



Consideraciones político-criminales sobre las últimas reformas de la Ley Penal del Menor

María Luisa Cuerda Aranau

*Profesora titular de derecho penal
Universidad Jaume I (Castellón)*

Revista n.º 22.—Julio 2008

RESUMEN: En el artículo se analizan críticamente las principales reformas que la LO 8/2006 ha introducido en la Ley orgánica de responsabilidad penal del menor (LORPM). Con ese objetivo se incide muy especialmente en las reformas penales sustantivas que, a juicio de la autora, evidencian de modo más claro que la LO 8/2006 es la culminación de un proceso de progresivo endurecimiento del modelo de justicia juvenil, que paulatinamente se aparta de los principios inspiradores de la LORPM convirtiendo la alarma social y la seguridad ciudadana en fundamentos del sistema

PALABRAS CLAVES: Derecho penal de menores, justicia juvenil, LO 8/2006, últimas tendencias legislativas, endurecimiento de la reacción penal

SUMMARY: In this article, the main reforms introduced by Organic Law 8/2006 into the Organic Law on Criminal Responsibility of Minors (LORPM) are critically approached. With this aim, focus is particularly placed on substantive criminal reforms that, in the author's opinion, provide clearer evidence that Organic Law 8/2006 is the culmination of a process of progressive toughening of the juvenile justice model. This model gradually strays from the principles that inspired the LORPM, and social alarm and citizens' security thus lay the system's foundations

KEY WORDS: minors' criminal law, juvenile justice, Organic Law 8/2006, recent legislative trends, toughening of criminal reaction

SUMARIO: I. Reforma o protección de menores: la definitiva consagración de una falsa dicotomía. II. Las reformas introducidas por la LO 8/2006: visión de conjunto. III. Especial referencia a los regímenes penales de excepción. IV. Conclusión

I. Reforma o protección de menores: la definitiva consagración de una falsa dicotomía

La primera de las Reglas de Beijing impone que la justicia de menores se administre «en el marco general de justicia social para todos los menores, de manera que contribuya a la protección de los jóvenes y al mantenimiento del orden pacífico de la sociedad». Con ello, se pone acertadamente el acento en la imperiosa necesidad de conciliar los principios básicos de un modelo de responsabilidad y los que son propios de ese mismo modelo cuando éste as-

pira a ser expresión de la idea de justicia que es inmanente a toda norma.

Un tal modelo comporta, pues, el compromiso de intervenir con carácter preventivo ante acontecimientos en los que hay o puede haber involucrados menores en situaciones de riesgo, de modo que dicha intervención posibilite el que no sea en el futuro necesaria una reacción sancionadora. Una opción de ese tipo es tal vez la única respuesta honesta que cabría esperar de una sociedad comprometida con la justicia social y que, por ende, toma en consideración dos datos incontestables: de un lado, el

hecho de tratar con menores en proceso de formación y de desarrollo de su personalidad; de otro, la etiología de los comportamientos delictivos de los destinatarios, que mayoritariamente presentan graves defectos de socialización y aprendizaje como consecuencia normalmente de la falta de referentes normativos en sus grupos primarios. En este sentido, la intervención del Fiscal Jefe de Menores de Castellón, JOSÉ LUIS CUESTA, en unas Jornadas destinadas a evaluar la última de las reformas anunciadas en la LORPM, se centró muy especialmente en poner de manifiesto lo significativo que resultaba el hecho de que el 57% de los todos los menores a quienes se incoaron expedientes de reforma presentase fracaso escolar y tuviese dificultades para leer y escribir o realizar operaciones matemáticas básicas. También que un 22% de los menores se encontraban completamente ociosos sin realizar alguna actividad formativa o laboral. O que un 24% perteneciese a un grupo relacional en el que había personas con antecedentes delictivos. En el ámbito familiar los datos a que se refirió CUESTA fueron igual de concluyentes. En más de la mitad de los casos existía un historial continuado de cambios de residencia; en un tercio de las familias de los menores expedientados existían o habían existido referentes familiares inadecuados con problemas delincuenciales o toxicomanías y una cuarta parte también había tenido problemas de inestabilidad económico-laboral o marginalidad. También en un porcentaje elevado, en más de la mitad de los casos, destacaba la ausencia de alguno de los dos progenitores en la convivencia, y cerca del 40% de las familias aplicaban un sistema normopunitivo ambiguo o inconsistente¹. La desolación que tales datos provocan solo es superada por la que genera esa misma realidad cuando se proyecta sobre menores inmigrantes o, en general, sobre quienes han sido o están siendo víctimas de las diferentes modalidades de explotación que conoce el mundo globalizado.

Ante ese panorama, la sociedad puede optar por tratar a sus menores como jóvenes en peligro o como seres peligrosos de los que hay que defenderse. Puede también, sin embargo, mirar la realidad desde una perspectiva más amplia y, en consecuencia, arbitrar las medidas que permitan afrontar adecuadamente las situaciones de riesgo y, al mismo tiempo, adoptar otras de carácter educativo-sanciona-

dor que sirvan a la eficaz tutela de los bienes jurídicos atacados por el delincuente juvenil. ¿Cuál es, cabría ahora preguntarse, el prisma desde el que el legislador español ha contemplado el panorama?

A mi modo de ver, la pregunta no admite una respuesta unívoca porque lo cierto es que la suya ha sido una mirada que ha cambiado mucho con el tiempo, tanto que, en algunos aspectos, es difícil reconocer en ella los mismos ojos.

Aun a riesgo de fraccionar lo que, en el fondo, es un fenómeno progresivo, bien podría decirse que la LORPM en su redacción original parecía decantarse por contemplar la delincuencia de menores como un fenómeno proteico que desaconsejaba medidas prioritaria o exclusivamente sancionadoras. Resultó, sin embargo, que esa ley tan ambiciosa pareció nacer ajena a las graves deficiencias en que se encontraba y se encuentra nuestra red de protección de menores, insertándose, pues, en un sistema en el que está ausente uno de los presupuestos de su viabilidad: la intervención de naturaleza protectora en familias y menores en situación de riesgo. Si a ello añadimos la misma evidente falta de recursos en cuanto afecta a la implantación de medios para hacer efectivas las medidas estrictamente sancionadoras, hay que convenir con DOLZ LAGO en que aquella fue una iniciativa legal difícilmente practicable². A las dificultades inherentes a la puesta en marcha de cualquier innovación legislativa hubo, pues, que sumar que su inserción se producía en un contexto que no estaba preparado para recibirla y, así las cosas, era fácil suponer que pronto cundiría el desánimo.

Lo que tal vez resultó inesperado es que lo hiciera tan rápido. Bastó con que transcurrieran unos meses desde la aprobación de LORPM para que desde ámbitos muy distintos se alzaran voces que pronosticaban que aquella se revelaría como una respuesta ineficaz para combatir la delincuencia juvenil. No es que los agoreros basasen sus pronósticos en estudios fiables encargados de evaluar seriamente el grado de adecuación de una norma que, por otra parte, ni siquiera había entrado en vigor cuando se acometió la primera de las reformas. Antes al contrario, la mayoría se limitaba a exhibir como razón de su dicho acontecimientos dramáticos que, pese a la comprensible conmoción que causaron, solo eran fragmentos de una realidad criminológica de características bien distintas³. La LO 7/2000, de 22 de di-

1. Ponencia presentada a las Jornadas sobre la reforma de la LORPM desarrolladas en la Universitat Jaume I y publicada bajo el título: «La reforma y protección de menores: diferencias y puntos de conexión», en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L./CUERDA ARNAU, M.^a L., *Estudios sobre la responsabilidad penal del menor*, publicaciones de la Universitat Jaume I, Castellón, 2007, p. 203 y 204.

2. «La reforma del derecho penal de menores», en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L./CUERDA ARNAU, M.^a L. *Estudios*, op. cit., p. 223, 224 y 248 y ss.

3. Como se recordará, el 26 de mayo de 2000, estando, pues, la LORPM en periodo de *vacatio legis*- dos jóvenes de San Fernando asesinaron a una compañera para saber qué se sentía, lo que motivó un clamor popular favorable al endurecimiento de las medidas de internamiento, como así hizo la LO 7/2000, de 22 de diciembre, una reforma llamada a satisfacer también las demandas de mayor rigor contra los actos de *kale borroka* protagonizados por menores afines a ETA, quienes a partir de ese momento pasaron, además, a ser enjuiciados por el Juzgado Central de Menores de la Audiencia Nacional. Poco después, en el año 2003, la violación y brutal asesinato de Sandra Palo a manos de un grupo de menores generó asimismo un clima de indignación que no se vio calmado por el hecho de que la sentencia, dictada por el Juzgado de Menores nº 5 de Madrid el día 13 de octubre de 2003, impusiera a los culpables la máxima sanción permitida por la ley.

ciembre, fue el primero de un conjunto de pasos atrás con los que parece abandonarse los iniciales propósitos y se endereza el sistema por la vía de la retribución y el reproche. En la misma línea se sitúan las disposiciones incorporadas a la LO 15/2003 de reforma del Código penal por cuya virtud se introducían modificaciones de gran calado en la LO 5/2000. La primera afectó al art. 25 para permitir la personación en el proceso como acusadores particulares de los padres, herederos o representantes legales, que, por tanto, pasaban a poder actuar en el mismo con las facultades que se derivan del hecho de ser partes. La segunda de las reformas consistió en la incorporación a la ley de una hasta ahora insólita disposición adicional por cuya virtud el Gobierno se comprometía, tras la evaluación de la norma, «a impulsar las medidas orientadas a sancionar con más firmeza los hechos delictivos cometidos por personas que, aun siendo menores, revistan especial gravedad, tales como los previstos en los arts. 138, 139, 179 y 180 del Código penal. A tal fin, continuaba diciendo la DA 6.^a, se establecerá la posibilidad de prolongar el tiempo de internamiento, su cumplimiento en centros en los que se refuercen las medidas de seguridad impuestas o que a partir de la mayoría de edad sean cumplidas en centros penitenciarios».

En ese proceso de progresivo endurecimiento del sistema, las reformas introducidas por la LO 8/2006, de 4 de diciembre constituyen la culminación de un proceso que si no ha supuesto el definitivo abandono del modelo de justicia juvenil por el que el legislador español había optado originariamente sí representa, al menos, la consagración dentro de aquél de un subsistema regido por principios bien distintos.

Desde luego sería aventurado negar que detrás de las referidas novedades legislativas puedan existir estudios que, conforme a la premisa sentada en la propia disposición adicional, hayan evaluado la aplicación de la ley. Sin embargo, los datos que en su momento ofreciera el gobierno para apoyar la reforma admiten interpretaciones bien distintas⁴ y, de hecho, es lo cierto que la propia Exposición de Motivos no parece apoyar decididamente la extendida idea sobre el incremento de la criminalidad de los menores. Eso explicaría el que entre los motivos que sustentan la reforma se aluda a sensaciones —la de impunidad— o a referencias tan inconcluyentes como el fuerte impacto

social que han provocado unos delitos —los llamados de carácter violento— cuyo aumento se niega expresamente por la propia ley. Cabría, pues, preguntarse qué delitos son esos que han convertido en inaplazable un nuevo endurecimiento del régimen penal aplicable a los menores. A tal efecto, es harto difícil apuntar hipótesis pero, una vez más, el proceso de reforma se ha visto envuelto en interpretaciones simplistas de trágicos acontecimientos y nuevamente también los medios de comunicación han actuado como excelentes corifeos que, como bien se ha dicho, no crean pero contribuyen a institucionalizar la gramática de la inseguridad ante el delito⁵. Baste pensar en el tratamiento que recibió el suicidio de Jokin, el chico de Hondarribia que venía sufriendo humillaciones e insultos por parte de sus compañeros. A nadie pareció interesarle en ese caso que quedase claro que, aunque el trágico final nos conmoviese a todos, la muerte no era jurídicamente imputable a los acusados y que ese era un extremo que tampoco se hubiera podido eludir de haber sido aplicable el más severo derecho penal de adultos. Similar falta de rigor se advierte en el tratamiento que se depara a las denominadas bandas juveniles o tribus urbanas, un fenómeno que, pese a ser preocupante, no solo no es representativo de la delincuencia de menores en sentido estricto⁶, sino que exige ser abordado desde una óptica ni exclusiva ni prioritariamente sancionadora por cuanto no es infrecuente que el menor inmerso en las mismas —normalmente proveniente de familias de inmigrantes con pocos recursos— reúna la doble condición de agresor y víctima desde el momento en que se vincula a tales grupos como modo de eludir procesos de exclusión social y su propia inmadurez le dificulta la de por sí nada sencilla tarea de abandonarlas. Naturalmente, no estoy queriendo decir que nada de ello exculpe o atenúe la responsabilidad de los sujetos pero sí que la respuesta penal debe, en la medida de lo posible, incidir en los factores que motivan la conducta, entre los cuales también está el que se señala.

Lo anterior sobra para ratificar cuanto decía sobre el giro producido en el sistema sancionador de menores, que, a la postre, ha derivado en un modelo marcadamente defensista que, en buena medida, convierte la alarma social y la seguridad ciudadana en fundamentos del sistema. Y es que, en el fondo, queda preguntarse si esa dinámica de re-

4. Vid. vg, DÍEZ RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS., *La política criminal en la encrucijada*, ed. B de F, Buenos Aires, 2007, p. 18 y ss y 27.

5. BRANDARIZ GARCÍA, JOSÉ ÁNGEL, *Política criminal de la exclusión*, ed. Comares, Granada, 2007 p. 69 y ss, con ulteriores referencias.

6. Por limitarme a lo más obvio, me sirvo recordar la presentación que en general se dio al caso de Ronny Tapias, quien, como se sabe, fue asesinado el día 28 de octubre de 2003 a la salida del instituto al ser tomado por un integrante de los Latin Kings, banda rival a la de los Ñetas y los Rancutas que días antes habían mantenido una violenta discusión con armas a las puertas de una discoteca barcelonesa. Bien es cierto que en la agresión intervinieron menores, pero no lo es menos que los instigadores fueron personas sometidas al derecho penal de adultos sobre cuya condena por este concepto nunca volvió a hablarse, transmitiendo la falsa impresión de que aquello no pasó de ser tratado judicialmente como un incidente sometido a la benévola ley penal del menor (cfr. la sentencia del Juzgado de Menores nº 2 de Barcelona de 27 de abril de 2004, que impuso a los acusados la medida de ocho años de internamiento en régimen cerrado, seguidos de cuatro años de libertad vigilada, así como la sentencia dictada el día 18 de abril de 2005 por la sección 5ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, que absolvió a algunos de los acusados mayores de edad y condenó a otros a la pena de diecisiete años de prisión e inhabilitación absoluta por el delito de asesinato).

forma tras reforma responde a una política criminal bien diseñada o es en algunos casos el fruto apresurado de reflexiones hechas al calor de polémicas que necesariamente empañan el objetivo o, lo que es peor, como respuesta a la presión soterrada que se ejerce desde variados centros de poder. Probablemente, en las diferentes reformas ha habido un poco de todo y, por tanto, resulta imprescindible abundar en la necesidad de recuperar la racionalidad en el proceso de elaboración de la norma, que, en cuanto determinación de la razón, incorpora una pretensión de validez que en demasiadas ocasiones está en buena medida ausente. Al mismo tiempo, habría que preguntarse qué se ha hecho para mejorar el sistema de protección o, en general, para promover las condiciones que posibiliten el que no sea necesaria una intervención penal o, que de ser esta indispensable, se produzca sin postergar la faceta educativa que conceptualmente separa las medidas de las penas. Probablemente mientras se quieran presentar ambas facetas como términos absolutamente dicotómicos el balance difícilmente resultará equilibrado.

II. Las reformas introducidas por la LO 8/2006: visión de conjunto

Sin duda no todas las novedades que nos depara la ley son fruto del oportunismo político, ni, por ende, todas son susceptibles de la misma valoración. Es más, no son pocas las reformas que eran reclamadas desde antiguo por los jueces y fiscales de menores y mejoran técnicamente la ley. Tal es el caso, por limitarme a lo más obvio, de cuanto afecta al nombramiento del letrado por el fiscal (art. 22.2), el enjuiciamiento simultáneo de la pretensión civil (art. 61 y ss), el haber puesto fin a la disputa doctrinal acerca del derecho del menor a la previa entrevista re-

servada con su abogado (art. 17.2 apartado 2)⁷ o la ampliación del tiempo máximo de la medida cautelar de internamiento, cuya inicial previsión demostraba un escaso sentido de la realidad⁸. La misma valoración positiva merece la relativa mejora de la regulación de los concursos, el esclarecimiento —en contra de lo dispuesto en la Circular FGE 1/2000— de la posibilidad de imponer una pluralidad de medidas (art. 7.4)⁹ o, en fin, la introducción de la medida de alejamiento, que, tanto en su condición de medida sancionatoria (art. 7.1 letra i)¹⁰ como cautelar (art. 28.1) puede ser útil —como medida complementaria a otras de carácter educativo¹¹— para afrontar fenómenos como el acoso escolar¹².

Por el contrario, en el tintero se han quedado diversas aclaraciones y modificaciones, algunas tan urgentes y necesarias como la adopción de un sistema que agilice la actuación de los equipos técnicos, la posibilidad de arbitrar un procedimiento simplificado para el enjuiciamiento de las faltas, y, desde luego, si algo se echa en falta es el hecho de acompañar la reforma de iniciativas reales que permitan gozar de la imprescindible dotación económica en la fase de ejecución de las medidas. Por otra parte, el legislador ha optado por consolidar determinadas orientaciones político-criminales no exentas de polémica, de las cuales es ejemplo paradigmático la definitiva consagración del derecho de los ofendidos y perjudicados a mostrarse parte en la causa (art. 4). Tal decisión —consecuencia directa de lo dispuesto en el art. 25 tras la nueva redacción dada al precepto por la LO 15/2003¹³— ya fue cuestionada con argumentos que aquí no van a reiterarse pero que merecerían ser nuevamente objeto de debate en estas Jornadas por la indiscutible repercusión que tiene en principios inspiradores del modelo acogido por la LORPM, pues, como insiste en decir Teresa Gisbert¹⁴, su difícil compatibilidad con

7. Se acoge, pues, el criterio ya expuesto por la Fiscalía General del Estado en la Consulta 2/2005, de 12 de julio evacuada a instancias de la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad valenciana.

8. TAMARIT SUMALLA, Josep M.^a, «Principios político-criminales y dogmáticos del sistema penal de menores», en GONZÁLEZ CUSAC, José Luis; TAMARIT SUMALLA, J. M.^a y GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis (coord.), *Justicia penal de menores jóvenes (análisis sustantivo y procesal de la nueva regulación)* ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 45.

9. A la inversa, también hay que agradecer al legislador el que haya aclarado que no es preciso imponer una pluralidad de medidas en casos de concurso de delitos.

10. Tanto para delitos como para faltas, si bien en este último caso no podrá exceder de seis meses.

11. Comparto la opinión sostenida en la Circular de la FGE 1/2007 sobre la falta de contenido educativo de esta medida y, por ende, la necesidad de complementarla con otra, respetando, en todo caso, las exigencias de la proporcionalidad en la reacción.

12. Bien es verdad que, como puntualiza JOSÉ MIGUEL DE LA ROSA CORTINA, la medida de alejamiento era una realidad en la justicia de menores habida cuenta de que la Consulta 3/2004 de la Fiscalía General del Estado ya había admitido la imposición de la misma y, de hecho, se venía imponiendo como regla de conducta de la medida de libertad vigilada (en *La responsabilidad penal de los menores. Adaptada a la LO8/2006 de 4 de diciembre*, junto a EDUARDO DE URBANO CASTRILLO, ed. Aranzadi, Pamplona, 2007, p. 68 y 69).

13. Como se recordará, la disposición final 2.^a de la LO15/2003, de reforma del Código penal, dio nueva redacción al artículo 25 LORPM en el sentido de reconocer a los ofendidos y perjudicados la posibilidad de personarse en el expediente de reforma ejerciendo la acusación particular y, por ende, posibilitando que la medida solicitada por los mismos fuera el nuevo límite infranqueable en virtud del principio acusatorio (art. 8).

14. Vid. Recientemente, «La instrucción: derechos de los menores y sus víctimas» (Ponencia presentada al curso «La reforma del derecho penal juvenil», celebrado en León los días 22,23 y 24 de octubre bajo los auspicios del CEJ y bajo la dirección de Ave-lino FIERRO).

el interés superior del menor como criterio rector de imposición de las medidas o con el principio de oportunidad está fuera de toda duda¹⁵. En esta línea, no pueden dejar de destacarse los problemas que, casi con seguridad, habrán de derivarse del acceso a todos los informes del equipo técnico que ahora ya sin duda habrá que conceder a la acusación particular. Precisamente por eso la recién publicada Circular de la Fiscalía 1/2007, de 23 de noviembre, se hace eco de la necesidad de incentivar al cumplimiento de lo dispuesto en el art. 35 LORPM, nueva disposición con la que se refuerza el secreto externo de las actuaciones y el deber de reserva.

Junto a lo anterior, es obvio que otro— tal vez el más importante— de los ejes principales sobre los que ha girado la reforma operada por LO 8/2006 ha sido el que persigue un endurecimiento de la reacción sancionadora ante el delito cometido por un menor edad. En esta línea hay que inscribir, al menos, las siguientes reformas

a) La ampliación del ámbito de aplicación de la medida de internamiento en régimen cerrado (arts. 9 y 10).

b) La correlativa ampliación de la extensión temporal de las medidas de internamiento en régimen cerrado.

c) El establecimiento de un límite inferior para la medida de internamiento en régimen cerrado y la imposición de un periodo de seguridad aplicable a los mayores de 16 años en los supuestos delictivos previstos en el art. 9.2 (delitos graves, empleo de violencia/intimidación, riesgo para la vida o integridad, comisión en grupo y crimen organizado) cuando se aprecie extrema gravedad o en casos de reincidencia (art. 10.1 b). Por su parte, lo mismo rige

cuando se trate de hechos inscribibles en el art. 10. 2 (arts. 138, 139, 179 y 180 y 571 a 580 del CP y delitos castigados con una pena superior a quince años).

d) El cumplimiento en centro penitenciario de la medida de régimen cerrado, potestativamente para mayores de 18 años e imperativamente —como regla general— para mayores de 21 años (art. 14).

e) Posibilidad de dejar sin efecto la medida de internamiento en régimen semiabierto, sustituyéndola por el régimen cerrado en el supuesto de que la evolución de la ejecución resulte desfavorable (art. 51.2).

f) Establecimiento de un nuevo régimen en materia de refundición de medidas y límites de cumplimiento en el caso de infracciones no conexas en virtud del cual podría llegar imponerse a los menores de 16 años una medida de hasta doce años, que, tratándose de un menor de 16 a 18 años, puede llegar al internamiento por un período de veinte años (ex arts. 11.3 y 47.2)¹⁶.

g) Supresión definitiva de la posibilidad de aplicar la LORPM a los jóvenes de edades comprendidas entre 18 y 21 años¹⁷.

Estas y otras novedades ponen de manifiesto que con la LO 8/2006 se consolida una tendencia ya evidente en las reformas previas, por lo que, como se ha dicho en afortunada expresión¹⁸, solo resta hacer la crónica de lo que ha sido una reforma anunciada, una reforma, por lo demás, que, pese a lo dicho por algún prestigioso autor, no creo que se limite a ser un endurecimiento meramente simbólico¹⁹. De que no es así es consciente la propia Fiscalía General y por ello, con gran acierto, la Circular 1/2007 insta

15. Cfr. vg. MIGUEL ÁNGEL CANO PAÑOS, «La acusación particular en el proceso penal de menores. ¿La represión como alternativa?», en *Revista del Poder Judicial*, nº 76, 2004, p. 283 y ss; JOSÉ MIGUEL DE LA ROSA CORTINA, «La acusación particular en el proceso penal de menores: primeras reflexiones tras la reforma 15/2003», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, año XIV, nº 620, 22 abril 2004, p. 1 y ss; EDUARDO DE URBANO CASTRILLO, *La responsabilidad penal...*, op. cit., p. 47 y ss; GÓMEZ COLOMER, JUAN-LUIS, «Juez y partes en la propuesta de reforma de 2005/2006 del proceso penal de menores», en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L./CUERDA ARNAU, M^aL., *Estudios...*, op. cit., p. 342 y ss.

16. Por el contrario, la ley incurre en la paradoja de permitir la refundición de condenas en caso de delitos cometidos con posterioridad al momento en que se dictó la condena en la que se practica la refundición (art. 47.3). Dicho criterio se opone a lo dispuesto en el art. 76.2 CP y a lo acordado por el TS en el pleno no jurisdiccional de 29 de noviembre de 2005, y, con ello, posibilita la impunidad de delitos futuros. Así acontecerá, por ejemplo, en el caso con que DOLZ ilustra su crítica a la disposición comentada: un menor de 15 años condenado por varios homicidios a la medida máxima de doce años de internamiento en régimen cerrado y que comete un nuevo homicidio. Ante tal hipótesis, y aunque se le impusiera el máximo de seis años por el nuevo delito, éste quedaría impune, toda vez que la refundición de la pena de seis años con la anterior estaría sujeta al límite de cumplimiento del doble de la más grave, esto es, los doce años impuestos por los previos homicidios («¿Endurecimiento simbólico de la Ley penal del menor?», en *La Ley penal*, nº 41, año IV, septiembre 2007 p. 83, nota 51).

17. Pronto se suscitó la polémica de si, pese a la derogación definitiva, cabía entender aplicable la LORPM a los hechos cometidos por tales personas entre el 1 de enero de 2007 (período al que se extendía la suspensión acordada por la LO 9/2002) y el 5 de febrero de 2007 (entrada en vigor de la reforma operada por LO 8/2006). Como se sabe, la Fiscalía General del Estado dictó la Instrucción 5/2006 ordenando a los Sres. Fiscales que se opusiesen a ello. Por su parte, el Consejo General de la Abogacía Española dictó la Circular 5/2007 en sentido contrario. Pese a todo y hasta donde alcanzo, no conozco de ningún supuesto en que se haya seguido este último criterio (vid. más extensamente, vg. José Javier POLO RODRÍGUEZ/Antonio Jesús HUÉLAMO BUENDÍA, *La nueva ley penal del menor*, ed. Colex, 3ª ed. Madrid, 2007, p. 151 ss.

18. AVELINO FIERRO GÓMEZ, «La ley del menor: crónica de una reforma anunciada», en *La ley*, año XXVII, nº 6492, lunes 29 de mayo de 2006.

19. En este sentido, MANUEL JESÚS DOLZ LAGO, «¿Endurecimiento simbólico...?», op. cit. *passim*. Por lo demás, no hay que olvidar que, como tantas veces se ha dicho, uno de los problemas del derecho penal simbólico es que termina por ser aplicado.

a los Sres. Fiscales a que eviten los automatismos a que parece inducir la reforma y a que para la elección de la medida o medidas adecuadas y también para la fijación de su *quantum* actúen conforme a los principios inspiradores de la LORPM, atendiendo «de modo flexible, no solo a la prueba y valoración jurídica de los hechos, sino especialmente a la edad, las circunstancias familiares y sociales, la personalidad y el interés del menor, puestos de manifiesto los dos últimos en los informes de los equipos técnicos».

III. Especial referencia a los regímenes penales de excepción

Aunque otra cosa parezca indicar el título del epígrafe, está en lo cierto VALEIJE ÁLVAREZ cuando, con la rotundidad que acostumbra, afirma que, en realidad, el endurecimiento que inaugura la reforma «se produce en relación a delitos que no pueden calificarse de excepcionales, sino a los que conforman el núcleo de la delincuencia clásica protagonizada por menores, respecto a los que las consideraciones de prevención especial pasan a ocupar un segundo plano cediendo protagonismo a consideraciones de prevención general»²⁰. De ahí la trascendencia que tiene la consagración dentro del modelo de justicia juvenil de un subsistema regido por principios bien distintos, tan distintos y antagónicos²¹ que en opinión de LANDROVE DÍAZ supone la definitiva desnaturalización de dicho cuerpo legal²².

En lo que sigue me limitaré a realizar algunas breves consideraciones sobre determinadas cuestiones penales sustantivas que, a mi juicio, evidencian la tendencia político-criminal en la que se ha inspirado una reforma que, a fin de cuentas, ha terminado por introducir en la justicia de menores el modelo de seguridad ciudadana²³ que, como DÍEZ RIPOLLÉS se ha encargado de poner de manifiesto, es ya un signo de nuestro tiempo.

En esa dinámica, el lugar de honor le corresponde sin duda al endurecimiento de la reacción derivado directamente de la ampliación del ámbito de aplicación del internamiento en régimen cerrado y la mayor extensión que ahora puede alcanzar el mismo (art. 9.2 y art. 10). Claro es que algunos hechos excepcionales de gravedad extraordinaria no recibían en la redacción originaria un trato acorde con las exigencias de tutela que, en último térmi-

no, justifican cualquier intervención penal. Sin embargo, para tratar la excepción se generaliza un rigorismo que en muchos casos resultará desproporcionado sin que ello, a su vez, reporte ventajas evidentes en términos de tutela.

Esto es lo que acontece, por ejemplo, con la previsión relativa a la posibilidad de acordar el internamiento agravado ante cualquier delito grave (art. 9.2 a) y art. 10), lo cual, como se ha sugerido²⁴, puede tener en gran medida su razón de ser en la voluntad legislativa de que la justicia de menores sancione con mayor dureza el tráfico de drogas, trasponiendo de ese modo al derecho penal juvenil la política criminal emprendida en esa materia en el derecho penal de adultos. Tal transposición, sin embargo, no solo olvida las atinadas críticas que ya se han dirigido a aquella incluso desde la perspectiva de la eficacia, sino, lo que es peor, posterga una realidad criminológica de menores consumidores-trafficantes con respecto a los cuales parecería aconsejable otro tipo de actuación.

El mismo desacertado automatismo preside la decisión de vincular comisión en grupo y medida de internamiento en régimen cerrado con sumisión a las reglas especiales previstas en el art. 10. No creo que a nadie sorprenda la decisión de que estas conductas entren a engrosar el subsistema de derecho penal de menores constituido por el conjunto de los supuestos a que se refiere el apartado segundo del art. 9 LORPM. Al fin y al cabo, es una muestra más de la facilidad con que se despliegan las armas del denostado derecho penal del enemigo como símbolo de la protección de los ciudadanos frente al crimen organizado. Es más, no hay que olvidar que la fórmula delincuencia organizada, delitos que se cometen en grupo y otras similares es a menudo un cómodo expediente para legitimar intervenciones que, de otro modo, no pasarían los controles, lo que encierra la tentación de otorgar el carácter de grupo organizado a una multiplicidad de manifestaciones con el fin de justificar una mayor y más dura intervención penal. Precisamente por esto último hay que insistir en que tal previsión legislativa —con independencia del juicio que a cada uno le merezca desde la perspectiva político-criminal— en absoluto autoriza a renunciar a principios básicos, de manera que una cosa es la decisión político-criminal que nos ocupa y otra bien distinta el que de ahí se infiera veladamente la relajación de principios tan básicos como el de responsabilidad por hecho propio. En otro

20. «Las medidas de internamiento en régimen cerrado impuestas a los menores infractores», original mecanografiado, p. 9. El citado estudio fue la brillante ponencia presentada por su autora en la reunión de la Asociación Internacional de Derecho Penal celebrada en La Toja en mayo de 2007. Agradezco a INMA VALEIJE la cortesía de enviarme su trabajo, del que este que hoy se presenta al lector es en buena medida tributario.

21. FIERRO GÓMEZ, A. «La ley del menor...», op. cit. p. 1754.

22. «Réquiem por la ley penal del menor», *La ley*, nº 6505, jueves 15 de junio de 2006.

23. Vid. especialmente, OCTAVIO GARCÍA PÉREZ, «La introducción del modelo de seguridad ciudadana en la justicia de menores», en PANTOJA GARCÍA, F., *La ley de responsabilidad penal del menor: situación actual*, Cuadernos de derecho judicial, XXV, Publicaciones del CGPJ, Madrid, 2006, p. 397 y ss.

24. VALEIJE ÁLVAREZ, I., «Las medidas de internamiento en régimen cerrado...», op. cit., original mecanografiado, p. 10.

lugar me he ocupado con detalle del conjunto de problemas que suscita la previsión que se comenta²⁵, de modo que en lo que sigue me limitaré a apuntar qué es lo que se deriva de lo allí dispuesto y que otras consecuencias resultan inadmisibles.

Pues bien, lo primero que evidencia la redacción dada a la regla que nos concierne es la clara voluntad legislativa de separar esta realidad criminológica del delito de asociación ilícita. Esto es, para estimar que el hecho es incardinable en esta norma no es preciso que resulte acreditada la presencia de una asociación ilícita a la que vincular la conducta individual. Así resulta no solo de la referencia al grupo como algo distinto a la «asociación» o a la «organización», sino especialmente de la mención al carácter transitorio que puede tener cualquiera de las colectividades que allí se recogen. Es obvio, por consiguiente, que la eventual condena por el delito de asociación ilícita no es presupuesto para la aplicación de esta regla. Sentado lo anterior, parece razonable sostener que la norma contiene dos modalidades distintas: a) la aplicable a los responsables de delitos cometidos en grupo, sin que resulte preciso que el grupo tenga por objeto la comisión de delitos y b) la prevista para los responsables de delitos —pluripersonales o no— que mantuvieran ciertos vínculos con colectivos que se dedicaren a delinquir. Por tanto, en el primer caso la aplicación solo se condiciona a la concurrencia en el delito de que se trate de una pluralidad de personas²⁶, mientras que lo determinante en el segundo es la vinculación del sujeto con la banda, siendo irrelevante el número de personas que intervengan en el delito. Claro está, como es obvio, que habrá hipótesis que reúnan ambas condiciones por tratarse de un delito cometido en grupo y por sujetos que mantengan con las bandas, organizaciones o asociaciones la vinculación ya referida, lo cual no obsta a que sea suficiente con que concorra una sola de tales circunstancias a los efectos previstos en el precepto.

Dicho esto, y dejando al margen otros problemas interpretativos que se suscitan, conviene subrayar la necesidad de que el entendimiento de la referida regla se someta a ciertas pautas que eviten el que se extienda desmesuradamente su posible ámbito de aplicación. Para ello, nada mejor que atender al común fundamento de las diferentes

modalidades previstas en el art. 9.2 y que autorizan a decretar el régimen cerrado: la gravedad del hecho. En el caso de la letra c) cabría fundamentar dicha gravedad bien en la repetida idea del mayor peligro que para los bienes jurídicos afectados representa la actuación en grupo²⁷, bien en el mayor desvalor de resultado que cabe predicar de conductas que, directa o indirectamente, acaban sirviendo a los objetivos de grupos criminales. Entiendo, pues, necesario exigir la presencia alternativa de alguno de tales fundamentos, cuya ausencia debiera conducir al juzgador a no plantearse siquiera la posibilidad de decretar aquel tipo de internamiento. En virtud de un razonamiento de ese tipo habría que desechar su aplicación, por ejemplo, en aquellos casos en que la realización en grupo resulte insustancial, lo cual permitirá dejar fuera muchas hipótesis en que ello no es más que una manifestación del comportamiento grupal que caracteriza la etapa juvenil, sin repercusión real en la peligrosidad de la conducta. De igual modo, carecería de sentido proyectar los efectos de la regla sobre menores cuya relación con las bandas, organizaciones o asociaciones mencionadas se limitase a ser meramente formal²⁸ o cuyas actividades delictivas se desarrollasen absolutamente al margen de las mismas, pues lo decisivo debe ser, a mi modo de ver, el hecho de que la actividad delictiva desplegada pueda ser vista como conducta de favorecimiento de las colectividades que se pretende combatir.

Así entendida, la regla permite decretar el internamiento en régimen cerrado, si bien el carácter potestativo de la misma pone en manos del juez la posibilidad de ajustar su uso a los requerimientos de la proporcionalidad y al todavía vigente interés del menor como principio rector de la LORPM²⁹.

Menor margen de actuación es el que la LORPM otorga al juzgador en determinados supuestos que *ex lege* pasan a recibir obligatoriamente un trato más severo difícil de justificar en todos los casos y de consecuencias más graves³⁰ que la elevación de los límites máximos, toda vez que éstos son potestativos. Así, por ejemplo, en virtud de lo dispuesto en el art. 10.1 b) resulta imperativa la imposición de la medida de internamiento en régimen cerrado por un míni-

25. «Delincuencia juvenil y actuación en grupo: acoso escolar y bandas juveniles», ponencia presentada en la reunión de la Asociación internacional de derecho penal (AIDP), La Toja, 2007. Publicada en el número monográfico de la *Revista Galega de Seguridade Pública*, nº 9, 2007, *Retos de la política criminal actual*, p. 143 a 172.

26. Que, siguiendo nuestra tradición histórica, deberá ser de tres o más personas.

27. Con rara unanimidad ese ha sido un requisito tradicionalmente exigido por nuestra doctrina a la hora de interpretar institutos con el que guarda el que nos ocupa un gran paralelismo: desde las viejas agravantes de actuar con auxilio de gente armada o en cuadrilla, hasta las actuales de abuso de superioridad o auxilio de personas que debiliten la defensa del ofendido.

28. Como es bien sabido, un buen número de quienes se dicen seguidores de los *Latin Kings* o de los *Ñetas* se limitan a pagar sus cuotas, a asistir a algunas reuniones y a frecuentar los mismos lugares de recreo ataviados con la misma peculiar indumentaria.

29. Esa es también en líneas generales la interpretación que ha venido a defender la Circular de la FGE 1/2007.

30. En este sentido ya se pronunció el Consejo Fiscal en su informe al Anteproyecto y la doctrina, por su parte, ha abundado en las críticas. Vid., entre otros, FIERRO GÓMEZ, A., «La ley del menor: crónica...», op. cit., p. 1755; VALEIJE ÁLVAREZ, I., «Las medidas de internamiento en régimen cerrado...», op. cit., original mecanografiado, p. 13.

mo de un año para supuestos cometidos cuando el menor tuviere 16 o 17 años si se apreciare reincidencia. Estimar que en todo caso hay extrema gravedad en casos de reincidencia es, sin más, un desatino. Bien es verdad que, por fortuna, la interpretación que de la reincidencia hizo la Circular FGE 1/2000 limita la operatividad de lo dispuesto por la reforma, ya que, como allí se dispone: «Se impone en este tema la aplicación supletoria del CP teniendo en cuenta que las medidas de la LORPM no son propiamente penas y que el régimen de cancelación más favorable al reo es el de las medidas de seguridad». Tal cosa conduce a aplicar el art. 137 CP, y, por tanto, a entenderlas canceladas una vez cumplida o prescrita la respectiva medida.

Nada distinto puede decirse en relación con el período de seguridad que imperativamente impone el art. 10.1 y 10.2 y que, como bien se ha dicho, supone un agravio con respecto a lo dispuesto en el derecho penal de adultos, habida cuenta de que resulta objetivamente más gravoso. En efecto, como afirma VALEIJE ÁLVAREZ³¹, la imposibilidad de modificación o sustitución ordinarias (art. 13 y 51) choca con la posibilidad que la legislación penitenciaria ofrece a los adultos condenados a penas de prisión inferiores a cinco años (art. 36 del 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 (art. 104.3 del Reglamento penitenciario). Esta decisión de la Administración ni siquiera requiere un plazo mínimo de inevitable observación, tan solo recoge que deberá transcurrir el tiempo suficiente para obtener un adecuado conocimiento del mismo. Por tanto, concluye la autora, no se fija ningún período mínimo para hacer una propuesta de calificación por lo que desde el primer día de in-

gresar en prisión puede estar clasificado en tercer grado, gozando, por ende, del régimen abierto mientras que el menor internado en régimen cerrado solo podrá ver modificada esa medida cuando transcurra el primer año de cumplimiento efectivo o la mitad del cumplimiento efectivo de la medida en los supuestos del art. 10.2 de la LORPM.

A la vista de lo anterior, no puede sorprender el que se mantenga —y aun se agrave³²— el régimen singular a que se someten todos los delitos de terrorismo o relacionados con el fenómeno terrorista³³. Como se sabe, la disposición adicional 4.^a que incorporó la LO 7/2000 supuso la agravación de las consecuencias jurídicas por hechos incardinables en los arts. 571 a 580 y la sumisión a la jurisdicción de la Audiencia Nacional de los responsables de los mismos. Que nada de esto se alterase era previsible pero tal vez el legislador no ha reflexionado lo bastante sobre las mayores repercusiones que tal régimen conlleva atendido el hecho de que hoy puede abocar al menor a cumplir la condena en centro penitenciario donde, según el art. 14, se someterá al régimen general penitenciario.

Aunque la interpretación de la fórmula empleada —«régimen general penitenciario»— no es pacífica³⁴, no hay que descartar el que se entienda admisible la posibilidad de que quien, a fin de cuentas, cometió el delito siendo menor acabe por engrosar la categoría de lo que la administración penitenciaria denomina Internos de Especial Seguimiento (FIES), institución cuya única cobertura legal son las diversas Circulares de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias dictadas desde 1991³⁵, pese a lo cual está firmemente instalada en los centros penitenciarios. Tal clasificación, como es sabido, consiste, dicho de una manera muy simplificada,

31. «Las medidas de internamiento en régimen cerrado...», op. cit., original mecanografiado, p. 14.

32. La reforma ha incrementado el límite máximo de duración de la medida de internamiento en régimen cerrado a que pueden verse sometidos los menores de 14 y 15 años, que pasa a ser de 5 años.

33. Con la referencia a los delitos tipificados en los artículos 571 a 580 se pretende que el régimen de excepción resulte aplicable también a los condenados por apología de conformidad con lo dispuesto en el discutible art. 578 CP. Que eso sea así implica, de un lado, olvidar la diferencia de buen criterio que existe entre los actos de terrorismo y un delito que, como dijera el conocido ATS de 23 de mayo de 2002, es «un delito (de opinión) que versa sobre otro delito distinto o delito objeto: el de terrorismo, con el que no puede confundirse» (recuérdese, así mismo, la STC 199/1987). Por lo mismo, y aún con mayor motivo, estimo que no le son aplicables las particularidades de la instrucción, muy especialmente, la derogación del régimen general de detención e incomunicación (art. 17.4 LORPM en relación con el art. 520 bis LECrim.).

34. Como se sabe, el antiguo art. 15 LORPM se refería al cumplimiento en centro penitenciario de las medidas impuestas a los mayores de 23 años o a quienes no hubieran finalizado su cumplimiento al alcanzar dicha edad. En dicho precepto, a diferencia de lo que hoy dice el art. 14, se decía que el referido cumplimiento lo sería conforme al «régimen ordinario» previsto en la LOGP. Dicha referencia fue entendida como sumisión al régimen a que se someten los penados clasificados en segundo grado, los que están sin clasificar y los detenidos y presos (arts. 74 y 76 y ss Reglamento penitenciario). Con la nueva redacción, se alude al «régimen general», lo cual permite entender, de un lado, que es posible la aplicación de un régimen abierto pero también de un régimen cerrado aplicable a los clasificados en primer grado. El hecho de que la LORPM nada diga sobre si ha lugar o no a la clasificación de estos internos hace pensar que éste será el modo de proceder por parte de la administración penitenciaria.

35. Como se recordará el origen está en varias Circulares de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias de ese año y dictadas el 6 de marzo (sobre creación del FIES), 28 de mayo (sobre medidas de vigilancia y seguridad especiales para internos FIES) y 2 de agosto (sobre normas comunes tipo para internos FIES donde, entre otras, se preveía la limitación a una hora de patio al día, cacheo antes y después de salir de la celda, limitación en las frecuencia de comunicaciones y visitas, etc.) y 13 septiembre (sobre normas de aplicación a internos FIES para traslados) de 1991, si bien ya antes una Circular de 13 noviembre de 1989 obligaba a remitir datos de internos de bandas armadas al Servicio de Régimen de la Subdirección de Gestión penitenciaria. Tras la entrada en vigor

en la creación de ficheros específicos (FIES 3 BA, en el caso de terroristas) para los internos adscritos a dicha categoría, lo que facilita un seguimiento especial que resulta de dudosa legalidad³⁶ y que comporta el sometimiento a un régimen de ejecución mucho más estricto.

Por si lo anterior no bastara, no hay que olvidar la nueva redacción dada por la LO 7/2003 al art. 72 LOGP³⁷, así como la que esta misma ley de reforma confirió al art. 90.1 CP³⁸. El juego combinado de ambos preceptos conduce a endurecer sensiblemente las condiciones de ejecución al sujetar el acceso o progresión al tercer grado penitenciario y el pronóstico favorable de reinserción, no solo al abandono de las actividades delictivas, sino también a la colaboración con las autoridades en los términos consignados en ambos preceptos. La inconsistencia jurídica de tales previsiones se constata con solo pensar en el despropósito en que se incurre al exigir acumulativamente el abandono/repudio de la lucha armada y la colabora-

ción efectiva en un momento en que el sujeto está apartado de la actividad terrorista y, por tanto, si está en condiciones de colaborar eficazmente es porque muy probablemente su vinculación con el grupo persiste y, si no es así, difícilmente estará en condiciones de prestar la colaboración que se le demanda. Y si esto es así con carácter general qué decir cuando resulta que el espíritu que anima a esas previsiones puede acabar impregnando el tratamiento que se depare a individuos cuya juventud difícilmente habrá de permitirles prestar la colaboración requerida³⁹. Nada hay en la nueva redacción de la LORPM que impida a la administración penitenciaria aplicar aquel paradigma a los menores, lo cual requería de una reflexión que, al parecer, no se ha hecho. Por eso, en fin, tampoco es de extrañar que no se haya visto alterada la inhabilitación introducida en la reforma del año 2000, cuya severidad ha motivado el que algunos la califiquen de medida de depuración ideológica⁴⁰.

del Reglamento penitenciario en 1996 y en virtud de la disposición transitoria 4ª se procedió a la armonización, refundición y adecuación de Circulares, Instrucciones y Órdenes de servicio que existían hasta la fecha y se dictó la Instrucción 21/1996, instrumento donde se reconoce sin ambages que el objetivo no es otro que «disponer de una amplia información de determinados grupos de internos por el delito cometido, su trayectoria penitenciaria, su integración en formas de criminalidad organizada, que permita conocer sus vinculaciones y una adecuada gestión reglamental, ejerciendo un control adecuado frente a las fórmulas delictivas altamente complejas y potencialmente desestabilizadoras del sistema penitenciario...». Como es sabido, para alcanzar ese mejor conocimiento se establece un sistema de control intensivo que va desde cacheos diarios, control visual casi constante, control de familiares, abogados y un régimen diario de visitas más severo que el aplicable a los clasificados en primer grado. Y todo ello sin control judicial.

36. El propio Tribunal Constitucional se ha referido al Fichero de Internos de Especial Peligrosidad (FIES) como un grupo creado por la Administración Penitenciaria a partir de unas características que por ser genéricas y heterogéneas no sirven como base suficiente para adoptar medidas restrictivas. Por ello, el Tribunal Constitucional ha negado fundamentación suficiente a los acuerdos de esa naturaleza motivados exclusivamente en la simple inclusión de un individuo en tales ficheros (STC 170/1996). No obstante, no es menos cierto que las exigencias del Tribunal Constitucional tampoco han ido mucho más allá. Concretamente, ha entendido que para justificar la medida adoptada es suficiente hacer referencia a la característica común al grupo en cuanto le es aplicable individualmente, esto es, bastaría con dejar claro, por ejemplo, que el destinatario de la medida forma parte de un grupo que ha llevado y continúa llevando a cabo acciones que ponen en peligro la seguridad del Centro Penitenciario (STC 200/1997), lo que, en el fondo, es difícil de diferenciar de la afirmación- rechazada por la jurisprudencia constitucional- de que lo que justifica la medida es la pertenencia a un grupo.

37. Como se recordará, la LO 7/2003 introdujo un nuevo apartado 6 en el art. 72 de la LO 1/1979, General Penitenciaria, a cuyo tenor:

«Del mismo modo, la clasificación o progresión al tercer grado penitenciario de personas condenadas por delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título XXII del libro II del Código penal o cometidos en el seno de organizaciones criminales, requerirá, además de los requisitos previstos por el Código Penal y la satisfacción de la responsabilidad civil con sus rentas y patrimonios presentes y futuros en los términos del apartado anterior, que muestren signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios terroristas, y, además hayan colaborado activamente con las autoridades, bien para impedir la producción de otros delitos por parte de la banda armada, organización o grupo terrorista, bien para atenuar los efectos de su delito, bien para la identificación, captura y procesamiento de responsables de delitos terroristas, para obtener pruebas o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado, lo que podrá acreditarse mediante una declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito, así como por los informes técnicos que acrediten que el preso está realmente desvinculado de la organización terrorista y del entorno y actividades de asociaciones y colectivos ilegales que la rodean y su colaboración con las autoridades».

38. En virtud de lo allí dispuesto, en el caso de personas condenadas por delitos de terrorismo y, a los efectos de entender que existe el pronóstico de reinserción social imprescindible para acceder a la libertad condicional, se convierte en condición indispensable la colaboración activa y eficaz con las autoridades.

39. Sobre los problemas concretos que en relación con la libertad condicional han suscitado las reformas introducidas en los institutos premiales, vid. M.ª. LUISA CUERDA ARNAU, «El premio por el abandono de la organización y la colaboración con las autoridades como estrategia de lucha contra el terrorismo en momentos de crisis interna», en *Estudios penales y criminológicos*, Universidad de Santiago de Compostela, XXV, 2005, p. 27 y ss.

40. VALEIJE ÁLVAREZ, I., «Las medidas de internamiento en régimen cerrado...», op. cit., original mecanografiado, p. 17.

Hasta aquí algunas de las modificaciones que, a mi modo de ver, reflejan más fielmente el espíritu de la reforma. El círculo de fuego, claro está, lo cierran las previsiones relativas al cumplimiento de la medida en un centro penitenciario, tema cuyo tratamiento no se va a abordar aquí, si bien no me resisto a destacar el carácter espurio de los motivos que se invocan. No se trata, evidentemente, de negar el efecto criminógeno que, como resaltaba la Memoria de la Fiscalía General del año 2005, se produce cuando conviven menores de edades bien distintas. Que eso es así resulta tan indiscutible como los problemas que, como tantas veces he oído decir a los educadores, genera para el mantenimiento de la disciplina en los centros. Sin embargo, habría que preguntarse qué se ha hecho para hacer efectiva la separación en módulos prevista en el art. 54.3 LORPM y en el art. 33 del Reglamento. Por lo demás, ¿acaso ese efecto criminógeno no se va a ver reproducido —esta vez en la dirección contraria— en el seno de unas cárceles saturadas de cuyas deficiencias estructurales no se libran los módulos para jóvenes?⁴¹.

IV. Conclusión

Termino como comencé apelando a las Reglas Mínimas para la Administración de la Justicia de Menores, que, como es sabido, postulan un modelo de justicia juvenil que contribuya tanto a la protección de los jóvenes, cuanto al mantenimiento del orden social. Hay, pues que compatibilizar ambos intereses, el superior interés del menor y el de la sociedad en que se inserta. Pero la cuestión no es sencilla, máxime cuando el inestable equilibrio a que ello obliga hay que mantenerlo en un escenario donde el discurso de la tolerancia cero ha calado bien hondo en la mayoría de los sectores sociales.

Ante esa dialéctica, desde posiciones decididamente conservadoras se opta sin ambages por un modelo de justicia de menores basado en la prevención y en criterios estrictamente retribucionistas. Desde posturas políticas que se autocalifican como progresistas nadie se atreve a suscribir una opción como la apuntada. Antes al contrario, en los discursos oficiales y en los argumentos de los oficialistas es frecuente afirmar que la última de las reformas continúa apostando por los principios, criterios y orientaciones generales de la original LORPM. Ahora bien, al mismo tiempo se invoca la necesidad de proteger al cuerpo social frente a los ataques más graves

•••

e intolerables protagonizados por personas menores de edad. Que eso último es así nadie lo cuestiona. El problema es que en el discurso que apela a legítimas razones fundadas en la necesidad de tutela se cuelan inadvertidamente componentes que no son de ese lugar. La sensación de impunidad no va inexcusablemente referida a la plena constatación de que determinados mecanismos sancionadores han resultado ineficaces para proteger bienes jurídicos, sino que, más bien, hay que vincularla a la necesidad —cada vez mayor— de gozar de seguridad cognitiva, aunque sea a costa de la libertad. Por tanto, cuando lo que el cuerpo social reclama no es solo la satisfacción de legítimas expectativas de tutela, sino la estigmatización de cuantos no parecen ofrecer garantías cognitivas de un comportamiento adecuado a derecho, se impone una respuesta clara. Como casi siempre sucede, la encrucijada está llena de peligros pero hay casos en los que, si las convicciones son fuertes, uno no puede ya retroceder. Así lo entendió ya cuando la reforma se anunciaba el Grupo de Estudios de Política Criminal, al que me honra pertenecer, en un comunicado cuyo texto sirve como ejemplar reflexión final. Dice así:

«La reforma que propone el Gobierno no busca subsanar las deficiencias de la Ley sino modificar el modelo de justicia de menores, sustituyendo el modelo inicialmente adoptado por otro basado en criterios retributivos o de prevención general que pretende dar satisfacción a actitudes vindicativas. Este cambio se pretende justificar alegando el aumento de la delincuencia de menores y el cumplimiento de un mandato legal.

Sin embargo, ninguna de las razones esgrimidas permite sustentar la iniciativa gubernamental. Por una parte, la delincuencia de menores no ha aumentado, como lo acredita el hecho de que de una tasa de detenciones de 13,56 menores por cada mil en el 2000 hemos pasado a una de 13,06 en el 2004. Por otro lado, tampoco es cierto que se esté cumpliendo el mandato legal contenido en la disp. adic. 6.^a, pues en ésta se alude a la necesidad de castigar con más eficacia y firmeza las agresiones sexuales y los homicidios, cuando el anteproyecto del ejecutivo lo que hace es posibilitar que se aplique el internamiento a prácticamente todos los demás delitos al mismo tiempo que aumenta la duración máxima de la privación de libertad. En definitiva, ninguno de los argumentos alegados permite justificar una modificación tan radical de la legislación de menores que, además, se aparta de lo establecido en la Convención de los dere-

41. Por fortuna, el texto aprobado recoge la recomendación del Consejo Fiscal de dar al juez la posibilidad de flexibilizar el régimen general (art. 14.2 y 3) pero, aun así, no ha podido sustraerse a las críticas de quienes estiman que todo ello tira por tierra el espíritu de la ley del menor y acaba convirtiendo la medida en una pena. Vid. vg, las Conclusiones de las Jornadas de Jueces de Menores celebradas en Valencia los días 25,26 y 27 de octubre de 2006. En la misma línea, mis colegas VICENTA CERVELLÓ DONDERIS y ASUNCIÓN COLÁS TURÉGANO, en «Cumplimiento de la mayoría de edad en la infracción penal y en la medida impuesta», en GONZÁLEZ CUSSAC, JL./CUERDA ARNAU, M^a.L., *Estudios sobre la responsabilidad penal del menor*; tico-criminales sobre las últimas reformas de la ley penal del menor

chos del niño, así como de otras directrices internacionales sobre la materia.

Ante esta situación es preciso insistir en la necesidad de mantener la orientación educativa, exigida por la Convención de los derechos del niño, que tenía la Ley en su re-

dacción originaria, rechazando los criterios puramente vindicativos que ya introdujo la reforma operada por la Ley Orgánica 7/2000, auspiciada por el Gobierno del Partido Popular, y que ahora acentúa mucho más la iniciativa del actual ejecutivo».