 ss. Este último autor muestra una serie de datos donde, a partir de estadísticas oficiales del Ministerio del Interior, se pone de manifiesto que no se ha producido tal incremento de la delincuencia de menores. MORILLAS CUEVA, en: BENÍTEZ/CRUZ BLANCA (dirs.), *El Derecho Penal de menores*, 2010, 48 ss. En el Juzgado de menores de Navarra, hemos realizado un estudio empírico (amparado por un Proyecto de Investigación financiado por el Gobierno de Navarra y del que soy investigadora principal) que comprende el período 2005-2009, en el que se han analizado todas las sentencias y los autos dictados por la jueza de menores, con el objetivo de estudiar exhaustivamente la delincuencia de menores en Navarra. Los resultados se publicarán próximamente pero puedo adelantar que en este período, en la Comunidad Foral, no hemos detectado ningún aumento relevante del número de delitos cometidos

10 GARCÍA PÉREZ, *Política Criminal* 5 (2008), 11.

En mi opinión, se produce un giro de 180 grados entre esta declaración y la declaración de principios que hacía la originaria LO 5/2000. En la reforma, el principio de proporcionalidad se declara como posible retribución por el hecho cometido, en tanto que en la LO 5/2000 la proporcionalidad era un límite conforme al cual las medidas privativas de libertad no podían superar el tiempo que hubiera durado la pena en el caso de que sujeto hubiera sido mayor de edad<sup>11</sup>. Esto provoca un cambio sustancial en la orientación de la Ley, como efectivamente se comprobará al analizar la normativa. Aunque ello se declara compatible con el interés superior del menor, porque será el juez (principio de flexibilidad) quien, valorando cada caso, otorgue la última respuesta, esto, como se verá a continuación, no es cierto en todos los casos, puesto que en determinados supuestos el juez estará obligado a imponer determinadas medidas, periodos de seguridad, etc.<sup>12</sup>.

Las reformas más relevantes introducidas por la LO 8/2006 son: 1) Ampliación de los supuestos en los que se pueden imponer medidas de internamiento en régimen cerrado; 2) Ampliación de la duración de las medidas, según la entidad de los delitos y la edad de los menores; 3) Supresión definitiva de la posibilidad de aplicar esta ley a los mayores de 18 y menores de 21; 4) Se añade una nueva medida consistente en la prohibición al menor infractor de aproximarse o comunicarse con la víctima u otras personas; 5) Los que alcancen la edad de 18 años podrán terminar de cumplir la medida de internamiento en un Centro Penitenciario de adultos (potestad del Juez) y los que alcancen los 21 la cumplirán en un Centro Penitenciario de adultos; 6) Se añade una nueva causa para adoptar una medida cautelar: el riesgo de atentar contra bienes jurídicos de la víctima; 7) Se establece una nueva medida cautelar consistente

en el alejamiento; 8) Ampliación de la medida cautelar de internamiento; 9) Se revisa el régimen de imposición, refundición y ejecución de las medidas; 10) Se refuerza especialmente la atención y reconocimiento de los derechos de las víctimas.

En este trabajo se analizarán detalladamente las dos primeras reformas mencionadas.

Valoración crítica de la evolución expuesta

Sin duda alguna la conclusión fundamental que se extrae de la evolución expuesta es que se ha producido un endurecimiento paulatino de la normativa penal de menores. Pareciera que la razón fundamental debería ser la poca eficacia de la norma en el sentido de que hubiera aumentado la tasa de delincuencia, pero ya se ha señalado que no es así. Conforme a los datos oficiales del propio Ministerio del Interior y de los estudios criminológicos al respecto, la tasa de delincuencia va disminuyendo en los últimos años. Además, la delincuencia de menores es de baja intensidad. Los delitos muy graves como el homicidio tienen una escasa relevancia estadística<sup>13</sup>, casi el 70 % de los detenidos lo es por delitos patrimoniales, el 4,89 lo es por lesiones (en muchas ocasiones por falta).

La intervención, sin embargo, por parte de algunos Juzgados de Menores es altísima, en el Juzgado de Menores de Pamplona, por ejemplo, se llama a declarar ante el fiscal a cualquier menor que haya cometido una infracción penal, sea cual sea la gravedad de la misma.

La sucesivas reformas producidas suponen un endurecimiento de la respuesta penal hacia los menores y un alejamiento de los objetivos educativos que contenía la LO 5/2000. Por un lado, se introducen criterios retributivos al imponer al juez la obligación de sancionar con medidas de internamiento en régimen cerrado determinados hechos, independientemente de cuál sea la situa-

11 Por todos, GONZÁLEZ CUSSAC/CUERDA ARNAU, en: G. CUSSAC/TAMARIT, *Justicia penal de menores y jóvenes*, 2002, 89 s.

12 En el mismo sentido se manifiesta la mayoría de la doctrina que ha estudiado la reforma 8/2006. Así, por ejemplo, JIMÉNEZ SEGADO, *La Ley 2006-4*, 1429; GUTIÉRREZ I ABENTOSA, *La Ley 2006-1*, 1419 ss.; HIGUERA GUIMERÁ, *La Ley Penal 27 (2006)*, 77 s.; NIETO GARCÍA, *CDJ 2006-XXII*, 358 ss.; CRUZ MÁRQUEZ, *La medida de internamiento*, 2007, 28 ss.; SOLA RECHE/SERRANO SOLÍS, en: SOLA/HERNÁNDEZ/FLORES/GARCÍA (eds.), *Derecho penal de menores*, 2007, 11 ss.; CARMONA SALGADO, *La Ley Penal 45 (2008)*, 62 ss.; CUERDA ARNAU, *RP 22 (2008)*, 25 s.; GARCÍA PÉREZ, *Política Criminal 5 (2008)*, 19 ss.; CERVELLO DONDERIS, *La medida de internamiento*, 2009, 40 ss.; GÓMEZ RIVERO, en: ANARTE (dir.), *Tendencias*, 2010, 98 ss.; BENÍTEZ ORTUZAR, en: BENÍTEZ/CRUZ BLANCA (dirs.), *El Derecho Penal de menores*, 2010, 64 ss.; CRUZ BLANCA, en: BENÍTEZ/CRUZ BLANCA (dirs.), *El derecho penal de menores*, 2010, 157; DOMÍNGEZ IZQUIERDO en: BENÍTEZ/CRUZ BLANCA (dirs.), *El Derecho Penal de menores*, 2010, 79 s.; MORILLAS CUEVA, en: BENÍTEZ/CRUZ BLANCA (dirs.), *El Derecho Penal de menores*, 2010, 51 ss. En contra, DOLZ LAGO, *La Ley Penal 41 (2007)*, 78 ss. Para este autor el endurecimiento de la LO 8/2006 es puramente simbólico y responde más a gestos políticos que a la realidad de la legislación. Menciona por ejemplo que las medidas no tienen, salvo algunas excepciones recogidas en el art. 10, un límite mínimo de cumplimiento, en ningún caso tienen un límite máximo; señala también el trato benévolo que otorga la LORPM a la pluralidad de infracciones y la posibilidad de refundir medidas nuevas a las impuestas con motivo de hechos ya juzgados, conforme al art. 47.3 LORPM.

13 Así se revela de las estadísticas oficiales del ministerio del Interior. Igualmente se revela en un trabajo empírico, realizado en el Juzgado de Menores de Pamplona por un equipo de investigación del que soy responsable, que se publicará próximamente.

ción del menor. Por otro lado, las reformas suponen un incremento del número de supuestos en los que puede imponerse una medida de internamiento en régimen cerrado y de la duración de la misma, produciéndose una definición distinta, o al menos matizada, del principio de proporcionalidad. En la LO 5/2000 el principio de proporcionalidad se entendía sólo como la limitación consistente en que la medida impuesta a un menor por un determinado delito no podía ser más gravosa que la que le correspondería a un adulto conforme al CP por el mismo hecho (principio acusatorio, art. 8 LORPM); a partir de la reforma 8/2006 se entiende la proporcionalidad como aquella que debe existir entre el hecho y la sanción correspondiente —a mayor gravedad del hecho, mayor gravedad en la sanción—<sup>14</sup>. Por otra parte, desde el punto de vista de la prevención especial, las reformas no aspiran a satisfacer funciones de prevención especial positiva y de integración social, sino más bien de inoquización y de apartamiento del menor y no sólo de aquellos que cometen delitos graves, sino de todos, al ampliarse la posibilidad de internamiento en régimen cerrado a mayor número y clase de delitos<sup>15</sup>. Ya hay algunos autores que han afirmado que estas reformas suponen una nueva muestra del Derecho penal del enemigo<sup>16</sup>. Yo no me atrevo a etiquetar las reformas; lo que sí parece evidente es que van por la línea de invisibilizar o apartar al menor, especialmente al menor que comete determinados delitos o al menor reincidente<sup>17</sup>. Y esto, sin que se haya podido constatar objetivamente el incremento de la delincuencia juvenil y teniendo en cuenta que la delincuencia juvenil, como he dicho al principio, es, en su mayoría, de muy baja intensidad.

En mi opinión las reformas ni han sido correctas ni, en general eran necesarias. Una minoría de la doctrina manifiesta una posición favorable a estos cambios, entendiendo que el Derecho penal de menores, como Derecho penal que es, debe responder a la finalidad de prevención general y atender al principio de proporcionalidad en todos sus sentidos porque lo contrario supo-

ne una desnaturalización del Derecho penal y es contraproducente para los menores, porque se les ofrece respuestas contradictorias e ineficaces desde el punto de vista educativo<sup>18</sup>.

Se puede entender que los criterios de prevención general sirvan para establecer la posibilidad de que se responda más duramente ante una infracción más grave. No obstante, no es correcto establecer normas de obligada imposición que impidan al juez decidir qué medida puede ser más adecuada en cada caso concreto, imponer periodos de seguridad que no se puedan modificar, exasperar la duración de las medidas, etc. porque estas normas atienden únicamente a la gravedad del hecho y desatienden completamente las circunstancias personales del menor. Yo entiendo que el equilibrio puede estar en la consideración de que ante un hecho grave la sanción puede alcanzar mayor dureza (introducción de criterios preventivo-generales), pero en ningún caso debe ser una imposición para el juez (la obligación para el juez de imponer una medida de internamiento en régimen cerrado sin poder valorar otra cosa salvo la clase de delito cometido supone dar entrada a criterios retributivos con los que no estoy de acuerdo), sino que este debe tener siempre la posibilidad de, valorando las circunstancias personales del menor, imponer una medida más leve, incluso tratándose de hechos graves.

Es importante recordar, por otro lado, que el que se alcance una eficaz y deseable prevención general, como afirma CÓRDOBA RODA, no depende tanto de la gravedad de la Ley penal, como de la seguridad que socialmente se tenga de que, cometido un hecho previsto como delito, este no escapará al control de la ley y la misma será aplicada, sean medidas de internamiento o de otra naturaleza distinta<sup>19</sup>. La Exposición de Motivos de la LO 8/2006 alude a la “preocupación social” y a “sensación de impunidad” como razones de la última reforma. Es interesante analizar de dónde surge esa sensación de impunidad.

14 GÓMEZ RIVERO, en: ANARTE (dir.), *Tendencias*, 2010, 106. Igual, HIGUERA GUIMERÁ, *La ley Penal*, 2006, 80 ss.

15 ETXEBARRIA ZARRABEITIA, *ICADE* 53 (2001), 107; BERNUZ BENEITEZ, *RECPC* 2005, 14 ss.; NIETO GARCÍA, *CDJ* 2005-XXV, 23 ss., *CDJ* 2006-XXII, 37 ss.; BARQUÍN SANZ/CANO PAÑOS RDPC 18 (2006), 70 ss.; FERNÁNDEZ MOLINA, *Entre la educación y el castigo*, 2007, 282 ss.; GARCÍA PÉREZ, *Política Criminal* 5 (2008), 15 ss.; CRUZ BLANCA, en: BENÍTEZ/CRUZ BLANCA, *El Derecho penal de menores*, 2010, 157; GÓMEZ RIVERO, en: ANARTE (dir.), *Tendencias*, 2010, 106 s.

16 POLAINO ORTS, *CPC* 95 (2008), 179 ss.; BENÍTEZ ORTUZAR, en: BENÍTEZ/CRUZ BLANCA, *El Derecho penal de menores*, 2010, 64;

17 Algunos autores hablan de que esta ley “demoniza” al reincidente; Así, FERNÁNDEZ MOLINA/RECHEA ALBEROLA, *RDPC* 18 (2006), 389.

18 DOLZ LAGO, *La ley Penal* 44 (2007), 84 s.; ROSA CORTINA, de la, *La ley Penal* 36 (2007), 53

19 CÓRDOBA RODA, *RJCat* 2002, 64.

En mi opinión, la sensación de impunidad tiene su origen en dos fuentes. En el voto particular que hicieron algunos Consejeros al Informe emitido por el Consejo General del Poder Judicial, que he mencionado más arriba, se indicaba la primera fuente al hacer constar que, a su juicio, el principal y quizás único problema de la ley radicaba esencialmente en la necesidad de dotar de los recursos económicos y sociales necesarios a las infraestructuras de ejecución de medidas, así como regular adecuadamente la gestión de los centros de internamiento<sup>20</sup>. La sensación de impunidad puede provenir en algunas ocasiones no tanto de la clase de medida que se imponga o de la duración de la misma, sino de la no imposición de las medidas por falta de medios suficientes<sup>21</sup>.

La segunda fuente es mencionada por la Recomendación del Consejo de Europa (2003), 20, *Sobre las nuevas formas de tratamiento de la delincuencia juvenil y el papel de la justicia de menores* al evidenciar un estado de opinión generalizado en todos los países integrantes del Consejo, que considera el internamiento y las medidas más duras como las únicas que pueden impedir la reincidencia en la delincuencia, y que destaca que la duración de la medida de internamiento siempre es insuficiente o que cree que la delincuencia juvenil es una tendencia al alza. A la vista de ello la Recomendación reclama a los medios de comunicación y al poder político una información global, completa e integral sobre la delincuencia juvenil que no se centre únicamente en datos alarmantes y espectaculares y les demanda que pongan de manifiesto otros aspectos. Entre otros, que se trata, por lo general, de una delincuencia poco grave; que la mayoría de los menores abandona la delincuencia y el comportamiento antisocial con la mayoría de edad y que existen soluciones extrajudiciales para solventar los conflictos que resultan más eficaces y menos costosas<sup>22</sup>.

Creo que en la creación de esta sensación de impunidad es muy importante el papel de los medios de comunicación (medios que presionan y políticos de todo signo muy sensibles a esta presión) que, obviando la objetividad de los datos, aprovechan la alarma social provocada por algún hecho grave para difundirla profusamente y conformar una opinión que parece clamar por la agravación de las penas y por la criminalización de nuevas conductas<sup>23</sup>. Se distorsiona la realidad dando como normal hechos que precisamente son noticia por ser excepcionales. Se utiliza un lenguaje de guerra y se presenta, primero al menor que ha cometido ese hecho, y después a los menores que delinquen en general, como bárbaros y personas que conviene apartar, invisibilizar. Se genera el miedo al delito y el miedo al delincuente como herramientas que van a permitir que se acepten como buenas determinadas reformas<sup>24</sup>. Nos encontramos ante una opinión pública desinformada que califica la justicia de menores de insuficiente e ineficaz y que presiona hacia su reforma y hacia el endurecimiento de las medidas, sin conocer realmente cuáles son las medidas y su duración<sup>25</sup>.

Desde el poder político se presenta al Derecho penal como una panacea que resuelve eficazmente los problemas y se genera una escalada en la que nadie está en condiciones de discutir de verdad cuestiones de política criminal en el ámbito parlamentario; en la que la demanda indiscriminada de mayores y más efectivas penas ya no es tabú político para nadie.

Por otro lado, como afirma DÍEZ RIPOLLÉS<sup>26</sup>, la sociedad ve cada vez más al delincuente como una persona libre y racional que decide sobre la realización o no del delito. Es lo que este autor llama la ideología de la distribución de riesgos entre el individuo y la sociedad. Lo más relevante es que la sociedad no admite o restringe considerablemente sus responsabilidades en la génesis y el abordaje de la delincuencia. Se llega a

20 Sobre datos concretos de distintas Comunidades Autónomas, ORTIZ GONZÁLEZ, *CDJ 2005-XXV*, 48 ss.

21 En este sentido, GÓMEZ RECIO, *La Ley 2003-1*, 1438 ss.; SOLA RECHE/SERRANO SOLÍS, en: SOLA/HERNÁNDEZ/FLORES/GARCÍA, *Derecho penal y psicología del menor*, 2007, 15 ss.;

22 GONZÁLEZ TASCÓN, *Diario La Ley* nº 7179, 2009, 4 ss. En este trabajo se resaltan las líneas de política criminal del Consejo de Europa sobre la prevención y el tratamiento de la delincuencia juvenil.

23 RÍOS MARTÍN, *ICADE 53* (2002), 208 ss.; *CDJ 2005-XXV*, 325; CRUZ MÁRQUEZ, *Educación y prevención general en el Derecho Penal de menores*, 2006, 42 ss.

24 BARQUÍN SANZ/CANO PAÑOS, *RDPD 18* (2006), 66: "Las reformas del Derecho penal juvenil impulsadas en España en los últimos años tienden a dar preferencia a una serie de mecanismos dirigidos no a *tratar* la delincuencia de menores, sino más bien a *combatirla*"

25 Por ejemplo, un homicidio cometido por un menor de 15 años lleva aparejada una medida de internamiento en régimen cerrado de hasta 8 años más una libertad vigilada de 5 años (esto es, 13 años de control penal) mientras que un delito de homicidio cometido por un adulto lleva aparejada una pena de prisión de 10 a 15 años.

26 DÍEZ RIPOLLÉS, *RECPC 2005*, 17 ss.

la convicción de que la criminalidad tiene su explicación en la libre voluntad del delincuente y no en las carencias sociales que puedan condicionar su comportamiento. Esto es especialmente grave en la delincuencia de menores donde se puede comprobar que los déficits sociales que tienen los menores que delinquen, especialmente aquellos reincidentes, son enormes, tanto a nivel familiar como educativo y social.

A partir de esta idea el concepto de distribución de riesgos suministra un nuevo soporte argumental hacia la incomprensión social de programas que potencien la reinserción social del delincuente. En sentido contrario se potenciará su inocuización. Se potenciarán los incrementos de encarcelamiento (internamiento), los periodos de seguridad, las mediadas cautelares. Por otro lado, la sociedad rechaza hacerse cargo de los costes derivados de la reincidencia, el coste de ese riesgo pasa íntegramente al propio delincuente. La sociedad se ve descargada de promover la resocialización de los delincuentes, no por falta de eficacia, sino sencillamente porque cree que esos costes no le corresponden.

Es lo que según DÍEZ RIPOLLÉS<sup>27</sup> da lugar al Derecho penal de la seguridad. Este implica una expansión intensiva (frente a la expansión extensiva que trataba de penalizar los nuevos riesgos derivados del uso de las nuevas tecnologías o de la necesidad de proteger nuevos bienes jurídicos) que supone un incremento de la punición de ciertos tipos de delincuencia clásica. Se parte de la incapacidad de las estructuras convencionales del Derecho penal para abarcar la delincuencia patrimonial reiterada. Se da como conclusión bien asentada la de que para la delincuencia grave violenta los efectos intimidatorios son ineficaces y los resocializadores vanos, de forma que sólo la inocuización tiene garantías de éxito.

Volviendo a la cuestión inicial sobre si las reformas operadas en la LORPM son correctas y necesarias, creo que se debe contestar que no. Desde luego, la delincuencia juvenil provoca una importante preocupación social. Es evidente también que el Derecho penal juvenil debe proteger bienes jurídicos y que eso hace que puede ser necesario que ante los ataques más graves a bienes jurídicos más importantes, la respuesta sea más contundente. Ahora bien creo que no se debe confundir contundencia con rigidez y con exasperación de la duración de las medidas. En mi opinión, el principio de flexibilidad que permite al juez decidir

en cada caso la medida más adecuada es fundamental para alcanzar la finalidad educativa que debe perseguirse en una ley penal de menores de una sociedad que se considera democrática. Puesto que sólo desde el respeto a la flexibilidad, podrá el juez valorar en cada caso concreto qué medida es más conveniente para el menor, atendiendo a sus circunstancias personales. En este sentido, el art. 10 LORPM que obliga al juez a imponer una medida de internamiento en régimen cerrado choca con este principio. Por último creo que el aumento del número de delitos que pueden llevar aparejada una medida de internamiento en régimen cerrado es también criticable, porque esta medida de internamiento debe responder al principio de *ultima ratio* y sólo aplicarse a aquellos supuestos especialmente graves en los que otras medidas devengan ineficaces. Creo que las reformas encajan en el Derecho penal de la seguridad explicado.

La decisión acerca de qué legislación adoptar es compleja y encierra cuestiones de justicia. Una legislación puede ser más efectiva a corto plazo (por ejemplo incrementar las medidas de vigilancia en un barrio) y, en cambio, otra lo va a ser sólo a medio plazo (por ejemplo, tratar de mejorar las condiciones del barrio para evitar su proceso de aislamiento). La decisión no es sólo una cuestión técnica: está claro que es una decisión política<sup>28</sup>. La opción del legislador español por endurecer el Derecho penal de menores alejándose de los principios que inspiraron la LO 5/2000 es criticable porque entiendo que esta tendencia será más ineficaz para lograr el objetivo fundamental: lograr que el menor que ha delinquirido no vuelva a delinquir.

## II. Supuestos de internamiento en régimen cerrado conforme a la regulación actual

### 1. Consideraciones generales

Conviene dejar planteadas algunas consideraciones previas antes de pasar al estudio concreto de la medida de internamiento en régimen cerrado. La primera hará referencia a la regulación legal y a las clases de las medidas de internamiento; la segunda se centrará en el carácter educativo o sancionador de la medida de internamiento en régimen cerrado y la tercera analizará la eficacia preventiva de la medida de internamiento en régimen cerrado.

27 DÍEZ RIPOLLÉS, *RECPC* 2005, 13 ss.

28 CID MOLINÉ/LARRAURI PIJOÁN, *Teorías criminológicas*, 2001.

### 1.1. Las medidas de internamiento: regulación legal y clases

Los internamientos implican siempre el ingreso en un centro. El art. 7 distingue como medidas diferentes las distintas clases de internamiento<sup>29</sup>:

El internamiento en régimen cerrado se define en el art. 7.1. a) y se caracteriza porque el menor residirá en el centro y desarrollará en él todas las actividades formativas, educativas, laborales y de ocio.

El internamiento en régimen semiabierto se define en el art. 7.1. b) y se caracteriza porque el menor residirá en el centro pero podrá realizar fuera del mismo alguna o algunas de las actividades formativas, educativas y de ocio. No obstante, a partir de la reforma introducida por la LO 8/2006 la distinción entre el internamiento en régimen cerrado y el internamiento en régimen semiabierto se atenúa porque se añade en el precepto la posibilidad de que el juez pueda, atendiendo a la evolución del menor y al cumplimiento de los objetivos previstos, acordar que todas las actividades se lleven a cabo en el centro. Este último inciso parece dar a entender que ambos internamientos son formas de cumplimiento de una misma medida<sup>30</sup>. Como ha puesto de manifiesto la doctrina, este último inciso del art. 7.1.b) ha supuesto un endurecimiento del régimen semiabierto, puesto que antes era preceptivo que alguna o algunas de las actividades se realizaran fuera del centro<sup>31</sup>. La propia Circular 1/2007 de la Fiscalía General del Estado hace alusión a este inciso afirmando que la regresión que supondría la suspensión de actividades fuera del centro exigirán en todo caso una decisión motivada del juez de menores. La decisión además deberá contar con la audiencia del Fiscal y del menor afectado, y deberá fijar un plazo concreto de vigencia, aunque nada impide que dicho plazo, una vez agotado, pueda renovarse. En todo caso la Circular interpreta que las cuestiones relativas a permisos y salidas de fines de semana seguirán regu-

lándose por las disposiciones reglamentarias previstas para el internamiento semiabierto.

La medida de internamiento en régimen abierto comprende, según dispone el art. 7.1. c) LORPM, la realización de todas las actividades del proyecto educativo en los servicios normalizados del entorno, residiendo el menor en el centro como domicilio habitual, con sujeción al programa y régimen interno del mismo. La diferencia de esta medida con las dos anteriores se encuentra en que todas las actividades que integran el proyecto educativo se desarrolla en los servicios normalizados del entorno, por lo que los centros de menores destinados al cumplimiento de las medidas de internamiento en régimen abierto puedan prescindir de contar con servicios educativos propios<sup>32</sup>.

En el art. 7.1. d) se recoge el internamiento terapéutico, que puede cumplirse en régimen cerrado, semiabierto o abierto, dependiendo de las necesidades que presente el menor. La esencia de este internamiento reside en una programación terapéutica, pedagógica y asegurativa y en los centros destinados a esta medida se prestará una atención educativa especializada a los menores o serán tratados de manera específica aquellos menores que padezcan anomalías psíquicas, un estado de dependencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o sustancias psicotrópicas, o alteraciones en la percepción que determinen una alteración grave de la conciencia de la realidad<sup>33</sup>.

Dejando a un lado el internamiento terapéutico, que merece un estudio diferenciado, y que no es objeto de análisis en este trabajo por las particularidades de los menores a los que va dirigido (menores inimputables y semiimputables, conforme al art. 20.1º, 2º y 3º y al art. 21.1º y 2º CP), me centraré en las otras medidas de internamiento. Llama la atención que la LORPM haya considerado tres medidas autónomas y diferentes los distintos modelos de internamiento en vez de considerar una única medida de internamiento con tres

29 Detalladamente, ABEL SOUTO, *ADPCP 2004*, 80 ss.; GONZÁLEZ TASCÓN, *RDP 16* (2005), 39 ss.; RÍOS MARTÍN, *JCADE 53* (2002), 222 ss.; *CDJ 2005-XXV*, 373 ss.; CRUZ MÁRQUEZ, *La medida de internamiento*, 2007, 44 ss.; DE LA ROSA CORTINA, *La Ley Penal 36* (2007), 53 ss.; CERVELLÓ DONDERIS, *La medida de internamiento*, 2009, 93 ss.; CRUZ BLANCA, en: BENÍTEZ/CRUZ BLANCA (dirs.), *El derecho penal de menores*, 2010, 163 ss.

30 FEIJOO SÁNCHEZ, en DÍAZ-MAROTO, *Comentarios*, 2008, 138;

31 CERVELLO DONDERIS, *La medida de internamiento*, 2009, 94; DE LA ROSA CORTINA, *La Ley Penal 36* (2007), 55; GÓMEZ RIVERO, en: ANARTE (dir.), *Tendencias*, 2010, 109. Esta autora plantea que este inciso puede hacer que *de facto* se amplíen en la práctica los casos en los que se puede decretar la medida de internamiento en régimen cerrado, lo que supone, a su entender, una peligrosa vía de excepción que se introduce en la regla general de su aplicación restrictiva.

32 Extensamente, ABEL SOUTO, *ADPCP 2004*, 91 ss.; GONZÁLEZ TASCÓN, *RDP 16* (2005), 45 ss.; CERVELLÓ DONDERIS, *La medida de internamiento*, 2009, 95.

33 Extensamente, ABEL SOUTO, *ADPCP 2004*, 95 ss.

regímenes distintos, como, por otra parte, rige en el Derecho penitenciario de adultos, y que posibilitaría que la restricción de la libertad del menor dependiese de su evolución y la decisión fuera tomada por la entidad pública encargada de la ejecución de la medida. La consideración de tres medidas diferentes de internamiento ha sido criticada por la doctrina por varias razones<sup>34</sup>. En primer lugar por entender que el régimen de internamiento es materia más propia de un programa individualizado de ejecución de la medida que de una sentencia judicial. En segundo lugar porque una regulación unitaria de la medida de internamiento, dado el decisivo papel del juez de menores en la ejecución, posibilitaría un alto grado de flexibilidad a la hora de diseñar el modo más idóneo de cumplir cada internamiento. En tercer lugar porque la asignación de categoría de medida autónoma a las distintas modalidades de internamiento pone en serio peligro la posibilidad de ofrecer una atención diferencial durante su desarrollo; pues mientras que en las decisiones y modulaciones adoptadas durante la ejecución predomina claramente el principio resocializador y se presta una especial atención a las necesidades y a las características del menor, en la determinación intervienen también criterios preventivo-generales. Por último señalan estos autores que el mantenimiento de tantas medidas de internamiento fomenta —si se entiende que la ley prohíbe la *reformatio in peius* en la sustitución de la medida— la imposición sistemática del internamiento en régimen cerrado.

Yo estoy básicamente de acuerdo con las críticas que hace la doctrina a esta diferenciación de las medidas de internamiento. Ahora bien, la única ventaja que pudiera ofrecer esta distinción entre las diferentes medidas de internamiento pudiera ser que la ley estableciera conforme a criterios de *ultima ratio* los supuestos en los que cabría la aplicación de la medida de internamiento en régimen cerrado.

Sin embargo, eso no se cumple en nuestra legislación por dos motivos: el primero es que a partir de las sucesivas reformas experimentadas por la LORPM, sobre todo a partir de la reforma operada por la LO 8/2006, el número de supuestos en los que se *puede* o se *debe* imponer una medida de internamiento en régimen cerrado, como se verá más adelante, es tan importante que no creo que se pueda afirmar seriamente que la

LORPM responde, respecto al internamiento en régimen cerrado, al principio de *ultima ratio*. El segundo motivo se refiere a la tenue diferencia que, como se ha visto, a partir de la introducción del último inciso en el apartado b) del art. 7.1., existe entre el régimen semiaabierto y el régimen cerrado, lo que hace que, incluso en supuestos en los que no cabría decretar régimen cerrado, pueda haberlo *de facto*.

Como última consideración sobre la regulación de las medidas de internamiento es importante destacar que, conforme al art. 7.2., todas las medidas de internamiento constarán de dos periodos diferenciados. Un periodo es de cumplimiento en el centro y otro en régimen de libertad vigilada. El porcentaje de tiempo de cada periodo quedará en manos del juez, que lo fijará en la sentencia, y podrá determinarlo de forma flexible, atendiendo a la evolución del menor. Esta división de periodos alcanza mucha importancia en aquellos supuestos del art. 10 LORPM donde se exigen periodos de seguridad, de obligada imposición, por lo que se volverá sobre ello cuando se analice ese precepto.

### 1.2. Carácter educativo de la medida de internamiento en régimen cerrado

Más allá de si la LORPM en general tiene un carácter educativo o si las últimas reformas han decolorado esta finalidad originaria de la LO 5/2000, lo que se plantea en este apartado es si la medida de internamiento en régimen cerrado en concreto cumple una función educativa o es meramente sancionadora.

La definición del principio educativo es una tarea muy compleja, pero siguiendo a CRUZ MÁRQUEZ, y partiendo de una concepción abierta, se puede entender tal principio como una garantía del menor infractor, con la que asegurar la valoración de sus peculiaridades, carencias y circunstancias personales, al objeto de ofrecerle los instrumentos necesarios para promocionar su desarrollo autónomo e independiente. La intervención educativa debe perseguir tres objetivos: a) fomentar aprendizajes; b) ofrecer esfuerzos y recursos para poder conseguir los aprendizajes; y c) obtener modificaciones para el cambio<sup>35</sup>.

Algunos autores<sup>36</sup> ponen de manifiesto que la medida de internamiento en régimen cerrado tiene una eficacia educativa, pero limitada en el tiempo. Concretamente

34 ABEL SOUTO, *ADPCP 2004*, 81 s.; CRUZ MÁRQUEZ, *La medida de internamiento*, 2007, 28 ss.; DE LA ROSA CORTINA, *La Ley Penal 36* (2007), 56; FEIJOO SÁNCHEZ, en: DÍAZ-MAROTO (dir.), *Comentarios*, 2008, 137 s.

35 Extensamente, CRUZ MÁRQUEZ, *Educación y prevención general en el Derecho penal de menores*, 2006, 25 ss.

36 LASTRA DE INÉS, *CDJ 2005-XXV*, 91 ss.;

se señala un tiempo de dos años como límite máximo en el que esta medida puede desplegar algún efecto educativo. Se suelen mencionar tres fases de comportamiento en los menores sometidos a esta medida. 1) Una primera fase de rebeldía, que se traduce en mal comportamiento, falta de colaboración, etc. 2) Fase de adaptación en la que el menor se adapta a la vida en el centro y al programa de actividades, aunque sea con altibajos, en una curva ascendente que, llegado un punto que suele situarse en algo más de un año, comienza a descender. 3) Fase descendente en la que el menor vuelve al mal comportamiento, puesto que comienza a considerar que ya “no vale la pena”. Hay que tener en cuenta además, que un internamiento prolongado en el tiempo afecta a un periodo trascendental del desarrollo de la personalidad del menor y en relación con ello debe destacarse que la percepción del paso del tiempo por parte de un menor es muy distinta a la que puede tener un adulto. A medida que se envejece el tiempo pasa más deprisa<sup>37</sup>.

Otros autores niegan la eficacia educativa de esta medida y la consideran puramente sancionadora<sup>38</sup>.

Resultan muy interesantes las reflexiones de CRUZ MÁRQUEZ sobre este punto<sup>39</sup>, quien, sin negar la capacidad educativa de esta medida, llama la atención sobre su severidad y sobre los riesgos elevados de provocar consecuencias perjudiciales en el proceso evolutivo del menor, a quien se separa de su entorno, privándole de libertad. Esta autora indica que la separación del medio familiar constituye siempre, con independencia de que se procuren las medidas idóneas para realizar las actividades del programa educativo, una ruptura en la socialización del menor —que deja de producirse en su contexto natural para desarrollarse en un medio artificial— con el peligro de que se consoliden o desencadenen procesos estigmatizadores. Por ello, de darse, tendrá que utilizarse únicamente en aquellos casos en los que se vea que otra medida puede suponer un riesgo para el menor,

cuando pueda peligrar su seguridad o su estabilidad psico-social<sup>40</sup>.

En mi opinión podríamos cuestionarnos previamente si el castigo, cualquiera que sea, tiene por sí mismo carácter educativo y la respuesta debe ser negativa. Para que el castigo eduque tiene que tener un contenido educativo, esto es, debe ir dirigido a enseñar, a aleccionar, a ilustrar, a instruir al menor en cómo debe ser su futuro comportamiento. Castigar, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, supone ajusticiar, penar, afligir o enmendar. Se puede convenir en que el castigo puede ser una forma de educar siempre que tenga un contenido dirigido a enseñar a quien se le impone que no se debe realizar dicha conducta, así como a instruirle sobre posibles alternativas de comportamientos. Debe ser adecuado, además, atendiendo a la persona a la que se le impone. En mi opinión parece lógico pensar que un proceso educativo adecuado del menor tiene que pasar porque realice actividades propias de su edad —estudios, aficiones, salidas con amigos, etc.— en iguales condiciones que otros menores. Educar al menor consistirá básicamente en que sepa desarrollarse en su entorno, en que sepa relacionarse con los demás y en que asuma sus responsabilidades, por lo que el internamiento en régimen cerrado, en la medida en que supone un apartamiento del menor y un alejamiento del entorno en el que tiene que asumir responsabilidades, tendrá que tener una aplicación excepcional, limitada en el tiempo y sometida al principio de *ultima ratio*<sup>41</sup>.

### 1.3. Eficacia preventiva de la medida de internamiento en régimen cerrado

La siguiente reflexión se refiere a la valoración de la eficacia de las medidas de internamiento en régimen cerrado. La pregunta es si la medida de internamiento en régimen cerrado es más eficaz para prevenir la comisión de nuevos delitos. No hay estudios que acrediten que las sanciones más graves, especialmente las de

37 BARQUÍN SANZ/CANO PAÑOS *RDPC 18* (2006), 66 ss.; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, en: JORGE/FEIJOO (eds.), *Nuevo Derecho penal juvenil*, 2008, 83.

38 RÍOS MARTÍN, *CDJ 2005-XXV*, 369, quien considera sorprendente e incompatible con la finalidad educativa el que se haya incorporado a través del Reglamento de la LORPM la posibilidad de sancionar con “aislamiento” a los menores sometidos a internamientos en régimen cerrado; BOLDOVA PASAMAR, en: JORGE/FEIJOO (eds.), *Nuevo Derecho penal juvenil*, 2008, 101 s. Este autor niega el carácter educativo tanto el internamiento en régimen cerrado como a la medida de inhabilitación absoluta GARCÍA PÉREZ, *Política Criminal* 5 2008, 8 ss.

39 CRUZ MÁRQUEZ, *La medida de internamiento*, 2007, 46 ss.

40 CRUZ MÁRQUEZ, *La medida de internamiento*, 2007, 54.

41 La LORPM no hace referencia al carácter de *ultima ratio* de esta medida, pero dicho carácter puede deducirse de la Convención de Derecho del Niño que en su art. 37.5 indica que la prisión en la infancia se utilizará tan sólo como último recurso y durante el periodo más breve que proceda. Extensamente, ABEL SOUTO, *ADPCP 2004*, 87 s.

internamiento, sean más eficaces que las más leves, las ambulatorias, a efectos de evitar la comisión de futuros delitos. Más bien hay datos que apuntan en sentido contrario. Resultan especialmente interesantes los estudios empíricos realizados en Alemania que muestra GARCÍA PÉREZ acerca de los índices de reincidencia según las sanciones impuestas. Son muy interesantes porque se compara el índice de reincidencia entre menores que han cometido delitos de similar gravedad, habiéndoseles impuesto a un grupo de menores sanciones más pedagógicas y a otro grupo sanciones más represivas. Los condenados a cursos de capacitación, a pesar de que algunos de ellos tenían más antecedentes previos, tuvieron un menor índice de reincidencia tras el cumplimiento de la medida (el estudio se realiza sobre los cuatro años posteriores al cumplimiento de la medida) que los que sufrieron medidas de internamiento<sup>42</sup>. Si bien es cierto que hay otros factores que pueden influir en la reincidencia, tales como el nivel económico, el fracaso escolar o la desestructuración de la familia<sup>43</sup>, no parece que la medida de internamiento en régimen cerrado pueda ser más eficaz para prevenir futuros delitos en estos casos, sino que la solución preventiva pasará fundamentalmente por identificar y combatir estos elementos.

Una vez sentadas las dos premisas anteriores, esto es, la eficacia educativa limitada de la medida de internamiento en régimen cerrado y la no demostración de que dicha medida de internamiento sea la más eficaz para prevenir la comisión de futuros delitos, pasará a analizar la normativa concreta que recoge en qué supuestos será aplicable la medida de internamiento en régimen cerrado.

### 2. Regulación de los supuestos de internamiento: arts. 9 y 10 LORPM

#### 2.1. Art. 9 LORPM.

El artículo 9 LORPM recoge el régimen general de aplicación y duración de las medidas<sup>44</sup>: El apartado segundo del art. 9 indica en qué ocasiones el juez podrá imponer una medida de internamiento en régimen cerrado. Es importante destacar que en estos casos el juez tiene la potestad de imponer esta medida o cualquier otra de las señaladas en el art. 7, garantizando así que la decisión última sobre qué medida se va a imponer corresponde al juez, valorando el caso concreto —principio de flexibilidad—.

Tras la reforma por la LO 8/2006 de la LORPM, se amplía el número de supuestos en los que el juez tiene

42 GARCÍA PÉREZ (dir.)/DÍEZ RIPOLLÉS/PÉREZ JIMÉNEZ/GARCÍA RUIZ, *La delincuencia juvenil*, 2008, 180 ss.; GARCÍA PÉREZ, *Política Criminal* 5 (2008), 10 ss. También CRUZ MÁRQUEZ, *La medida de internamiento*, 2007, 44 ss. afirma que conforme a los escasos estudios realizados los índices de reincidencia son más elevados en los supuestos en los que están implicados menores sometidos a regímenes cerrados; en el mismo sentido, DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, en: BENÍTEZ/CRUZ BLANCA (dirs.), *El derecho penal de menores*, 2010, 82.

43 La mayoría de los autores que han realizado estudios empíricos consideran que el riesgo más elevado para la reincidencia se deriva de factores tales como: familias desestructuradas, nivel económico bajo, absentismo y fracaso escolar, consumo de drogas y/o de alcohol, influencias externas (videojuegos, películas, etc.), patologías internas y contra esos elementos contra los que habrá que luchar para prevenir la comisión de delitos. Así, por ejemplo, PÉREZ JIMÉNEZ, *Menores infractores*, 2005, 265; FERNÁNDEZ MOLINA/RECHCHEA ALBEROLA, *RDPC* 18 (2006), 387; GARCÍA PÉREZ (dir.)/DÍEZ RIPOLLÉS/PÉREZ JIMÉNEZ/GARCÍA RUIZ, *La delincuencia juvenil*, 2008, 121; MORILLAS CUEVA, en: BENÍTEZ/CRUZ BLANCA, *El derecho penal de menores*, 2010, 17 ss. Volveré sobre este tema cuando analice el art. 10 LOPM).

44 Art. 9: "No obstante lo establecido en los apartados 3 y 4 del artículo 7, la aplicación de las medidas se atenderá a las siguientes reglas: 1. Cuando los hechos cometidos sean calificados de falta, sólo se podrán imponer las medidas de libertad vigilada hasta un máximo de seis meses, amonestación, permanencia de fin de semana hasta un máximo de cuatro fines de semana, prestaciones en beneficio de la comunidad hasta cincuenta horas, privación del permiso de conducir o de otras licencias administrativas hasta un año, la prohibición de aproximarse a la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez hasta 6 meses, y la realización de tareas socio-educativas hasta seis meses. 2. La medida de internamiento en régimen cerrado sólo podrá ser aplicable cuando: a) Los hechos estén tipificados como delito grave por el Código Penal o las leyes penales especiales. b) Tratándose de hechos tipificados como delito menos grave, en su ejecución se haya empleado violencia o intimidación en las personas o se haya generado grave riesgo para la vida o la integridad física de las mismas. c) Los hechos tipificados como delito se cometan en grupo o el menor pertenciere o actuare al servicio de una banda, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades. 3. La duración de las medidas no podrá exceder de dos años, computándose, en su caso, a estos efectos el tiempo ya cumplido por el menor en medida cautelar, conforme a lo dispuesto en el artículo 28.5 de la presente Ley. La medida de prestaciones en beneficio de la comunidad no podrá superar las cien horas. La medida de permanencia de fin de semana no podrá superar los ocho fines de semana. 4. Las acciones u omisiones imprudentes no podrán ser sancionadas con medidas de internamiento en régimen cerrado. 5. Cuando en la postulación del ministerio Fiscal o en la resolución dictada en el procedimiento se aprecien algunas de las circunstancias a las que se refiere el art. 5.2 de esta Ley, sólo podrán aplicarse las medidas terapéuticas descritas en el artículo 7.1, letras d) y e), de la misma".

la posibilidad de decretar una medida de internamiento en régimen cerrado. Concretamente antes de la reforma sólo cabía decretarla cuando se tratase de hechos en cuya comisión se hubiera empleado violencia o intimidación en las personas o se hubiera actuado con grave riesgo para la vida o la integridad física de estas. A partir de la reforma se añaden dos supuestos más: cuando se trate de delitos tipificados como graves en el CP y cuando el delito se cometa en grupo o el menor pertenezca o actúe al servicio de una banda, de una organización o de una asociación, incluso de carácter transitorio.

Debe tenerse en cuenta que, conforme a lo dicho más arriba, el internamiento en régimen cerrado es la medida más restrictiva de derechos y más grave de todo el elenco de medidas que recoge el art. 7 de la LORPM.

La normativa internacional relativa a la justicia juvenil propugna la aplicación excepcional de las medidas de internamiento, máxime si se trata de un internamiento en régimen cerrado, la preferencia por medidas que no supongan privación de libertad, la apuesta por la flexibilidad judicial a la hora de decidir la medida a imponer, y la consideración primordial del interés superior del menor por encima de otros criterios<sup>45</sup>. En igual sentido, la Circular 1/2007 de la Fiscalía General del Estado indica que la medida de internamiento en régimen cerrado debe utilizarse como medida de último recurso y por el periodo más breve posible y, desde luego, la doctrina unánimemente se ha manifestado de la misma manera<sup>46</sup>.

### 2.1.1. Primer supuesto: hechos tipificados como delito grave por el CP o por Leyes Penales Especiales

A partir de la reforma, el juez podrá decretar la medida de internamiento en régimen cerrado en los supuestos de delitos graves sin que sea necesario que se haya utilizado la violencia o la intimidación como medios comisivos. Por delito grave se entenderá, conforme a los arts. 13 y 33 CP, aquellos delitos que lleven aparejada una pena grave —en el caso de penas de prisión aquellas superiores a cinco años—<sup>47</sup>. Debe tenerse en cuenta que la medida de internamiento en régimen cerrado sólo podrá imponerse cuando al delito cometido le hubiera correspondido, conforme al CP, una pena privativa de libertad, tal y como indica el art. 8 de la LORPM<sup>48</sup>. Probablemente a los delitos que más afecta esta reforma son los delitos contra la salud pública, concretamente el delito de tráfico de drogas, sancionado, conforme al art. 368 (tipo básico), con una pena de tres a seis años de prisión si se tratare de sustancias que causen grave daño a la salud<sup>49</sup>. No obstante, la reforma operada por LO 5/2010 del CP introduce en el art. 368 CP un nuevo párrafo que va a tener bastante relevancia en el ámbito de menores, puesto que permite al juez rebajar en un grado la pena atendiendo a la escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable. Podría aplicarse esta reducción por ejemplo en el caso de un menor de edad que vende una pastilla de éxtasis (droga que causa grave daño a la salud) por seis euros. En el caso en que se aplicara la rebaja de pena, esta quedaría por

45 Convención de Derechos del Niño de 1989, ratificada por instrumento de 30-11-1990; Reglas de Beijing para la administración de la justicia de menores (Resolución núm.40/33 de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 29 de 11-1985); Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad (Resolución 45/111, de 14-12-1990 de la Asamblea General de las Naciones Unidas); las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Resolución 45/112, de 14-12-1990). En el ámbito europeo destacan la Recomendación 87 del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 17-9-1987 y diversas resoluciones del Parlamento Europeo, entre otras, la Resolución sobre una Carta Europea de Derechos del Niño (Resolución A3-0172/92, de 8-7-1992). Vid, sobre esta normativa, ampliamente, ETXEBARRIA ZARRABEITIA, *ICADE* 53 (2001), 88 ss.; GONZÁLEZ TAASCÓN, *Diario La Ley* 2009, nº 7179, 4 ss.

46 Por todos, CRUZ MÁRQUEZ, *La medida de internamiento*, 2007, 25 s.

47 Son penas graves, conforme al art. 33.2 CP: "a) La prisión superior a cinco años; b) la inhabilitación absoluta; c) las inhabilitaciones especiales por tiempo superior a cinco años; d) la suspensión de empleo o cargo público por tiempo superior a cinco años; e) la privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a ocho años; f) la privación del derecho a la tenencia y porte de armas por tiempo superior a ocho años; g) la privación del derecho a residir en determinados lugares acudir a ellos, por tiempo superior a cinco años; h) la prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, por tiempo superior a cinco años; i) la prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, por tiempo superior a cinco años; j) la privación de la patria potestad".

48 Así lo indica también la Circular 1/2007, 28; En la doctrina, FEIJOO SÁNCHEZ, en: DÍAZ MAROTO (dir.), *Comentarios*, 2008, 193; CERVELLÓ DONDERIS, *La medida de internamiento*, 2009, 32 ss. En este trabajo, vid. JERICÓ OJER.

49 Si se tratare de sustancias que no causan grave daño a la salud la pena será de prisión de uno a tres años. En este caso el delito no será grave al no ser la pena superior a los cinco años.

debajo de los cinco años y por tanto no cabría decretar el internamiento en régimen cerrado.

ÁLVAREZ GARCÍA, antes de la reforma, criticaba la limitación que realizaba el anterior art. 9.2 LORPM, precisamente porque dejaba fuera de la posibilidad de decretar la medida de internamiento en régimen cerrado a delitos que frecuentemente venían siendo cometidos por los jóvenes, tales como el tráfico de drogas<sup>50</sup>. Este autor era partidario incluso de que se incluyera en la Disposición Adicional Cuarta de la LO 7/2000, junto a los arts. 138, 139, 179, 180 y 571-580, el delito de tráfico de drogas por constituir este injusto una de las actividades preferidas por las organizaciones criminales, y en cuya ejecución son utilizados, por correr menos riesgos de sanción, los menores de edad, además de por la frecuencia con que los menores realizaban este tipo de delitos<sup>51</sup>.

En mi opinión, no parece que resulte conveniente introducir el delito de tráfico de drogas junto con los delitos de terrorismo, asesinato, violación, etc. Como se verá cuando se analice el art. 10 LORPM —que traspone la Disposición Adicional cuarta—, el régimen de sanción al que estos delitos están sometidos es muy duro, no sólo por la duración de la medida de internamiento en régimen cerrado, sino, sobre todo, porque en estos casos el juez está obligado a imponerla, sin poder optar por otras medidas, aunque estas sean más acordes con el interés del menor. Es decir, este precepto supone una excepción al principio de flexibilidad conforme al cual el juez, atendiendo las circunstancias personales del menor, dispone de libertad para decidir el tipo de medida que se debe imponer. El delito de tráfico de drogas recoge conductas de muy distinta gravedad, desde la conducta del “gran narcotraficante” a la del pequeño camello, que será, por otro lado, la que, en general, realice el menor de edad. La obligación para el juez de imponer la medida de internamiento en régimen cerrado llevaría a la imposibilidad de distinguir estos supuestos, al menos por lo que respecta a la elección de la medida.

Por último, la frecuencia no puede ser un criterio utilizable para aumentar la gravedad de la sanción y mucho menos para quebrantar el principio de flexibilidad que, desde mi punto de vista, es fundamental en la legislación penal juvenil.

La reforma 8/2006 no ha incluido estos delitos entre los mencionados en el art. 10 LORPM, sino que únicamente ha añadido los delitos graves a los supuestos en los que el juez *podrá* imponer la medida de internamiento en régimen cerrado. Ello, aunque supone un endurecimiento respecto a la regulación anterior porque permite aplicar a más supuestos la medida de internamiento en régimen cerrado, permite a su vez que el juez o tribunal valore cada caso y atienda a las necesidades del menor concreto. En todo caso, debe tenerse en cuenta que el delito deberá estar sancionado con más de cinco años de prisión para que encaje en los supuestos aquí estudiados. Además el juez cuenta con importantes posibilidades de modificación, suspensión y sustitución y de la medida, conforme a los arts. 13, 40 y 51 LORPM<sup>52</sup>.

2.1.2. Segundo supuesto: delitos menos graves en cuya 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

Este segundo supuesto hace referencia a delitos menos graves, puesto que los delitos graves están contemplados en el apartado anterior; por tanto, conforme al art. 13 en relación con el art. 33 CP, delitos castigados con penas de prisión de tres meses a cinco años en los que se haya empleado violencia o intimidación para su comisión o se haya generado un grave peligro para la vida o la integridad física de las personas. Igual que en el supuesto anterior, conforme al art. 8 LORPM, sólo cuando el delito cometido estuviera castigado con pena privativa de libertad en el CP, podrá el juez de menores imponer una medida de internamiento.

La referencia a la comisión de un delito “con violencia o intimidación” comprende hechos de muy distinta gra-

50 ÁLVAREZ GARCÍA, *CPC 86* (2006), 39 ss.

51 ÁLVAREZ GARCÍA, *CPC 86* (2006), 40: “No se entiende como la agravación de la Disposición Adicional Cuarta de la LRPM no ha incluido este supuesto —se refiere al delito de tráfico de drogas—, no tanto por su trascendencia en sí sino por constituir, tal y como se acaba de indicar, actividad empresarial predilecta de la criminalidad organizada. Tampoco se comparte el que se hayan dejado fuera del elenco agravatorio los tipos de lesiones de los artículos 149 y 150 del Código Penal o el del 148 del mismo cuerpo legal, o las agresiones sexuales del art. 178; se trata en todos estos casos, de supuestos en los que la prevención general podría desplegar efectos más que beneficiosos de cara a la contención de conductas, especialmente si tenemos en cuenta que estos son algunos de los injustos de más frecuente comisión por menores”.

52 En este mismo sentido, FEIJOO SÁNCHEZ, en DÍAZ-MAROTO (dir.), *Comentarios*, 2008, 194.

vedad. Así, por ejemplo un delito como el de coacciones, que requiere violencia, engloba supuestos muy dispares, o las amenazas en las que el propio CP distingue en virtud de si se trata de amenazas simples o condicionales, o en virtud del mal con el que se amenaza, etc.<sup>53</sup>. Resulta muy interesante, aunque discutible, la interpretación de FEIJOO SÁNCHEZ, quien entiende que la referencia legal a que en la ejecución del delito menos grave “se haya empleado violencia o intimidación” excluye aquellos supuestos de delitos contra la libertad que suponen violencia o intimidación (coacciones y amenazas) y que se agotan con el uso de la misma. La violencia o intimidación deben ser un medio de ejecución del delito o de ataque contra el bien jurídico protegido (agresiones sexuales, robos con violencia o intimidación, detenciones ilegales, extorsión, etc.)<sup>54</sup>. Esta interpretación resulta interesante porque implica una interpretación restrictiva del precepto, aunque no acaba de convencerme el argumento. En mi opinión también en los delitos de coacciones y en el de amenazas los medios comisivos utilizados para lesionar el bien jurídico protegido, la libertad, son la violencia o la intimidación. Igual que en el robo con violencia el medio comisivo para lesionar el bien jurídico es la violencia y si no se produce la violencia no habrá delito con robo con violencia, en el delito de coacciones el medio para obligar a alguien a hacer lo que no quiere o impedirle hacer lo que quiere es la violencia y si no hay violencia no habrá delito de coacciones. Tampoco se puede considerar que los delitos de amenazas o de coacciones sean menos graves. En algunos de los supuestos de amenazas, especialmente las amenazas del art. 169 CP, el mal con el que se amenaza (la realización de delitos graves) es especialmente intimidatorio y la pena que lleva impuesta, por ejemplo, el delito de amenazas condicionales del art. 169.1 es la misma —de uno a cinco años de prisión— que la que lleva aparejada el delito de agresiones sexuales del art. 178<sup>55</sup>. En mi opinión, puede ser más coherente valorar en cada caso concreto la intensidad, duración, etc. de la violencia o de la intimidación ejercida a la hora de decidir si resulta conveniente o no la imposición de una medida de internamiento en régimen cerrado.

El otro supuesto que recoge este segundo apartado es el de que se haya generado un grave riesgo para la vida o la integridad física de las personas. En este caso sí que estoy de acuerdo con FEIJOO SÁNCHEZ en que habrá que excluir aquellos casos en que el peligro generado sea meramente estadístico o abstracto<sup>56</sup>. La propia redacción del precepto así parece indicarlo cuando habla de riesgo (peligro) para las personas. Habrá que valorar cada caso para comprobar que se ha puesto en peligro concreto la vida o la integridad de una persona. Este peligro debe ser grave. La exigencia de gravedad, cuando de la vida se trata, indica que debe haber un peligro de entidad importante que puede poner en riesgo la vida de una persona; es decir, que pueda causarle la muerte. Más problema puede plantear qué debe interpretarse por riesgo grave cuando se trata de la integridad física. Es decir, si debe entenderse que riesgo grave no sólo supone que haya un peligro concreto, cierto y cercano de que la integridad física de otra persona pueda lesionarse, sino si debe exigirse que la lesión que pueda llegar a causarse sea grave. En mi opinión, desde una interpretación sistemática, puesto que se exige riesgo grave para la vida, habrá que entender que se exige riesgo de menoscabo grave de la integridad física<sup>57</sup>.

2.1.3. Tercer Supuesto: delitos cometidos en grupo o que el menor pertenezca a una banda, organización o asociación, incluso de carácter transitorio

El tercer supuesto en el que se permite al juez decretar una medida de internamiento en régimen cerrado es el que hace referencia a que los hechos tipificados como delito se cometan en grupo o el menor pertenezca o actúe al servicio de una banda, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedique a la realización de tales actividades. Este supuesto, introducido por la LO 8/2006, ha sido muy criticado por la doctrina, creo que con razón, por considerar que el legislador ha confundido lo que puede ser una “banda juvenil” organizada, incluso jerarquizada, con lo que es el *modus operandi* habitual de actuación de los me-

53 ETXEBARRIA ZARRABEITIA, *ICADE* 53 (2001), 97 ss.

54 FEIJOO SÁNCHEZ, en: DÍAZ-MAROTO, *Comentarios*, 2008, 194 s.

55 Apunta FEIJOO SÁNCHEZ, en: DÍAZ-MAROTO (dir.), *Comentarios*, 2008, 194 s. que los supuestos más graves de amenazas (art. 169.1º CP) pueden dar lugar a la medida de internamiento en régimen cerrado debido a que se trata de un delito grave. Sin embargo, en el CP el los hechos constitutivos de amenazas condicionales se sancionan con una pena de prisión de hasta cinco años y el art. 33 CP exige para que el delito sea grave que la pena sea superior a cinco años. Sólo sería grave el delito de amenaza agravada del art. 170.1 CP.

56 FEIJOO SÁNCHEZ, en: DÍAZ MAROTO (dir.), *Comentarios*, 2008, 195 s.

57 Así también, ETXEBARRIA ZARRABEITIA, *ICADE* 53 (2001), 83

nores: la actuación en grupo<sup>58</sup>. Parece claro que durante la adolescencia el grupo se convierte en la referencia del menor, siendo básico sentirse aceptado y tener sentimiento de pertenencia al mismo<sup>59</sup>. La consideración de que cualquier delito, porque en este caso no se exige gravedad, que se haya cometido en grupo, puede ser sancionado con una medida de internamiento en régimen cerrado es no conocer la realidad sobre la que se está legislando<sup>60</sup>. Además, como afirma gran parte de la doctrina, esta previsión no encuentra su correlativo en relación con los adultos, por lo que puede representar una discriminación negativa respecto a ellos<sup>61</sup>. En este sentido conviene resaltar que la reforma por LO 5/2010 del CP ha introducido en los arts. 570 bis ss. los delitos de pertenencia a una organización criminal o a un grupo criminal. Sin embargo, existen diferencias en este punto entre la regulación de la LORPM y el CP, y se puede adelantar que los conceptos de organización y de grupo criminales, que define el CP, son más restrictivos que el concepto de grupo que menciona la LORPM<sup>62</sup>. Sobre este aspecto volveré más abajo cuando exponga mi opinión sobre cómo debe interpretarse el concepto de grupo recogido en la LORPM.

Antes de ello conviene resaltar algunas interpretaciones restrictivas que intentan hacer de este supuesto algunos autores. Así, CUERDA ARNAU<sup>63</sup> entiende que lo que justifica la aplicación de la medida de internamiento es la gravedad del hecho. En este sentido afirma que, en el caso de la letra c) del art. 9.2, cabría fundamentar dicha gravedad bien en la repetida idea

del mayor peligro que para los bienes jurídicos afectados representa la actuación en grupo, bien en el mayor desvalor de resultado que cabe predicar de conductas que, directa o indirectamente, acaban sirviendo a los objetivos de grupos criminales. En virtud de este razonamiento, continúa la autora, habría que desechar la aplicación de este precepto, por ejemplo, en aquellos casos en que la realización en grupo resulte insustancial, lo cual permitiría dejar fuera muchas hipótesis en que ello no fuera más que una manifestación del comportamiento grupal que caracteriza a la etapa juvenil sin repercusión real en la peligrosidad de la conducta.

También se manifiesta PÉREZ MACHÍO<sup>64</sup>, para quien debe interpretarse la actuación en grupo como una modalidad de auxilio de otras personas que debilita la defensa del ofendido o facilita la impunidad del autor de los hechos en el sentido desprendido del art. 22.2 CP. De esta forma, continúa esta autora, si la actuación en grupo implica una mera modalidad conductual de socialización propia de los adolescentes, esta no debe ser sometida a agravación. Igual que PÉREZ MACHÍO se manifiesta la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2007 cuando reconoce que la extraordinaria amplitud de la letra 9.2 c) (actuaciones en grupo) habrá de ser objeto de una exégesis restrictiva para no incluir aquellos supuestos de actuación colectiva que no revistan una especial lesividad y no sean más que una manifestación de las tendencias grupales tan frecuentes durante la adolescencia. Según esta Circular de la agravante recogida en el art. 22.2º CP podrían extraerse

58 LASTRA DE INÉS, *CDJ 2005-XXV*, 89; CUERDA ARNAU, en: GONZÁLEZ CUSSAC/CUERDA (coords.), *Estudios sobre la responsabilidad penal del menor*, 2006, 170; *RP 22* (2008), 28; SANZ MULAS, en: SANZ (coord.), *El desafío de la criminalidad organizada*, 158 ss.; LANDROVE DÍAZ, *La Ley 2007-1*, 1522. Este autor además pone de manifiesto que se legisla sobre este tema sin que haya en España estudios empíricos sobre la importancia del fenómeno de las bandas en nuestro país. Especialmente crítico, POLAINO ORTS, *CPC 95* (2008), 179 s. Este autor ve en esta legislación una manifestación el Derecho penal del enemigo, porque denota una presunción conforme a la cual el menor que actúa en el seno de un grupo o de una organización supone un mayor peligro de desestabilización del sistema.

59 Esta idea es puesta de manifiesto por la mayoría de la doctrina, así, por ejemplo, CUERDA ARNAU, en: GONZÁLEZ CUSSAC/CUERDA (coords.), *Estudios sobre la responsabilidad penal del menor*, 170; *RP 22* (2008), 28; SANZ MULAS, en: SANZ (dir.), *El desafío de la criminalidad organizada*, 2006, 178 s.; FEIJOO SÁNCHEZ, en: DÍAZ-MAROTO (dir.), *Comentarios*, 2008, 197; GÓMEZ RIVERO, en: GÓMEZ RIVERO (coord.), *Comentarios*, 2007, 140 s.; en: ANARTE (dir.), *Tendencias*, 2010, 116; CERVELLO DONDERIS, *La medida de internamiento*, 2009, 61.

60 En contra de esta idea, FIERRO GÓMEZ, *La Ley 2006-2*, 1755, quien entiende que resulta adecuada la no exigencia de una determinada penología o gravedad en el caso de grupos o bandas para la aplicación de la medida de internamiento al concederse al juez un margen de flexibilidad, aunque incide en que el juez deberá atender, más que a la proporcionalidad, a las circunstancias e intereses de los menores.

61 BUENO ARÚS, *RDPP 16* (2006), 65; LANDROVE DÍAZ, *La Ley 2007-1*, 1523; PÉREZ MACHÍO, *El tratamiento jurídico penal de los menores*, 2007, 134; CARMONA SALGADO, *La Ley Penal 45* (2008), 63; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *RJCYL 15* (2008), 31, GARCÍA PÉREZ, *Política Criminal 5* (2008), 18 s.; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, en: JORGE/FEIJOO (eds.), *Nuevo Derecho penal juvenil*, 2008, 79.

62 Vid. Al respecto, JERICÓ OJER, en este trabajo.

63 CUERDA ARNAU, *RP 22* (2008), 28.

64 PÉREZ MACHÍO, *El tratamiento jurídico penal de los menores*, 2007, 134.

los supuestos en los que la actuación en grupo supone un plus de antijuridicidad y de culpabilidad: cuando tal circunstancia debilita la defensa del ofendido o facilite la impunidad de los delincuentes. En cuanto al concepto de banda, asociación u organización y sobre la cuestión de cuándo podrá apreciarse la existencia de las mismas, la Circular 1/2007 se remite a los criterios expuestos en la Circular 2/2005 sobre la reforma del CP en relación con los delitos de tráfico ilegal de drogas, en relación con los requisitos para apreciar el subtipo de organización o asociación<sup>65</sup>.

Resultan también interesantes las posiciones de algunos autores que recalcan que más allá de la búsqueda de la mayor gravedad o no que puede suponer la actua-

ción grupal o la integración del menor en una banda, lo verdaderamente relevante a la hora de decidir si se impone una medida de internamiento en régimen cerrado es que esta sea la única medida adecuada para alejar al menor del grupo, banda, organización o asociación criminal. Desde esta perspectiva, al menor no se le impone la medida de internamiento porque el injusto sea mayor al no tratarse su infracción de un hecho en clave individual, sino porque si no se le separa le puede conducir con cierta probabilidad a la reincidencia<sup>66</sup>.

En mi opinión todas estas perspectivas pueden resultar importantes a la hora de determinar la imposición de una medida de internamiento. Por un lado, considero imprescindible, por tratarse de la legislación de meno-

65 Conforme a la Circular 2/2005 de la Fiscalía General del Estado el subtipo de agravado de tráfico de drogas concurre "cuando el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que tuviese como finalidad difundir tales sustancias o productos aun de modo ocasional. Esta circunstancia recoge en términos idénticos el subtipo descrito en el apartado sexto de la anterior regulación, sin que se haya producido ninguna innovación en la dicción del precepto, salvo dicha reubicación sistemática. El concepto de organización a los efectos de la aplicación de esta circunstancia, que también se contemplaba en el artículo 344 bis a) 6º Código Penal TR 1973, en su redacción dada por Ley Orgánica 1/1988, ha sido objeto de una abundante doctrina jurisprudencial que ha perfilado los elementos que delimitan dicho concepto diferenciándolo de los supuestos de simple codeinfluencia, coparticipación o consorcio ocasional para la comisión del delito: pluralidad de personas, utilización de medios idóneos, plan criminal previamente concertado para la difusión de la droga, distribución de funciones o cometidos, una cierta jerarquización, y actividad persistente o duradera (SSTS de 25-9-85, 18-12-86, 5-2-88, 14-1-89, 6-7-90, 8-2-91, 18-4-91, 11-6-91, 12-7-91, 23-12-91, 30-6-92, 8-2-93, 12-3-93, 17-3-93, 5-5-93, 17-7-93, 21-1-94, 3-5-94, 2-6-94, 12-9-94, 10-11-94, 19-1-95, 14-2-95, 24-6-95, 2-4-96, 12-4-96, 4-6-96, 12-11-96, 18-12-96, 21-5-97, 13-10-97, 26-1-98, 4-2-98, 7-3-98, 6-4-98, 5-5-98, 10-7-98, 13-7-98, 28-7-98, 1-10-98, 16-10-98, 17-10-98, 3-12-98, 11-1-99, 20-2-99, 29-5-99, 5-6-99, 10-6-99, 6-9-99, 10-4-00, 28-6-00, 1-3-01, 16-5-01, 8-6-01, 17-10-02, 28-2-03 y 25-6-03). De acuerdo con dicha doctrina, la STS 1489/2003 de 6 de noviembre, al definir la agravante específica de pertenencia a organización, refiere que se caracteriza por las siguientes notas: «a) por la concurrencia de dos ó más personas; b) por el acuerdo entre ellas de promover la difusión de drogas a gran escala; c) por la coordinación entre dichas personas y la programación entre ellas de un proyecto o plan para desarrollar la idea criminal cuya meta final estribará en la comercialización de los estupefacientes. Será necesaria la asignación de distintas tareas, funciones y papeles a los partícipes agrupados, sin que se considere preciso el establecimiento de reglas o estatutos; d) por la fijación de una cierta estructura jerárquica que determine la existencia de unos jefes, administradores o encargados, cuya mayor responsabilidad penal está prevista en la legislación vigente; e) por la concurrencia de una cierta duración, continuidad y permanencia en el tiempo, requisito atenuado en la norma penal actual, que trata de ampliar el ámbito de esta agravante específica, al haber añadido las expresiones *incluso de carácter transitorio* y *aun de modo ocasional*». Como también recuerda la STS 1504/2004 de 25 de febrero, no existe en nuestro ordenamiento jurídico un concepto de organización, si bien desde una perspectiva criminológica cabe entender como tal la concertación de esfuerzos para conseguir un fin delictivo que por su propia naturaleza necesita de un tejido estructural que hace imprescindible una colaboración ordenada y preestablecida entre varias personas. En cualquier caso debe destacarse que la propia dicción legal permite la apreciación de este subtipo agravado aun cuando la organización delictiva no se perpetúe en el tiempo ya que como el legislador incluye expresamente los supuestos de organizaciones transitorias es claro que no se requiere una organización estable, siendo suficiente una mínima permanencia que permita distinguir estos supuestos de los de mera codeinfluencia. Cabe incluso la organización constituida para una operación específica, siempre que concurren los elementos propios de la organización criminal: un centro de decisiones y diversos niveles jerárquicos, con posibilidad de sustitución de unos a otros mediante una red de reemplazo que asegure la supervivencia del proyecto criminal con cierta independencia de las personas pues esto es lo que dificulta la prevención y persecución de los delitos cometidos por una organización criminal y agrava el daño ocasionado por la actividad, permitiendo hablar de una empresa criminal (STS 1095/2001 de 16 de julio, con cita de las de 25-5-97 y 10-3-00 entre otras). En el mismo sentido la STS de 16-10-98 razona que la transitoriedad que menciona el párrafo 6º del artículo 369 (actual párrafo 2º del art. 369.1) no hay que proyectarla sobre la relación más o menos ocasional del acusado con alguna de las operaciones de la organización sino que se refiere a la asociación u organización en sí misma, y que la ocasionalidad, también citada en el precepto se refiere a los fines que la organización persigue y no a la relación del acusado con la misma".

66 FEIJOO SÁNCHEZ, en: DÍAZ-MAROTO, *Comentarios*, 2008, 198; CERVELLÓ DONDERIS, *La medida de internamiento*, 2009, 63. Este autor añade que el juez, para adoptar la medida de internamiento, tendrá que valorar la conveniencia de apartarlo del grupo para evitar presiones grupales, la necesidad de una intervención especial por la personalidad del menor que debilite su esquema motivacional hacia el grupo mediante otras fuentes de compensación y esfuerzo.

res, dar relevancia al interés del menor. Así cuestiones como la consideración de la influencia que el grupo o la banda pueden tener sobre el menor, el riesgo de reincidencia, pero también la relación de dependencia del menor hacia el grupo, la capacidad del menor para tomar sus propias decisiones al margen del grupo, etc. deberán ser valoradas por el juez. Creo que en estas consideraciones el informe del equipo técnico será muy relevante. Por otro lado, considero que habrá que tener en cuenta también la mayor gravedad del hecho por la actuación grupal. La mayor gravedad fundamentada sobre todo en el mayor peligro que puede suponer para los bienes jurídicos la actuación en grupo.

Considero que puede resultar interesante acudir a la definición de grupo criminal que realiza el CP tras la reforma por LO 5/2010 al introducir el art. 570 *ter*. Conforme a este precepto se entiende que el grupo criminal será la unión de dos o más personas que tengan por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos o la comisión concertada y reiterada de faltas. Se dota al concepto de un contenido finalístico que lo restringe, puesto que exige que la unión tenga un objetivo concreto: la comisión de delitos o faltas. Por otro lado, se exige cierta estabilidad al grupo porque si bien es cierto que no se pide que tenga carácter estable o indefinido, ya que estas son características de la organización criminal prevista en el art. 570 bis, es también verdad que el art. 570 *quáter* indica que el juez acordará la disolución de la organización o del grupo. Entiendo que para que se pueda disolver el grupo este tendrá que tener una mínima permanencia que lo diferencie de la codelincuencia. Con estas características se restringe el concepto de grupo y creo que es posible aplicarlo también al art. 9 de la LORPM, en la medida en que el CP es norma subsidiaria aplicable a la legislación de menores.

En conclusión, se puede afirmar que el internamiento en régimen cerrado, cuando los menores hayan actuado en grupo, puede justificarse únicamente cuando se pueda prever: en primer lugar, que la separación del grupo sea lo más conveniente para el menor y no haya

otra manera de llevarla a cabo; en segundo lugar, que la actuación grupal haya supuesto más peligro para los bienes jurídicos que si la comisión del delito se hubiera producido de manera individual; en tercer lugar, que el grupo tenga una mínima consistencia y en cuarto lugar que la unión de estas personas persiga como objetivo la comisión de delitos. Con el primer requisito se estará atendiendo al interés del menor, con el segundo a la gravedad de los hechos y con los dos últimos se estará tratando a los menores de manera similar a la de los adultos, porque no tiene sentido que se trate a los menores en este punto de forma más gravosa que a los mayores, máxime si tenemos en cuenta, como se ha dicho más arriba, que la actuación grupal, la imitación a los otros, el sentirse aceptado por los demás son características propias de la edad adolescente, sin que ello, en muchas ocasiones, merezca ni necesita una mayor sanción.

En cuanto a los conceptos de banda, asociación u organización mencionados en el art. 9 de la LORPM, debe manifestarse que se incluyen estas agrupaciones también cuando tengan carácter transitorio, en tanto que en el art. 570 bis del CP se define la organización criminal como 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. Se vuelve a comprobar cómo la regulación de la LORPM es más gravosa que el CP.

### 2.2. El art. 10 LORPM

**El art. 10 LORPM** es donde con mayor crudeza se recogen los principios retributivos y de prevención general, puesto que es en este precepto donde quiebra el principio de flexibilidad al imponer al juez la obligación de decretar la medida de internamiento en régimen cerrado en algunos supuestos y donde se atiende más claramente a la gravedad del hecho como criterio para determinar la medida a imponer<sup>67</sup>. Proviene en su

67 Artículo 10 LORPM: "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 fuera 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 transcurrido el

redacción última de la reforma introducida por la LO 8/2006, pero es fruto de la Disposición Adicional cuarta de la LO 7/2000 y de la Disposición Adicional sexta de la LO 15/2003, reformas todas que ya he analizado. En el precepto rigen criterios de rigidez y de exasperación en la aplicación y en la duración de las medidas que contrastan con los principios de flexibilidad y de discrecionalidad judicial. Bastantes autores han criticado, con razón, el precepto por entender que supone un retroceso en los principios que inspiraron la LORPM<sup>68</sup>.

El precepto tiene varios apartados

### 2.2.1. Primer apartado: Reglas especiales para la aplicación y la duración de las medidas.

En los supuestos en que los hechos realizados por el menor encajen en alguno de los supuestos contemplados en el art. 9.2 —delitos graves, delitos menos graves cometidos con violencia o intimidación o poniendo en grave riesgo la vida o la integridad de las personas y delitos cometidos en grupo— se establecen unas reglas especiales de aplicación y duración de las medidas. Así, si el menor, al tiempo de cometer los hechos, tuviere entre 14 y 16 años las medidas (incluida la medida de internamiento en régimen cerrado) podrán alcanzar una

duración de tres años y, si el menor tuviera entre 16 y 18 años, las medidas tendrán un límite máximo de seis años<sup>69</sup>. A su vez, también se amplían los plazos de duración máxima de las prestaciones en beneficio de la comunidad, que podrán alcanzar las ciento cincuenta horas, y la medida de permanencia de fines de semana, que podrá llegar a doce fines de semana para menores de 14 a 16 años, y podrán llegar hasta 200 horas de trabajos en beneficio de la comunidad y hasta dieciséis fines de semana de permanencia para los menores de 16 a 18 años. Se superan, por tanto, conforme al art. 10.1, para los supuestos contemplados en el art. 9.2, los límites recogidos en el art. 9.3. Teniendo en cuenta que el número de supuestos contemplados en el art. 9.2 se ha incrementado considerablemente a partir de la reforma de la LO 8/2006, se puede afirmar que la mayoría de las medidas que se impongan se regirán por los plazos contemplados en el art. 10.1 LORPM, incluida la medida de internamiento en régimen cerrado.

### 2.2.2. Segundo apartado: Supuestos de extrema gravedad.

A continuación, para los menores de edad comprendida entre 16 y 18 años, la norma establece que, cuando el hecho revista “extrema gravedad”, el juez *deberá* im-

---

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./2. Cuando el hecho sea constitutivo de alguno de los delitos tipificados en los artículos 138, 139, 179, 180 y 571 a 580 del Código Penal, o de cualquier otro delito que tenga señalada en dicho Código o en las leyes penales especiales pena de prisión igual o superior a quince años, el Juez deberá imponer las medidas siguientes: a) Si al tiempo de cometer los hechos el menor tuviere catorce o quince años de edad, una medida de internamiento en régimen cerrado de uno a cinco años de duración, complementada en su caso por otra medida de libertad vigilada de hasta tres años./b) Si al tiempo de cometer los hechos el menor tuviere dieciséis o diecisiete años de edad, una medida de internamiento en régimen cerrado de uno a ocho años de duración, complementada en su caso por otra de libertad vigilada con asistencia educativa de hasta cinco años. En este supuesto sólo podrá hacerse uso de las facultades de modificación, suspensión o sustitución de la medida impuesta a las que se refieren los artículos 13, 40 y 51.1 de esta Ley orgánica, cuando haya transcurrido al menos, la mitad de la duración de la medida de internamiento impuesta./3. En el caso de que el delito cometido sea alguno de los comprendidos en los artículos 571 a 580 del Código Penal, el Juez, sin perjuicio de las demás medidas que correspondan con arreglo a esta Ley, también impondrá al menor una medida de inhabilitación absoluta por un tiempo superior entre cuatro y quince años al de la duración de la medida de internamiento en régimen cerrado impuesta, atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito, el número de los cometidos y a las circunstancias que concurran en el menor./4. Las medidas de libertad vigilada previstas en este artículo deberán ser ratificadas mediante auto motivado, previa audiencia del ministerio Fiscal, del letrado del menor y del representante de la entidad pública de protección o reforma de menores al finalizar el internamiento, y se llevará a cabo por las instituciones públicas encargadas del cumplimiento de las penas”.

68 ETXEBARRIA ZARRABEITIA, *ICADE* 53 (2001), 84 ss.; GARCÍA RIVAS, *RP* 2005, 103 ss.; NIETO GARCÍA, *CDJ* 2005-XXV, 23 ss.; GARCÍA PÉREZ, *CDJ* 2005-XXV, 410 ss.; *Política Criminal* 5 (2008), 4 ss.; RÍOS MARTÍN, *ICADE* 53 (2002), 237; *CDJ* 2005-XXV, 389 ss.; BUENO ARÚS, *RDPP* 16 (2006), 66 ss.; BARQUÍN SANZ/CANO PAÑOS, *RDPC* 18 (2006), 75 ss.; CRUZ MÁRQUEZ, *La medida de internamiento*, 2007, 28 ss.; GÓMEZ RIVERO, en: GÓMEZ (coord.), *Comentarios*, 2007, 148 ss.; en ANARTE (dir.), *Tendencias*, 2010, 119 ss.; PÉREZ MACHÍO, *El tratamiento jurídico penal de los menores*, 2007, 136 ss.; CARMONA SALGADO, *La Ley penal* 45 (2008), 62 ss.; CUERDA ARNAU, *RP* 22 (2008), 25 ss.; FEIJOO SÁNCHEZ, en: DÍAZ-MAROTO (dir.), *Comentarios*, 2008, 201 s.; FERNÁNDEZ MOLINA, *Entre la educación y el castigo*, 2008, 248 ss.; POLAINO ORTS, *CPC* 95 (2008), 185 ss.; BENÍTEZ ORTUZAR, en: BENÍTEZ/CRUZ BLANCA (dirs.), *El Derecho penal de menores*, 2010, 64 ss.; CRUZ BLANCA, en: BENÍTEZ/CRUZ BLANCA (dirs.), *El Derecho penal de menores*, 2010, 157 ss.; DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, en: BENÍTEZ/CRUZ BLANCA (dirs.), *El Derecho Penal de menores*, 2010, 82 ss.; MORILLAS CUEVA, en: BENÍTEZ/CRUZ BLANCA (dirs.), *El Derecho Penal de menores*, 2010, 51;

69 Conviene recordar que el Grupo de Política Criminal, *Un proyecto alternativo*, 2000, 30 en su Proyecto Alternativo a la LO 5/2000 manifestaban que la medida de internamiento no debía superar en ningún caso la duración de dos años.

poner una medida de internamiento en régimen cerrado de uno a seis años, complementada sucesivamente con una medida de libertad vigilada con asistencia educativa hasta un máximo de cinco años, no pudiéndose modificar ni sustituir dicha medida hasta que no haya transcurrido al menos el primer año de cumplimiento efectivo de la medida de internamiento. Y añade que se entenderán siempre supuestos de “extrema gravedad” aquellos en los que se aprecie reincidencia.

Se deben hacer varias consideraciones:

1) La primera es que en los casos de “extrema gravedad” el juez *debe* imponer la medida de internamiento, cuando el menor tenga entre 16 y 18 años de edad. Ya no se trata de una facultad del juez que, valorando el caso concreto y el interés del menor, decide que lo más adecuado es la imposición de la medida, sino que en este caso el juez está obligado a imponer la medida de internamiento en régimen cerrado, por lo que, en mi opinión, quiebra el principio de flexibilidad. Además, el tener en cuenta únicamente el criterio de la gravedad del hecho, sin atender para nada a las circunstancias personales del menor resulta criticable en una ley que pretende —o pretendía en principio— cumplir básicamente fines de prevención especial positiva<sup>70</sup>.

2) La segunda consideración hace referencia a la obligatoria imposición de un mínimo de internamiento de *uno* a seis años y se establece también un periodo de seguridad (un año de cumplimiento efectivo de la medida), en el que no cabe la modificación ni la sustitución de la medida. Resulta criticable la imposición de un periodo de seguridad por varios motivos:

En primer lugar, porque se vuelve a ver comprometido el principio de flexibilidad al impedir al juez de forma taxativa que durante dicho periodo pueda modificar o sustituir la medida.

En segundo lugar, conviene recordar que la institución del periodo de seguridad se introduce en el Derecho penal de adultos a través de la LO 15/2003 que reforma el art. 36 CP y significa que en delitos de cierta

gravedad el condenado no pueda acceder al tercer grado del tratamiento penitenciario hasta que haya cumplido la mitad de la pena; la finalidad de esta institución, según reza en la exposición de motivos de la LO 15/2003, es evitar que la flexibilidad en el cumplimiento de las penas y los beneficios penitenciarios se conviertan en meros instrumentos al servicio de los terroristas y los más graves delincuentes para lograr un fin distinto. Conforme a esta finalidad declarada puede afirmarse que el traslado de la institución del periodo de seguridad a la legislación de menores carece de sentido por su carácter eminentemente educativo. La imposición de este periodo de seguridad impide al juez atender a las necesidades personales del menor.

En tercer lugar, CUERDA ARNAU, citando un trabajo inédito de VALEIJE ÁLVAREZ, indica que este periodo de seguridad y el señalado también en el art. 10.2 suponen un agravio en comparación con lo dispuesto en el Derecho penal de adultos, puesto que resulta objetivamente más gravoso. La imposibilidad de modificación o sustitución de la medida choca con la posibilidad que la legislación penitenciaria ofrece a los adultos condenados a penas de prisión inferiores a cinco años (art. 36 CP), ya que, según lo dispuesto en dicha legislación, existe la posibilidad inicialmente de que una persona condenada a una pena privativa de libertad sea clasificada directamente en tercer grado sin que se requiera ningún periodo mínimo para hacer esa propuesta de clasificación (art. 104.3 Reglamento Penitenciario)<sup>71</sup>. En este mismo sentido crítico RÍOS MARTÍN señala que estos periodos de seguridad suponen una desconfianza abierta hacia el Juez de Menores, el Ministerio Fiscal y el Equipo Técnico e implican una limitación en el interés superior del menor y una vulneración del espíritu educativo inspirador de la LOR-PM<sup>72</sup>.

Resulta interesante la interpretación de cómo debe contabilizarse el plazo del periodo de seguridad que defiende FEIJOO SÁNCHEZ. Afirma este autor que,

70 GARCÍA RIVAS, *RP* 16 (2005), 103 s.; NIETO GARCÍA, *CDJ* 2005-XXV, 32 s.; JIMÉNEZ SEGADO, *La Ley* 2006-4, 1429; HIGUERA GUIMERÁ, *La Ley Penal* 27 (2006), 77 s.; CRUZ MÁRQUEZ, *La medida de internamiento*, 2007, 28 ss.; PÉREZ MACHÍO, *El tratamiento jurídico-penal de los menores infractores*, 2007, 132 ss.; SOLA RECHE/SERRANO SOLÍS, en: SOLA/HERNÁNDEZ/FLORES/GARCÍA (eds.), *Derecho penal de menores*, 2007, 11 ss.; CARMONA SALGADO, *La Ley Penal* 45 (2008), 62 ss.; CUERDA ARNAU, *RP* 22 (2008), 25 s.; GARCÍA PÉREZ, *Política Criminal* 5 (2008), 19 ss.; CERVELLO DONDERIS, *La medida de internamiento*, 2009, 40 ss.; GÓMEZ RIVERO, en: ANARTE (dir.), *Tendencias*, 2010, 98 ss.; BENÍTEZ ORTUZAR, en: BENÍTEZ/CRUZ BLANCA (dirs.), *El Derecho Penal de menores*, 2010, 64 ss.; CRUZ BLANCA, en: BENÍTEZ/CRUZ BLANCA (dirs.), *El derecho penal de menores*, 2010, 157; DOMÍNGEZ IZQUIERDO en: BENÍTEZ/CRUZ BLANCA (dirs.), *El Derecho Penal de menores*, 2010, 79 s.; MORILLAS CUEVA, en: BENÍTEZ/CRUZ BLANCA (dirs.), *El Derecho Penal de menores*, 2010, 51 ss.

71 CUERDA ARNAU, *RP* 22 (2008), 29. Sobre el periodo de seguridad en la legislación penitenciaria, entre otros, MOLINA GIMENO, *La Ley* 2008-4, 1435 ss.

72 RÍOS MARTÍN, *CDJ* 2005-XXV, 392 s.

teniendo en cuenta lo dispuesto en el art. 7.2 LORPM, toda medida de internamiento consta de un periodo que se cumplirá en el centro correspondiente y otro segundo en régimen de libertad vigilada en la modalidad elegida por el juez. De acuerdo con esta idea, el menor podría pasar un tiempo mínimo en el centro, el que se considere suficiente para la observación del menor, cumpliendo el tiempo restante, hasta el año, en régimen de libertad vigilada. Se cumple mejor, según este autor, con los fines preventivo-especiales de las medidas de la legislación de menores, y, si bien es cierto que en este apartado se establece que sólo podrá hacerse uso de lo dispuesto en los arts. 13 y 51.1 “una vez transcurrido el primer año de cumplimiento efectivo de la medida de internamiento”, no es menos cierto que la libertad vigilada es una forma de cumplimiento de la medida de internamiento<sup>73</sup>. Resulta interesante esta interpretación, pero es discutible porque la propia norma establece un periodo de libertad vigilada posterior, lo que lleva a pensar que cuando habla de internamiento está pensando en un internamiento en sentido estricto. Además, al referirse al periodo de seguridad menciona el cumplimiento efectivo de internamiento, que recuerda al cumplimiento efectivo de prisión del que habla el CP y que es interpretado como internamiento en prisión.

3) La tercera consideración hace referencia a la necesidad de plantearse qué significa “*extrema gravedad*”, puesto que la calificación de un supuesto como de “*extrema gravedad*” implica la obligación para el juez de decretar la medida de internamiento en régimen cerrado. Se trata de un concepto indeterminado y por ello ya criticable, puesto que crea una enorme inseguridad al no especificar cuáles son los supuestos concretos, en mi opinión, choca con el principio de legalidad por infracción de la taxatividad exigible en una norma penal<sup>74</sup>. La respuesta a la cuestión de cuáles son los casos de extrema gravedad es muy difícil. Por un lado, tenemos los supuestos recogidos en el art. 9.2, en los que el juez puede imponer la medida de internamiento en régimen cerrado; por otro lado, tenemos, en el apartado segundo del art. 10, los delitos más graves con unas reglas especiales de duración y cumplimiento de las medidas,

más duras que las que se indican para los supuestos de “*extrema gravedad*”. Por tanto, los supuestos de “*extrema gravedad*” recogidos en el art. 10.1 serán supuestos más graves que los indicados en el art. 9.2 y menos graves que los indicados en el art. 10.2 (arts. 138, 139, 179, 180 y 571-580 CP u otros delitos sancionados en el CP con penas de 15 años o superiores). Algunos autores han aportado ciertas claves para la posible interpretación del concepto. Así, por ejemplo, FEIJOO SÁNCHEZ entiende que, dado que el apartado segundo del art. 10 ya se refiere a hechos muy graves, quizás cuando la ley habla de extrema gravedad se refiere a la situación del menor que hace que se pueda predecir un comportamiento desfavorable del mismo<sup>75</sup>. BOLDOVA PASAMAR manifiesta la posibilidad de incluir como supuestos de “*extrema gravedad*” el peligro cierto de fuga y que el menor haya cometido con anterioridad hechos graves de la misma naturaleza<sup>76</sup>. En mi opinión resulta difícil definir qué debe entenderse por supuestos de “*extrema gravedad*”. Creo que en todo caso debe apostarse por una interpretación que implique una situación de peligro o de riesgo para el propio menor, más que por una interpretación dirigida hacia la gravedad del hecho porque el art. 10.2 LORPM ya menciona aquellos delitos que por su gravedad van a llevar en todo caso aparejada la medida de internamiento en régimen cerrado. Se aplicaría a aquellos supuestos en los que la situación personal, familiar o social del menor aconseje separarle de su entorno. Debe tenerse en cuenta que más arriba he defendido que la medida de internamiento en régimen cerrado sólo se justifica cuando haya riesgo para el propio menor. Como objeción a esta interpretación puede oponerse el que la literalidad del art. 10 alude a que *el hecho* revista extrema gravedad. Esto es, no se refiere a que la situación revista gravedad para el menor, o que sea peligrosa para el menor, etc. Sin embargo, en la medida en que es posible, entiendo que es preferible mantener el principio de flexibilidad y que el juez pueda decidir si impone o no una medida de internamiento en régimen cerrado en los supuestos del art. 9.2, aunque objetivamente los hechos sean más graves de lo normal. En todo caso considero que lo más

73 FEIJOO SÁNCHEZ, en: DÍAZ-MAROTO (dir.), *Comentarios*, 2008, 206 s. Este autor completa su argumentación refiriéndose a que el cumplimiento de la libertad vigilada como parte de la medida de internamiento deber ser competencia de la entidad pública autonómica correspondiente, de acuerdo con lo previsto en el art. 45 LORPM. En cambio, la medida posterior es competencia de la Administración penitenciaria, dependiente del Ministerio del Interior.

74 ETXEBARRIA ZARRABEITIA, *ICADE* 53 (2001), 105; CÓRDOBA RODA, *RJCat* 2 (2002), 63 s.; BUENO ARÚS, *RDPP* 2 (2006), 62; GÓMEZ RIVERO, en G.RIVERO (dir.), *Comentarios*, 2007, 149; en: ANARTE (dir.), *Tendencias*, 2010, 119

75 FEIJOO SÁNCHEZ, en: DÍAZ-MAROTO (dir.), *Comentarios*, 2008, 203.

76 BOLDOVA PASAMAR, en: JORGE/FEIJOO (eds.), *Nuevo Derecho Penal juvenil*, 2008, 107 s.

conveniente sería suprimir esta referencia, por tratarse de un concepto indeterminado y, por tanto, contrario al principio de taxatividad que debe regir en una legislación penal.

El art. 10.1 indica que serán *siempre supuestos de “extrema gravedad” aquellos en los que se apreciara reincidencia* —esta cláusula fue introducida por la LO 7/2000—. La equiparación automática entre la reincidencia y los supuestos de “extrema gravedad” con las consecuencias que ello trae en la sanción ha sido criticada duramente por la doctrina. Así dicha equiparación ha sido considerada como el fallo más grave de toda la legislación de menores<sup>77</sup>, ha sido tachada de inconstitucional<sup>78</sup> y, en general, ha sido calificada de fallo grave y de desatino<sup>79</sup>. Esta disposición se aplicará a menores cuya edad esté comprendida entre los dieciséis y los dieciocho años, que hubieran cometido alguno de los delitos comprendidos en el art. 9.2 y que fueran reincidentes. Para interpretar qué se entiende por reincidencia, a falta de una definición propia de la LORPM, opino que habrá que acudir a la definición que ofrece el art. 22.8º CP, conforme a la cual: “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”. No procede profundizar en este trabajo sobre el fundamento, muy discutido, y sobre el concepto de la agravante de reincidencia. No obstante, creo que debe hacerse una interpretación del requisito referido a que el delito cometido sea de la misma naturaleza que el anterior, que permita una interpretación restrictiva de la agravante de reincidencia y que busque una equiparación material entre los delitos, teniendo en cuenta no sólo el criterio del bien jurídico protegido, sino también el criterio de la gravedad, esto es, que busque la equiparación de las penas.

Estoy de acuerdo con la doctrina mayoritaria en que la equiparación que se hace en la LORPM entre la reincidencia y la “extrema gravedad” es un despropósito.

Como primera consideración debe tenerse en cuenta que el art. 9.2, tras la reforma operada por la LO 8/2006, no recoge únicamente delitos graves (delitos sancionados con penas superiores a cinco años) o delitos en los que se hubiere empleado violencia o intimidación, en los que, como ya se ha visto más arriba, caben supuestos de muy distinta gravedad, sino que recoge un nuevo supuesto referido a la comisión en grupo de cualquier delito, sea cual fuera la gravedad o los medios cometidos empleados para su perpetración. Es decir, si un menor de 16 años, en compañía de otros, comete un delito de hurto, en principio, el hecho encajará en el art. 9.2 LORPM, por tratarse de un delito cometido en grupo. Por lo tanto, ya el art. 9.2 permite imponer la medida de internamiento en régimen cerrado a supuestos que no tienen por qué ser graves. Siguiendo con este mismo ejemplo, si ese mismo menor cometiera en grupo un nuevo delito de hurto, el hecho encajaría en un supuesto de extrema gravedad del art. 10.1 y el juez debería imponer una medida de internamiento en régimen cerrado con el periodo de seguridad correspondiente.

Como segunda consideración se puede afirmar que el efecto que la LORPM otorga a la reincidencia es más gravoso que el que recoge el CP. En el CP la reincidencia es una circunstancia agravante que opera conforme al art. 66 como una circunstancia igual a las demás, pudiendo ser compensada por la concurrencia de atenuantes y generando la consecuencia de que la pena se aplique en la mitad superior. El juez podrá aplicar la pena superior en grado en el supuesto en que concurra la agravante de reincidencia y el sujeto hubiera sido condenado ejecutoriamente por tres delitos del mismo título y de la misma naturaleza (art. 66.1.5ª CP). En la LORPM la reincidencia del menor implica la obligación para el juez de la imposición de la medida de internamiento en régimen cerrado, la imposición de un periodo de seguridad, durante el que no se podrá aplicar la modificación ni la sustitución de la medida, aunque

77 TAMARIT SUMALLA, *RP* 8 (2001), 87.

78 GARCÍA RIVAS, *RP* 16 (2005), 100 ss. Según este autor, la STC 150/1991, de 4 de julio declara la constitucionalidad de la agravante de reincidencia del CP porque esta circunstancia debía ser tenida en cuenta por los tribunales únicamente dentro de unos límites fijados por cada tipo penal concreto y su respectiva sanción. La LORPM incurre en inconstitucionalidad, según este autor, al establecer *ex lege* que el hecho resulta de extrema gravedad con la sola condición de que concurra la agravante de reincidencia. En el mismo sentido, BUENO ARÚS, *RDDP* 16 (2006), 67; FERNÁNDEZ MOLINA, *Entre la educación y el castigo*, 2008, 157 s.; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, en: JORGE/FEIJOO (eds.), *Nuevo Derecho Penal Juvenil*, 2008, 82.

79 CÓRDOBA RODA, *RJCat*, 2002-2, 62; GARCÍA PÉREZ, *CDJ 2005-XXV*, 413 s; *Política Criminal* 5 (2008), 21 ss. LASTRA DE INÉS, *CDJ 2005-XXV*, 92; FERNÁNDEZ MOLINA/RECHEA ALBEROLA, *RDPC* 18 (2006), 387; FIERRO GÓMEZ, *La Ley 2006-2*, 1755; CRUZ MÁRQUEZ, *La medida de internamiento*, 2007, 37; GÓMEZ RIVERO, en: G. RIVERO (dir.), *Comentarios*, 2007, 150 ss., en: ANARTE (dir.), *Tendencias*, 2010, 119 s.; PÉREZ MACHÍO, *El tratamiento jurídico-penal de los menores infractores*, 2007, 138 s., CUERDA ARNAU, *RP* 22 (2008), 29; MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA, *CGC* 40 (2009), 71

sí que cabra la suspensión de la ejecución conforme al art. 40 LORPM<sup>80</sup> y, además, la no aplicación del art. 18 LORPM, ya que este recoge la posibilidad del desistimiento de la incoación del expediente por parte del Ministerio Fiscal por corrección en el ámbito educativo y familiar *siempre que el menor no haya cometido con anterioridad otros hechos de la misma naturaleza*<sup>81</sup>. Podríamos plantearnos si estas consecuencias de la reincidencia de la LORPM respetan la STC 150/1991, de 4 de julio, teniendo en cuenta que la misma, como se ha visto más arriba, declaraba la constitucionalidad de la agravante de reincidencia porque ésta debía ser tenida en cuenta por los Tribunales únicamente dentro de unos límites fijados por cada tipo penal concreto y su respectiva sanción: es decir, para determinar el grado de imposición de la pena y, dentro de los límites de cada grado, la extensión de la pena.

En todo caso, creo que es muy importante resaltar que si algo indica la reincidencia es el fallo del sistema, en tanto en cuanto no ha podido evitar que el sujeto vuelva a delinquir<sup>82</sup>. Esto adquiere una especial significación en el Derecho penal de menores, cuya finalidad primordial es la educación del menor. La reincidencia puede ser un indicador de que persiste el contexto social o las deficiencias educativas que en su día impulsaron al menor a delinquir, algo que no se soluciona o incluso se puede agravar al someterlo de forma automática a un internamiento en régimen cerrado. El internamiento del menor sin tratar de modificar los factores externos que le llevaron a delinquir no solucionará el problema de la reincidencia. Además la extensión y el carácter cerrado del internamiento no parece conciliarse bien con la Convención de Derechos del Niño, que establece la necesidad de recurrir de forma restrictiva a la imposición de medidas privativas de libertad<sup>83</sup>. En mi opinión, la

solución para el menor que reincide no puede estar, al menos siempre y en todo caso, en su encierro mediante el internamiento en un régimen cerrado, sino en el intento de recuperarle para que no vuelva a delinquir, analizando las características y las peculiaridades del caso concreto.

Como conclusión a lo dicho hasta ahora sobre el tratamiento de la reincidencia en el art. 10.1 LORPM sólo me queda insistir en que dicho tratamiento excluye la consideración del interés del menor puesto que en ningún caso se permite al juez estudiar la posibilidad de decretar, atendiendo las circunstancias personales del menor, una medida distinta al internamiento en régimen cerrado. Ello es criticable, sobre todo si tenemos en cuenta que estamos ante una ley cuyos destinatarios son personas en proceso de formación y de desarrollo.

Un último punto relacionado con el tema de la reincidencia es el relativo a cuándo se entienden cancelados los antecedentes penales. Debe tenerse en cuenta que el art. 22.8º CP, que define la agravante de reincidencia, indica que no se consideraran, a los efectos de la aplicación de esta agravante, los antecedentes penales cancelados. La LORPM no dice nada acerca de los plazos en los que se cancelan los antecedentes penales. El CP se refiere a este tema en los arts. 136 y 137. En el art. 136 se indican los plazos que deben transcurrir para la cancelación de los antecedentes delictivos. Estos plazos varían en función de la gravedad de las penas, e irán desde los seis meses para las penas leves, dos años para las penas inferiores a doce meses y las impuestas por delitos imprudentes, tres años para las restantes penas menos graves, hasta los cinco años para las penas graves. Por su parte, el art. 137 establece que las anotaciones de las medidas de seguridad impuestas conforme a lo dispuesto en el CP o en otras leyes pe-

80 Así lo ponen de manifiesto, FEIJOO SÁNCHEZ, en: DÍAZ-MAROTO (dir.), *Comentarios*, 2008, 204; CARDENAL MONTRAVETA, *LH-Mir*, 2010, 672. Este autor alega como razón para no considerar vulnerado el principio de proporcionalidad entre la gravedad del hecho y la de la medida impuesta la circunstancia de que la reincidencia no impide por sí sola suspender la ejecución de la medida de internamiento en régimen cerrado.

81 GARCÍA PÉREZ, *Política Criminal* 5 (2008), 17. Este autor añade otro argumento para considerar que la LORPM resulta más grave que el CP: Las medidas de seguridad privativas de libertad para adultos nunca son de aplicación obligatoria en virtud de la gravedad del delito, sino que su aplicación depende del pronóstico de peligrosidad del sujeto. Sin embargo, en el ámbito de menores no se exige este pronóstico.

82 Así se revela de los estudios empíricos realizados y de los propios datos ofrecidos por el Ministerio del Interior. Los menores que delinquen se caracterizan por provenir de familias desestructuradas, son menores con gran nivel de fracaso escolar, en general se trata de menores ociosos, que ni estudian, ni trabajan. Se revela como importante el hecho de ser inmigrantes, porque en algunas ocasiones estos menores no se ubican ni en su país ni en España, etc. Vid. PÉREZ JIMÉNEZ, *Menores infractores*, 2005, 260 ss.; FERNÁNDEZ MOLINA/ RECHEA ALBEROLA, *RDPC* 18 (2006), 383 ss.; GARCÍA PÉREZ, *Política Criminal* 5 (2008), 22; GARCÍA PÉREZ (dir.)/DÍEZ RIPOLLÉS/ PÉREZ JIMÉNEZ/GARCÍA RUIZ, *La delincuencia juvenil*, 2008, 121 ss.; MORILLAS CUEVA, en: BENÍTEZ/CRUZ BLANCA, *El Derecho penal de menores a debate*, 2010, 17 ss.

83 GÓMEZ RIVERO, en: G.RIVERO (dir.), *Comentarios*, 2007, 150; en: ANARTE (dir.), *Tendencias*, 2010, 119.

nales serán canceladas una vez cumplida o prescrita la respectiva medida. Como puede observarse la cuestión de aplicar uno u otro precepto del CP no es baladí, porque si se aplica el art. 137, una vez cumplida la medida, esta quedará cancelada sin que sea necesario un plazo adicional más, y ello llevará a la casi nula aplicación de la agravante de reincidencia. Sin embargo, si se aplica el art. 136 CP, los plazos de cancelación serán más amplios<sup>84</sup>. La Fiscalía General del Estado, en la Circular 1/2000, relativa a los criterios de aplicación de la LO 5/2000, y en la Circular 1/2007, sobre criterios interpretativos tras la reforma de la legislación penal de menores, ha interpretado que el precepto que debe tenerse en cuenta a estos efectos es el art. 137 CP, puesto que, alega la Fiscalía en ambas Circulares, las medidas que establece la LORPM no son propiamente penas y el régimen de cancelación más favorable para el reo es el indicado para las medidas de seguridad del art. 137 CP. Así, se concluye que no procederá considerar reincidente a un menor aun cuando hubiera sido condenado con anterioridad por un delito comprendido en el mismo Título y de la misma naturaleza, cuando al tiempo de cometer el nuevo hecho ya hubiera cumplido la medida, sin necesidad de tener en cuenta ningún otro plazo adicional. Creo que las Circulares no tienen en cuenta que las medidas impuestas a menores no son tampoco propiamente medidas de seguridad en el sentido en el que se refiere a ellas el CP. En primer lugar, porque las medidas de la LORPM tienen como destinatarias personas imputables y, en segundo lugar, porque, a diferencia de las medidas de seguridad del CP, las medidas de menores no se imponen atendiendo a criterios de peligrosidad del sujeto.

Esta posición mantenida por la Fiscalía General del Estado ha sido criticada por CARDENAL MONTRAVETA, quien, en primer lugar, destaca la omisión por parte de la Fiscalía de toda explicación sobre la afirmación de que las medidas de la LORPM no son propiamente penas, una afirmación que según CAR-

DENAL, cada vez es más difícil de mantener, debido a las sucesivas reformas de la Ley orientadas a la prevención general<sup>85</sup>. En segundo lugar, este autor muestra su extrañeza porque la Circular 1/2007 no haga referencia al RD 232/2002, por el que se regula el Registro de Sentencias sobre Responsabilidad Penal de los Menores, y cuyo art. 7 se refiere a la cancelación de datos e indica que “transcurridos diez años a contar desde que el menor hubiera alcanzado la mayoría de edad (...) y siempre que (...) las medidas judicialmente impuestas hayan sido ejecutadas en su plenitud o prescrito, el Ministerio de Justicia procederá de oficio a la cancelación de cuantas inscripciones de sentencias referentes al mismo consten en el Registro”. En opinión de CARDENAL MONTRAVETA, esta regulación es la que debería tenerse en cuenta a la hora de considerar cancelados los antecedentes penales de los menores<sup>86</sup>.

En mi opinión, no parece que pueda compartirse la posición de CARDENAL, puesto que el plazo que establece el Decreto es de diez años desde que el menor alcanza la mayoría de edad. Esto supone un trato peor para los menores que para los adultos a los que se les aplica el art. 136 CP. Un plazo de diez años supera el plazo máximo de cinco años que recoge el art. 136 CP para las penas graves. Además, parece raro que si el art. 24 del RD 95/2009 se quiere referir a la cancelación de antecedentes penales de menores no diferencie plazos distintos, según la gravedad de la medida. Ello me lleva a pensar que la cancelación de inscripciones de sentencias a que se refiere dicho precepto no es equiparable a la cancelación de los antecedentes penales. Por otro lado, y volviendo a la discusión anterior sobre si debe tenerse en cuenta el art. 136 o el art. 137 CP para considerar cancelados los antecedentes penales, mi opinión es que debe seguirse el art. 137 y ello por varias razones: en primer lugar, porque resulta difícil aplicar el art. 33 CP a las medidas del art. 7 de la LORPM. Dicho precepto realiza una graduación de las medidas de carácter

84 Debe tenerse en cuenta que el art. 136 CP hace referencia a la clasificación de penas del art. 33 CP, que no coincide con la que recoge el art. 7 LORPM. Además, el art. 136 exige para la cancelación otra serie de requisitos, como la satisfacción de las responsabilidades civiles. Vid. Ampliamente, CARDENAL MONTRAVETA, *LH-Mir*, 2010, 677 ss.

85 CARDENAL MONTRAVETA, *LH-Mir*, 2010, 679.

86 El Decreto 232/2002, de 1 de marzo ha sido derogado por el RD 95/2009, de 6 de febrero que regula el Sistema de registros de apoyo a la Administración de Justicia. Dicho Sistema de Registros está integrado, entre otros, por el Registro de Sentencias de Responsabilidad Penal de Menores. El objeto de este registro es la inscripción de las sentencias condenatorias firmes dictadas por los juzgados y tribunales de menores. La cancelación de las inscripciones de este registro se regula en el art. 24 que reproduce el art. 7 del RD 232/2002. Ampliamente, CARDENAL MONTRAVETA, *LH-Mir*, 2010, 675 ss. También alude al RD 232/2002 como referencia a tener en cuenta para la cancelación de antecedentes a efectos de la aplicación de la agravante de la reincidencia para los menores, FEIJOO SÁNCHEZ, en: DÍAZ-MAROTO (dir.), *Comentarios*, 2008, 205.

cuantitativo pero no cuantitativo, en tanto que el art. 33 CP distingue la gravedad de las penas básicamente, y salvo alguna excepción, por su duración. Al no poderse aplicar el art. 33 resulta difícil valorar qué plazos de los que indica el art. 136 CP resultan adecuados a cada caso; en segundo lugar porque, si bien es verdad que las medidas que recoge la LORPM no son propiamente medidas de seguridad, el régimen de imposición de las mismas sí que recuerda más a las medidas de seguridad que a las penas. Así, el principio de flexibilidad que recoge el art. 7 LORPM en cuanto a la medida a imponer, la duración de la misma, los criterios personales que deben tenerse en cuenta, etc., parece acercarnos más al ámbito de las medidas que al de las penas. Si bien es verdad, que dicho principio de flexibilidad quiebra en algunos casos, también es cierto que dicha ruptura debe considerarse una excepción en el régimen de la imposición de las sanciones a menores. En tercer lugar, fundamento la aplicación del art. 137 CP en razones político-criminales. Concretamente el amplio juego de la reincidencia en la LORPM hace que sea necesaria una interpretación lo más restrictiva posible de los supuestos en los que se pueda apreciar. La consideración de que en estos casos se aplica el art. 137 CP para la cancelación de los antecedentes penales, reduce de manera considerable el campo de actuación de dicha agravante, por lo que me parece más conveniente.

### 2.2.3. Supuestos de muy extrema gravedad

La reforma operada por la LO 8/2006 ha introducido a través del art. 10.2 la regulación excepcional de la Disposición adicional cuarta incorporada a la Ley mediante la LO 7/2000.

Se puede afirmar que el art. 10.2 LORPM responde únicamente a fines de prevención general y retributivos, al impedir cualquier flexibilidad por parte del juez, olvidándose por completo de los fines de prevención especial y del criterio del interés del menor que, conforme a la Exposición de Motivos, deben regir en esta legislación<sup>87</sup>.

Son varias las razones que me llevan a realizar esta afirmación:

1) El art. 10.2 impone al juez la obligación de decretar la medida de internamiento en régimen cerrado cuando el menor hubiera cometido los delitos contenidos en los arts. 138, 139, 179, 180, 571-580 CP y cualquier otro delito que tenga señalada en el CP o en cualquier otra ley penal especial una pena igual o superior a quince años de prisión<sup>88</sup>. Quiebra el principio de flexibilidad, puesto que el juez está obligado a imponer una medida, concretamente la de internamiento en régimen cerrado, cuando el menor haya cometido alguno de los delitos mencionados. Se toma en consideración únicamente la clase de delito cometido (se supone que son delitos de una extraordinaria gravedad) y en ningún caso se atiende a las circunstancias personales del menor. Se trata de un precepto caracterizado por la rigidez y el automatismo que congenia mal con los principios manifestados en la Exposición de Motivos<sup>89</sup>, y que representa la entrada en la Ley de criterios puramente retributivos.

Respecto a los delitos que menciona el art. 10.2 LORPM es importante señalar que la LO 7/2000 trató de introducir un régimen especial para los delitos de terrorismo que inmediatamente se extendió a otros delitos<sup>90</sup>. Por otra parte, dentro de los denominados deli-

87 En el mismo sentido se manifiesta la mayoría de la doctrina. Así, por ejemplo, JIMÉNEZ SEGADO, *La Ley 2006-4*, 1429; HIGUERA GUIMERA, *La Ley Penal 27* (2006), 77 s.; CRUZ MÁRQUEZ, *La medida de internamiento*, 2007, 28 ss.; SOLA RECHE/SERRANO SOLÍS, en: SOLA/HERNÁNDEZ/FLORES/GARCÍA (eds.), *Derecho penal de menores*, 2007, 11 ss.; CARMONA SALGADO, *La Ley Penal 45* (2008), 62 ss.; CUERDA ARNAU, *RP 22* (2008), 25 s.; GARCÍA PÉREZ, *Política Criminal 5* (2008), 19 ss.; CERVELLO DONDERIS, *La medida de internamiento*, 2009, 40 ss.; GÓMEZ RIVERO, en: ANARTE (dir.), *Tendencias*, 2010, 98 ss.; BENÍTEZ ORTUZAR, en: BENÍTEZ/CRUZ BLANCA (dirs.), *El Derecho Penal de menores*, 2010, 64 ss.; CRUZ BLANCA, en: BENÍTEZ/CRUZ BLANCA (dirs.), *El derecho penal de menores*, 2010, 157; DOMÍNGEZ IZQUIERDO en: BENÍTEZ/CRUZ BLANCA (dirs.), *El Derecho Penal de menores*, 2010, 79 s.; MORILLAS CUEVA, en: BENÍTEZ/CRUZ BLANCA (dirs.), *El Derecho Penal de menores*, 2010, 51 ss.

88 Resulta interesante la consideración que realiza la Circular 1/2007 de la Fiscalía General del Estado respecto a que en la redacción de la LORPM, antes de la reforma por LO 7/2000 la regla 5ª del art. 9 comprendía como uno de los supuestos de extrema gravedad la agresión sexual contemplada en los arts. 179 y 180 CP. Al utilizarse la conjunción "y" se interpretaba que el régimen de máxima gravedad debía aplicarse sólo a los supuestos de violación cualificada. En la Disposición adicional cuarta de la LO 7/2000, como en el actual art. 10.2, se incluyen el delito de violación y, separado por una coma, el delito de agresión sexual y violación cualificados. Con tal redacción, concluye la Circular, habrá de interpretarse que se integran en el régimen de máxima gravedad tanto la violación simple (art. 179) como la agresión sexual cualificada (art. 180, inciso primero) y la violación cualificada (art. 180, inciso segundo).

89 CRUZ MÁRQUEZ, *la medida de internamiento*, 2007, 38; FEIJOO SÁNCHEZ en: DÍAZ-MAROTO (dir.), *Comentarios*, 2007, 202.

90 Muy crítico con este régimen especial, ETXEBARRIA ZARRABEITIA, *ICADE 53* (2001), 106 ss. Opina este autor que las conductas englobadas bajo el término *Kale borroka* resultan completamente insoportables y que estas constituyen un gravísimo ataque a los

tos de terrorismo se tipifican conductas de muy distinta gravedad, y esto no ha sido tenido en cuenta por el legislador<sup>91</sup>.

2) Se produce una clara exasperación de la duración de la medida, tratando de buscar la proporcionalidad entre la gravedad del hecho y la medida a imponer y respondiendo a principios preventivos-generales, concretamente a fines intimidatorios. La duración del internamiento en régimen cerrado puede llegar a cinco años de duración más una medida de libertad vigilada de hasta tres años, si el menor tiene catorce o quince años; y a ocho años de duración más una medida de libertad vigilada de hasta cinco años, cuando el menor tenga dieciséis o diecisiete años. Conviene recordar aquí el dudoso carácter educativo de la medida de internamiento en régimen cerrado, tal y como se ha explicado más arriba. Y además, es importante recordar también otra vez la diferente percepción que del paso del tiempo tienen los menores respecto de los adultos. El paso del tiempo se percibe más rápido a medida que se aumenta la edad<sup>92</sup>. Parece difícil hablar de fines educativos ante una medida de internamiento en régimen cerrado de, por ejemplo, ocho años de duración. Ocho años en los que al menor se le separa de su entorno social, familiar y educativo. Además, como afirma GÓMEZ RIVERO, parece difícil educar y reintegrar al menor en la sociedad después de un encierro tan prolongado<sup>93</sup>. Ahora bien, no obstante lo dicho, conforme al art. 8 LORPM, la duración de la medida privativa de libertad no podrá exceder de lo que hubiera durado la pena privativa de libertad si el sujeto hubiera sido mayor de edad<sup>94</sup>.

3) En el supuesto en que el menor tenga dieciséis o diecisiete años se impondrá (también con carácter obligatorio) un periodo de seguridad en el que no cabrá la modificación, sustitución ni suspensión de la ejecu-

ción de la medida de internamiento hasta que no haya transcurrido al menos la mitad de la medida impuesta. Como he explicado más arriba estos periodos de seguridad no tienen en cuenta en absoluto el interés del menor y son un claro reflejo de los fines preventivo-generales y retributivos. Conviene recordar la interpretación que hace FEIJOO SÁNCHEZ de estos periodos de seguridad, argumentando que, como toda medida de internamiento se compone de una parte de internamiento en centro y otra parte de libertad vigilada, cabrá la consideración de que, de ese periodo de seguridad, una mínima parte se cumpla en el centro y el resto mediante libertad vigilada<sup>95</sup>.

4) En el caso de que el delito cometido sea alguno de los comprendidos en los arts. 571 a 580 CP el juez deberá también imponer al menor, además de las otras medidas, la medida de inhabilitación absoluta por un tiempo superior entre cuatro y quince años al de la duración de la medida de internamiento en régimen cerrado impuesta, atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito, al número de delitos cometido y a las circunstancias que concurran en el menor<sup>96</sup>. Considero que esta disposición responde únicamente de nuevo a criterios preventivo-generales y retributivos. En primer lugar, por la propia naturaleza de la medida de inhabilitación que no tiene finalidad educativa. Conforme a la definición contenida en el art. 42 CP, la imposición de esta medida determina la privación definitiva de todos los honores, empleos y cargos públicos de la persona a la que se le impone, aunque fueren electivos, así como la incapacidad para obtenerlos y la de ser elegido para cargo público durante el tiempo de la medida. Parece obvio que la parte de la medida que más afectará a los menores será aquella en la que se impide al menor obtener un cargo durante el tiempo de la condena y no

---

derechos fundamentales de la sociedad. Sin embargo, el sistema español, continúa este autor, cuenta con instrumentos legales suficientes para la lucha contra el terrorismo, sin necesidad de vulnerar la normativa internacional sobre menores.

91 Se podría imponer la misma medida ante un ataque terrorista contra la propiedad (por ejemplo la quema de un contenedor) que contra la vida.

92 BARQUÍN SANZ/CANO PAÑOS RDPC 18 (2006), 66 ss.; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, en: JORGE/FEIJOO (eds.), *Nuevo Derecho penal juvenil*, 2008, 83.

93 GÓMEZ RIVERO, en: G. RIVERO, *Comentarios* 2007, 153; en ANARTE (dir.), *Tendencias*, 2010, 121.

94 Si el delito cometido por el menor no llevase aparejada, conforme al CP, pena de prisión, no se podrá decretar por el juez de menores una medida de internamiento. Así FEIJOO SÁNCHEZ, en: DÍAZ-MAROTO (dir.), *Comentarios*, 2008, 212, pone como ejemplo el art. 577/263 CP, que lleva aparejada una pena de multa, por lo que el juez de menores no podrá decretar en este caso, a pesar del art. 10.2 LORPM, una medida de internamiento en régimen cerrado, porque ello vulneraría el límite que establece el art. 8 LORPM

95 FEIJOO SÁNCHEZ, en: DÍAZ MAROTO (dir.), *Comentarios*, 2007, 206.

96 La Circular 2/2001, de 28 de junio de la Fiscalía General del Estado, justificó la introducción de esta medida en el propósito de reforzar las instituciones democráticas y representativas y la dignidad de la función que ejercen quienes resultan elegidos para desempeñar los cargos, limitando la posibilidad de acceder a los mismos a quienes hayan atentado contra la democracia y el Estado de Derecho. La propia justificación de la medida por parte de la Fiscalía General del Estado no denota ninguna finalidad educativa.

tanto la privación de esos cargos que, por razones de edad, será difícil que ostenten en el momento de cometer el delito. En mi opinión, es una medida especialmente grave, porque no sólo no es educativa, ella en sí misma, sino que puede, *a futuro*, impedir la educación del menor, al no permitir que el mismo pueda integrarse durante un tiempo, que puede ser largo, en un ámbito social muy amplio. En segundo lugar, por los criterios que el propio art. 10 LORPM tiene en cuenta a la hora de fijar el plazo de inhabilitación, que son una reproducción exacta del art. 579.2 CP: la gravedad del delito, el número de delitos cometidos y las circunstancias del menor, y que, a diferencia de los criterios generales señalados en el art. 7.3 LORPM, tales como la edad, las circunstancias familiares y sociales, la personalidad y el interés del menor, reflejan una apuesta por el principio de proporcionalidad entre la gravedad del hecho y la medida a imponer propia de los fines preventivo-generales y retributivos<sup>97</sup>.

#### IV. Conclusión

A lo largo del trabajo he ido manifestando mis propias opiniones y reflexiones sobre el objeto del estudio. Por ello, terminaré con una breve conclusión final sin detenerme en cada uno de los temas estudiados.

Las sucesivas reformas de la LO 5/2000 han supuesto un claro alejamiento de los principios básicos que inspiraron aquella. Se ha ido produciendo una inclinación hacia una regulación que responde cada vez más a criterios retributivos y preventivo-generales. Muchas de estas reformas no responden a un incremento de la delincuencia juvenil y tampoco demuestran una mayor eficacia preventiva. Estos cambios no han venido precedidos de estudios empíricos que permitan evaluar la idoneidad de una legislación o la necesidad de su cambio, lo que indica que las reformas responden en gran medida a una alarma generada por casos concretos y afortunadamente aislados.

Es importante en este punto recordar al legislador que esta regulación afecta a aquellas personas que es-

tán en proceso de desarrollo y de formación y que, si siempre es negativo legislar a golpe de noticia, en este caso resulta nefasto.

#### V. Bibliografía

- ABEL SOUTO, Miguel: Internamientos penales de menores en la Ley Orgánica 5/2000 y su reglamento de 30 de julio de 2004, en: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 2004, 77-106.
- ALONSO DE ESCAMILLA, Avelina: Detención ilegal, agresión sexual y asesinato cometido por menores (caso Sandra Palo), en: *La Ley Penal*, 2004-1, 104-109.
- ÁLVAREZ GARCÍA, Fco. Javier: (sin título) *Cuadernos de Política Criminal* 88 (2006), 23-50.
- BARQUÍN SANZ, Jesús/CANO PAÑOS, Miguel Ángel: Justicia penal juvenil en España: una legislación a la altura de los tiempos, en: *Revista de Derecho Penal y Criminología* 18 (2006), 37-95.
- BENÍTEZ ORTUZAR: El Derecho penal de menores en el Estado social y democrático de derecho. Breve referencia a los principios que disciplinan el *ius puniendo* estatal respecto del joven infractor en: BENÍTEZ ORTUZAR/CRUZ BLANCA (coords.), *El Derecho penal de menores*, Dykinson, Madrid, 2010, 53-78.
- BERNUZ BENÍTEZ, Justicia de menores española y nuevas tendencias penales. La regulación del núcleo duro de la delincuencia juvenil, en: *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 07-012 (2005), 1-23.
- BOLDOVA PASAMAR: El sistema de aplicación de las sanciones en el Derecho penal de menores tras la LO 8/2006, de 4 de diciembre, en: JORGE BARREIRO/FEIJOO SÁNCHEZ, *Nuevo derecho penal juvenil: una perspectiva interdisciplinar ¿qué hacer con los menores delincuentes?*, Atelier, Barcelona, 2008, 93-116.

---

97 Sobre algunas cuestiones relacionadas con la aplicación de la medida se puede consultar la Circular de la Fiscalía General del Estado 2/2001, de 28 de junio, que da algunas pautas: 1) En los casos en que el menor haya cometido varios delitos y se le impongan varias medidas de internamiento, la duración de la medida de inhabilitación se determinará atendiendo a la suma de la duración de las medidas de internamiento; 2) En los casos en los que la medida de internamiento vea reducida su duración, por la aplicación de los arts. 13 y 51.1 LORPM, la medida de inhabilitación comenzará a computarse inmediatamente alzado el internamiento; 3) La medida de inhabilitación se impondrá al condenado de varios delitos conexos de una sola vez; 4) En los supuestos de delitos de terrorismo que no tengan contemplada una pena de prisión, y, por tanto, no pueda imponerse una medida de internamiento, dejará de ser obligatoria la imposición de una medida de inhabilitación, puesto que esta viene vinculada al cumplimiento del internamiento en régimen cerrado. Vid. ampliamente, GÓMEZ RIVERO, en: G. RIVERO (dir.), *Comentarios*, 2007, 155; FEIJOO SÁNCHEZ, en: DÍAZ-MAROTO (dir.), *Comentarios*, 2008, 212 s.

- BUENO ARÚS, Francisco: De la Jurisdicción de menores a la jurisdicción de vigilancia, en: *Derecho y Proceso Penal* 16 (2006), 39-74.
- CARDENAL MONTRAVETA, Sergi: La reincidencia en el derecho penal de menores, en: LUZÓN PEÑA (dir.), *Derecho penal en un Estado social y democrático de Derecho*, Libro Homenaje a Santiago Mir Puig, La Ley-Wolters Kluwer, Madrid, 2010, 661-683.
- 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: *La Ley Penal* 45 (2008), 57-65.
- CERVELLÓ DONDERIS, Vicente: *La medida de internamiento en el Derecho penal del menor*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- CID MOLINÉ, José/LARRAURI PIJOÁN, Elena: *Teorías criminológicas: explicación y prevención de la delincuencia*, Bosch, Barcelona, 2001.
- COLÁS TURÉGANOS, Asunción: Aspectos penales característicos de la delincuencia juvenil, en: GONZÁLEZ CUSSAC/CUERDA ARNAU (coords.), *Estudios sobre la responsabilidad penal del menor*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, 79-120.
- CÓRDOBA RODA, Juan: La Ley de responsabilidad penal de los menores: aspectos críticos, en: *Revista Jurídica de Catalunya*, 2002-2, 51-67.
- CRUZ BLANCA: Sobre las medidas tras la reforma operada por la LO 8/2006, de 4 de diciembre, en: BENÍTEZ ORTUZAR/CRUZ BLANCA (coords.), *El Derecho penal de menores*, Dykinson, Madrid, 2010, 153-184.
- CRUZ MÁRQUEZ, Beatriz: *Educación y prevención general en el Derecho penal de menores*, Marcial Pons, Barcelona, 2006.
- CRUZ MÁRQUEZ, Beatriz: *La medida de internamiento y sus alternativas en el Derecho penal juvenil*, Dykinson, Madrid, 2007.
- CUERDA ARNAU, M<sup>a</sup> Luisa: Nuevos retos de la justicia de menores: acoso escolar y bandas juveniles, en: GONZÁLEZ CUSSAC/CUERDA ARNAU (coords.), *Estudios sobre la responsabilidad penal del menor*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, 79-120.
- CUERDA ARNAU, M<sup>a</sup> Luisa: Consideraciones político-criminales sobre las últimas reformas de la Ley Penal del Menor, en: *Revista Penal* 22 (2008), 22-33.
- DE LA ROSA CORTINA, José Miguel: Novedades en el sistema de justicia juvenil sobre las medidas imponibles y sus reglas de determinación, en: *La Ley Penal* 36 (2007), 48-68.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis: De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 07-01 (2005), 1-31.
- DOLZ LAGO, Manuel Jesús: ¿Endurecimiento simbólico de la Ley Penal del Menor?, en: *La Ley Penal* 41 (2007), 59-86.
- DOMÍNGUEZ IZQUIERDO: El interés superior del menor y la proporcionalidad en el Derecho penal de menores: contradicciones del sistema, en: BENÍTEZ ORTUZAR/CRUZ BLANCA (coords.), *El Derecho penal de menores*, Dykinson, Madrid, 2010, 79-122.
- ETXEBARRÍA ZARRABEITIA, Xabier: Algunos aspectos de derecho sustantivo de la Ley Orgánico 5/2000, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores y de su Reforma en materia de terrorismo, en: *ICADE* 53 (2002), 77-120.
- FALCÓN CARO, M<sup>a</sup> del Castillo: Intervención penal y menor de edad, en: *Cuadernos de Política Criminal* 96 (2008), 45-72.
- FEIJOO SÁNCHEZ: Artículo 7, en DÍAZ MARROTO (Dir.), *Comentarios a la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal del Menor*, Civitas, Madrid, 2008, 137-140.
- FEIJOO SÁNCHEZ: Artículo 9, en DÍAZ MARROTO (Dir.), *Comentarios a la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal del Menor*, Civitas, Madrid, 2008, 193-200.
- FEIJOO SÁNCHEZ: Artículo 9, en DÍAZ MARROTO (Dir.), *Comentarios a la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal del Menor*, Civitas, Madrid, 2008, 201-214.
- FERNÁNDEZ MOLINA, Esther/RECHEA ALBEROLA, Cristina: La aplicación de la LORPM en Castilla-La Mancha: nuevos elementos para el análisis de los sistemas de justicia de menores, en: *Revista de Derecho Penal y Criminología* 18 (2006), 361-399.
- FERNÁNDEZ MOLINA, Esther. *Entre la educación y el castigo: un análisis de la justicia de menores en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- FIERRO GÓMEZ, Avelino: La Ley del Menor: crónica de una reforma anunciada, en: *La Ley* 2006-2, 1751-1762.
- GARCÍA PÉREZ, Octavio: La introducción del modelo de seguridad ciudadana en la justicia de

- menores, en: Cuadernos de Derecho Judicial, 2005-XXV, 398-438.
- GARCÍA PÉREZ, Octavio: La reforma de 2006 del sistema español de justicia de menores, en: Política Criminal 5 (2008), 1-32.
  - GARCÍA PÉREZ, Octavio (dir.)/DÍEZ RIPO-LLÉS, José Luis/PÉREZ JIMÉNEZ, Fátima/GARCÍA RUIZ, Susana: *La delincuencia juvenil ante los juzgados de menores*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008.
  - GARCÍA RIVAS, Nicolás: Aspectos críticos de la legislación penal del menor, en: La Ley Penal 16 (2005), 88-105.
  - GÓMEZ RECIO, Fernando: Sobre la sensación de impunidad de los menores de edad frente a la actual regulación penal, en: La Ley 2003-1, 1435-1441.
  - GÓMEZ RIVERO, M<sup>a</sup> Carmen: Comentario al artículo 9, en: GÓMEZ RIVERO (coord.), *Comentarios a la Ley Penal del Menor* (Conforme a las reformas introducidas por la LO 8/2006), Iustel, Madrid, 2007, 133-144.
  - GÓMEZ RIVERO, M<sup>a</sup> Carmen: Comentario al artículo 10, en: GÓMEZ RIVERO (coord.), *Comentarios a la Ley Penal del Menor* (Conforme a las reformas introducidas por la LO 8/2006), Iustel, Madrid, 2007, 144-158.
  - GÓMEZ RIVERO, M<sup>a</sup> Carmen: Una vuelta de tuerca más: la LO 8/2006, modificadora de la LO 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, en: ANARTE BORRALLA (dir.), *Tendencias de la justicia penal de menores* (una perspectiva comparada), Iustel, Madrid, 2010, 97-137.
  - GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis/CUERDA ARNAU, M<sup>a</sup> Luisa: en: GONZÁLEZ CUSSAC/TAMARIT SUMALLA (coords.), *Justicia penal de menores y jóvenes* (análisis sustantivo y procesal de la nueva regulación), Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, 79-130.
  - GONZÁLEZ TASCÓN, Marta: Medidas aplicables a los menores por la comisión de hechos delictivos previstos en la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de menores (LORPM), en: Revista de Derecho Penal 16 (2005), 23-106.
  - GONZÁLEZ TASCÓN, Marta: La delincuencia juvenil desde el prisma del Consejo de Europa: una primera lectura de las reglas europeas para los menores delincuentes que son objeto de sanciones y medidas, en Diario La Ley 2009, n<sup>o</sup> 7179, 4-12.
  - GUTIÉRREZ I ABENTOSA, Joan Manel: Comentarios al Anteproyecto de Ley Orgánica por el que se modifica la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, en: La Ley 2006-1, 1418-1423.
  - HIGUERA GUIMERÁ, Juan Felipe: Las repetidas reformas parciales de la Ley Penal del Menor, en: La Ley Penal 27 (2006), 64-90.
  - JIMÉNEZ SEGADO, Carmelo: ¿Puede prescindirse de la tutela penal frente a la delincuencia juvenil? Sobre la reforma de de la Ley Penal del Menor, en: La Ley 2006-4, 1425-1432.
  - LANDROVE DÍAZ, Gerardo: Réquiem por la Ley Penal del Menor, en: La Ley 2006-3, 1850-1856.
  - LANDROVE DÍAZ, Gerardo: Bandas juveniles y delincuencia, en: La Ley 2007-1, 1521-1522.
  - LASTRA DE INÉS, Almudena: Análisis legal y reglamentario de las medidas privativas de libertad. Especial consideración a las condiciones de internamiento en régimen cerrado, en: Cuadernos de Derecho Judicial 2005-XXV, 79-338.
  - MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA, Consuelo: La responsabilidad penal de los menores, en: Cuadernos de la Guardia Civil 40 (2009), 61-94.
  - MIR PUIG, Santiago: Derecho Penal. Parte General, 8<sup>a</sup>, Reppertor, Barcelona, 2008.
  - MOLINA GIMENO, Francisco Javier: EL periodo de seguridad; individualización judicial *versus* individualización penitenciaria en la ejecución de penas graves, en: La Ley 2008-4, 1424-1436.
  - MORILLAS CUEVA, Lorenzo: La política criminal del menor como expresión de una continua contradicción, en: BENÍTEZ ORTUZAR/CRUZ BLANCA (coords.), *El Derecho penal de menores*, Dykinson, Madrid, 2010, 15-52.
  - MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCÍA ARÁN, Mercedes: Derecho Penal. Parte General, 8<sup>a</sup>, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
  - NIETO GARCÍA, Luis: La Ley de responsabilidad Penal de menores. Valoración de sus reformas y de su actual anteproyecto, en: Cuadernos de Derecho Judicial 2005-XXV, 15-38.
  - NIETO GARCÍA, Luis: La ley de responsabilidad penal de menores. Valoración de las reformas y en especial de la LO 8/2006, de 4 de diciembre, en: Cuadernos de Derecho Judicial, 2006-XXII, 341-371.
  - ORTIZ GONZÁLEZ, Ángel: Análisis legal y reglamentario de las medidas privativas de libertad. Especial consideración a las condiciones de internamiento en régimen cerrado según las actuaciones

- nes realizadas desde el defensor del pueblo, en: Cuadernos de Derecho Judicial, 2005-XXV, 39-75.
- ORNOSA FERNÁNDEZ, M<sup>a</sup> Rosario: Comentario al artículo 9 de la LORPM, en: *Derecho pena de menores*. Comentarios a la LO 5/2000, de 12 de enero reguladora de la responsabilidad penal de los menores y a su Reglamento aprobado por Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio, Bosch, Barcelona, 2005, 219-228.
  - PÉREZ JIMÉNEZ, Fátima: *Menores infractores*. Estudio empírico de la respuesta penal, Tirant lo Blanch, Valencia 2006.
  - PÉREZ MACHÍO, Isabel: *El tratamiento jurídico penal de los menores infractores*, LO 8/2006 (aspectos de Derecho comparado y especial consideración del menor infractor inmigrante, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
  - POLAINO-ORTS, Miguel: Las reformas de la Ley del menor (LO 8/2006): el menor como enemigo, en: Cuadernos de Política Criminal 95 (2008), 157-210.
  - RÍOS MARTÍN, Julián: Cambio de paradigma, del niño en peligro al niño peligroso, en: ICADE 53 (2002), 203-242.
  - RÍOS MARTÍN, Julián: La protección de la víctima como coartada legal para el incremento punitivo en la legislación de menores infractores, en: Cuadernos de Derecho Judicial 2005-XXV, 341-396.
  - SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel: El sistema de medidas en la Ley Penal del Menor y las alternativas del proceso, en: JORGE BARREIRO/FEIJOO SÁNCHEZ, *Nuevo derecho penal juvenil: una perspectiva interdisciplinar ¿qué hacer con los menores delincuentes?*, Atelier, Barcelona, 2008, 67-92.
  - SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel: La reforma de la ley penal de menores por la LO 8/2006, en: Revista jurídica de Castilla y León 15 (2008), 13-47.
  - SANZ MULAS, Nieves: Violencia juvenil y tribus urbanas, en: SANZ MULAS (coord.), *El desafío de la criminalidad organizada*, Comares, Granada, 2006, 149-181.
  - 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*, Universidad de la Laguna, Granada, 2007, 3-24.
  - TAMARIT SUMALLA, Josep M<sup>a</sup>: El nuevo Derecho Penal de menores: ¿creación de un sistema penal menor?, en: Revista Penal 8 (2001), 71-89.
  - TORRES FERNÁNDEZ, Elena: La desjudicialización como respuesta a la delincuencia de menores de edad, en: Cuadernos de Política Criminal 79 (2003), 79-107.