

Inma Valeije Álvarez
Profesora titular de Derecho penal
Universidad de Vigo

SUMARIO: *1. Las razones alegadas para la reforma de la LORPM por la Ley Orgánica 8/2006 de 4 de diciembre 2. Principales rasgos de la reforma introducida por la LO 8/2006. 3. Las medidas de internamiento en régimen cerrado. 4. Supuestos en que se aplican las medidas de internamiento en régimen cerrado. 5. Duración de las medidas de internamiento en régimen cerrado. 6. El régimen de excepción: previsiones para los delitos de los arts. 571 a 580 del CP. 7. Concurso de medidas en caso de pluralidad de infracciones. 8. Refundición de medidas impuestas (los supuestos de pluralidad de infracciones no conexas). 9. Suspensión de la ejecución del fallo. 10. Modificación de las medidas. 11. Modificación agravatoria. 12. Quebrantamiento. 13. Mayoría de edad del menor infractor. Problemática general.*

1. LAS RAZONES ALEGADAS PARA LA REFORMA DE LA LORPM POR LA LEY ORGÁNICA 8/2006 DE 4 DE DICIEMBRE

La necesidad de reformar la LORPM viene en parte condicionada, y así se expresa en la propia Exposición de Motivos, para dar cumplimiento al mandato legal recogido en la Disposición Adicional sexta de la LORPM –introducida por la Disposición final Segunda de la LO 15/2003 de 23 de noviembre –en cuanto prevé:

“que el Gobierno impulsará medidas orientadas a sancionar con más firmeza y eficacia hechos delictivos cometidos por personas que aun siendo menores de edad revistan especial gravedad tales como los previstos en los artículos 138, 139, 179 y 180 del CP. A tal fin se establecerá la posibilidad de prolongar el tiempo de internamiento, su cumplimiento en centros en los que se refuercen las medidas de seguridad impuestas y la posibilidad de su cumplimiento a partir de la mayoría de edad en centros penitenciarios”

La iniciativa gubernamental también se vincula en su parte expositiva a las experiencias acumuladas en los cinco años de vigencia de la Ley 5/2000 de los que se hace un balance positivo pero que no empece a que se tome nota de algunas disfunciones atendiendo al teórico incremento estadístico de la delincuencia cometida por menores, la preocupación social generada por dicho incremento y el desgaste de la credibilidad de la ley, por la sensación de impunidad de las infracciones más cotidianas y frecuentemente cometidas por los menores singularmente en relación a faltas y delitos patrimoniales.

Las previsiones y los términos en los que se expresaba la Disposición Adicional sexta ya fueron objeto de duras críticas en reuniones anteriores de la AIDP. En concreto, en las Jornadas de la Asociación Internacional de Derecho penal celebradas en la Facultad de Derecho de Cáceres bajo el título “el Código Penal de 1995: diez años después” (10 y 11 de junio de 2005) y concretamente en la cuarta mesa redonda reservada a “la Ley penal del menor”, la Profesora Carmen Gómez Rivero puso de manifiesto que la propuesta de reforma - hoy Ley Orgánica 8/2006- se justificaba bajo el argumento de la necesidad de sancionar con más firmeza y eficacia los hechos delictivos dando entrada a una especie de protagonismo del principio de proporcionalidad, que a su juicio no debía operar en el sistema de justicia juvenil más de lo estrictamente necesario, por ello en aquel momento la Prf^a. Gómez Rivero ya aventuraba que, lo que se incorporaría a través de la futura reforma – hoy Ley Orgánica 8/2006- no eran las exigencias del principio de proporcionalidad sino elementos propios del Derecho penal de adultos que tratan de contener la alarma social que suscitan los casos más graves¹.

Igualmente, el Profesor Díez Ripollés apuntó al respecto de aquella que era el perfecto ejemplo de la irracionalidad con la que se legisla en la política criminal actual, cuyo objetivo último no es prevenir delitos sino calmar los sentimientos de inseguridad ciudadana. Resaltó especialmente, como en la citada Disposición Adicional sexta el legislador propone realizar una evaluación de la Ley, pero antes de que esta se produzca, el legislador hace una auto evaluación negativa que justifica la necesidad de endurecerla². Por ello, en aquel momento el Prf. Díez Ripollés intentó concitar el apoyo de los asistentes a las Jornadas de la AIDP para que se pronunciasen en el sentido de que la LORPM funcionaba tal y como demostraba la información estadística que nos aportó en aquellas

1. Vid. Gómez Rivero, M. C.: “La nueva responsabilidad penal del menor: las Leyes Orgánicas 5/2000 y 7/2000”, en Revista penal número 9, enero 2002, págs. 3-26.

2. Para un análisis de los planteamientos de la iniciativa gubernamental, Vid. García Pérez O.. “La introducción del modelo de seguridad ciudadana en la justicia de menores”, en la Ley de responsabilidad penal del menor: situación actual. (Director Félix García Pantoja). Cuadernos del Consejo General del Poder judicial, XXV, 2005. págs. 400-401.

Jornadas y que la auto- evaluación que realizaba la Disposición Adicional sexta no era coherente con aquellos datos. Lo único que podía sacarse en conclusión del estudio comparativo de la aplicación de Ley Orgánica 5/2000 era la necesidad de incrementar la dotación de los recursos económicos y sociales necesarios para mejorar las infraestructuras de ejecución de medidas (centros, formación de personal técnico, en especial), así como regular adecuadamente la gestión de los centros de internamiento en régimen cerrado por el momento en régimen de concierto con las entidades privadas y que deberían permanecer exclusivamente bajo gestión pública teniendo en cuenta lo delicado de la función encomendada (en este sentido también se pronunció la Prf^a María Acale)³.

2. PRINCIPALES RASGOS DE LA REFORMA DE LA LEY ORGÁNICA 8/2006

La LO 8/2006, viene a completar el proceso desencadenado por la Ley Orgánica 7/2000 que transformó el modelo original de la LORPM basado en la finalidad educativa-sancionadora de la medida (prevención especial) pasando a primer plano en lo referente al núcleo duro de las infracciones protagonizadas por menores la prevención general. A continuación voy a exponer las características esenciales de la reforma. No obstante, sólo me voy a centrar en aquellos aspectos que resultan problemáticos, obviando cuestiones que merecen un juicio positivo. Y ello por las repercusiones que los primeros tienen en la orientación de la Ley.

1. Se suprime, definitivamente, la posibilidad de aplicar la Ley penal del menor a los jóvenes comprendidos en la franja 18 - 20 años.”

En la LO 5/2000 estaba previsto que algunos jóvenes, mayores de 18 años y menores de 21 años de edad, no fuesen juzgados en la jurisdicción de adultos. En función de la Disposición Transitoria Única de la Ley Orgánica 9/2002, de 10 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y del Código Civil, sobre sustracción de menores se *suspendió* la aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, en lo referente a los infractores de edades comprendidas entre los 18 y 21 años hasta el 1 de enero de 2007⁴.

3. Vid. en www.aidespana.uclm.es el relatorio de la Mesa IV sobre la “La Ley penal del menor”. Relatora Esther Fernández Molina

4. Con anterioridad ya se había suspendido la aplicación de la LO 5/2000 de 12 de enero en lo referente a los infractores comprendidos entre los 18 y 21 años por un plazo de dos años desde la entrada en vigor de la misma en virtud de Disposición Transitoria Única de la LO 9/2000 de 22 de diciembre sobre medidas urgentes para la agilización de la Administración de Justicia.

Dicho precepto entraría en vigor el 1 de enero de 2007. Sin embargo, la Ley Orgánica 8/2006 suprime de su texto articulado todas las menciones relativas a la posibilidad de aplicar el régimen jurídico de los menores infractores a los mayores que no hubieren alcanzado los 21 años de edad. La referencia más importante de todas se contenía en el art. 4 que disponía que conforme al art. 69 del CP la Ley Orgánica 5/2000 se aplicaría a mayores de 18 y menores de 21 años imputados en la comisión de hechos delictivos cuando el Juez de instrucción competente, oídos el Ministerio Fiscal, el letrado del imputado y el equipo técnico, así lo declare mediante auto. El apartado segundo del mismo precepto determinaba las condiciones que habían de concurrir en el imputado: como por ejemplo, que las circunstancias personales y su grado de madurez hicieran aconsejable el cambio de jurisdicción siempre que el hecho cometido constituyere una falta o un delito menos grave sin violencia e intimidación en las personas ni grave peligro para la vida e integridad física de las mismas. Como se refleja en el Informe del Consejo General Poder Judicial al Anteproyecto de Reforma por el que se modifica la LO 5/2000 el legislador resuelve el problema de la interinidad en la que se encontraban las citadas disposiciones por la vía más drástica posible: la de abrogación del presupuesto legal habilitante de la extensión facultativa de la jurisdicción de menores a los adultos.

No obstante, la derogación ha planteado un problema adicional puesto que la Ley Orgánica 8/2006 no entró en vigor hasta el día 5 de febrero de 2007, por lo que se plantea la discusión sobre la vigencia competencial de este precepto entre el 1 de enero de 2007 y el 5 de febrero de 2007.

En contra de la vigencia del precepto se manifiesta la Instrucción número 5 /2006 de 10 de diciembre de la Fiscalía General del Estado de 2006. La tesis de la Fiscalía es que tanto la *voluntas legislatoris* como la *voluntas legis* de la LO8/2006 manifestada tanto en el nuevo contenido que asigna al art. 4 de la LORPM como en su Disposición Derogatoria "resultan incompatibles en terminas de lógica y congruencia con la aplicación, aun meramente temporal de una de las normas que precisamente se derogan". Cuestionando la opinión del Fiscal General del Estado se han pronunciado los Magistrados de lo Penal de la Audiencia Provincial de Madrid y el Consejo General de la Abogacía española sosteniendo que la vigencia temporal del antiguo art. 4 de la LORPM entre el 1 de enero y el 5 de febrero de 2007 transforma este precepto en una auténtica ley intermedia a la que le es aplicable el art. 2.2 del CP con el efecto de que solo regirá para los hechos cometidos entre el 1 d enero al 5 de febrero de 2007 en fase de instrucción y no juzgados (véase Disposición Transitoria Única apartado in fine de la LORPM que sólo se refiere al Juez de instrucción). En su opinión cabría la aplicación del citado precepto con posterioridad al 5 de febrero de 2005 si se refiere a los hechos realizados

entre el 1 de enero al 5 de febrero de 2007. Una segunda opinión defiende una aplicación amplia del precepto con efecto a los hechos cometidos con anterioridad al 5 de febrero de 2007. En el fondo de la discusión late la vieja polémica sobre la posibilidad o no de aplicación retroactiva de la norma más favorable al reo en el caso de que se trate de normas procesales (y si en el caso concreto estamos ante un incidente procesal que el legislador quiso residenciar en la instrucción) o ante una norma penal sustantiva cuando aquella no puede interpretarse como una nueva valoración de la conducta que implique considerar que no concurre en ella merecimiento o necesidad de pena.⁵

2. Nueva redacción de los arts. 9 y 10 de la LORPM que permiten la ampliación del ámbito de aplicación de la medida de internamiento en régimen cerrado a hechos delictivos protagonizados por menores no contemplados en la regulación anterior.

3. Correlativamente, ampliación de la extensión temporal de las medidas de internamiento en régimen cerrado.

4. Incorporación de un límite inferior para la medida de internamiento en régimen cerrado y obligatoriedad de periodos de seguridad para los supuestos delictivos previstos en los arts. 10.1 b) (extrema gravedad y reincidencia) y los supuestos del art. 10. 2 de la LORPM (arts. 138, 139, 179 y 180 y 571 a 580 del CP y delitos castigados con una pena superior a quince años).

5. Ampliación del elenco de medidas susceptibles de ser impuestas a menores infractores

En concreto, se introduce la medida educativa sancionadora - en expresión del CGPJ- de prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez (art. 7.i). Guarda una configuración muy semejante a la pena prevista en el art. 48. 2 y 3 del CP. Esta medida se aplicará a dos tipos de situaciones: como medida judicial no privativa de libertad educativa, que detallará el juez en el fallo de su resolución (o sentencia), una vez finalizado el proceso, y como medida cautelar⁶.

5. Vid. Silva Sánchez, J.M: "Rebajas de enero para delinquentes jóvenes adultos ¿con efecto retroactivo? La sucesión de leyes derivada de la entrada en vigor -el 5 de febrero de 2007 de la LO 8/2006, de reforma de la LO 5/2000. en Indret 1/2007, en www.Indret.com

6. Vid. Consulta a Fiscalía General del Estado 3/2004, de 26 de noviembre, en la que se planteó si las medidas cautelares concebidas para la protección de la víctima, previstas en los arts. 13, 544 bis de la LECrim, así como las que pudieran derivarse del procedimiento introducido en el art. 544 ter, tratándose de delitos de los arts. 57, 153 y 173.2 del Código Penal, son aplicables a aquellos supuestos en que el agresor es un menor de edad y, como tal, sujeto a la jurisdicción de menores.

Por otra parte, la libertad vigilada se puede aplicar también en los casos en que la infracción cometida sea falta. (art. 9.1) y como medida de supervisión post delictiva consecutiva a una medida privativa de libertad⁷.

6. Posibilidad de modificación agravatoria de las medidas de internamiento en régimen semiabierto a régimen cerrado (art. 51.2 LORPM) para hacer frente a evoluciones desfavorables en la ejecución de la medida

7. Régimen especial de aplicación de medidas en caso de pluralidad de infracciones. Igualmente, nuevo régimen en materia de refundición de medidas y límites de cumplimiento en el caso de infracciones no conexas (con lo que el límite máximo de cumplimiento por delitos cometidos por un menor infractor de 16 a 18 años puede alcanzar veinteaños de cumplimiento y de doce años para los menores de esa edad).

8. Cumplimiento en centro penitenciario de la medida de régimen cerrado, potestativamente para mayores de 18 años e imperativamente para mayores de 21 (art. 14 de la LORPM).

9. Ampliación del plazo de internamiento en caso de medida cautelar a 9 meses, además de incluir una nueva causa de adopción de las mismas: riesgo de atentar contra los bienes jurídicos de la víctima (art. 28 de la LORPM).

3. LAS MEDIDAS DE INTERNAMIENTO EN RÉGIMEN CERRADO DESDE LA LO 8/2006

Siempre y cualquiera que sea el contenido de lo que vaya a tratarse es conveniente detenerse en las Exposiciones de Motivos de las leyes.

En el apartado 16 de la Exposición de Motivos de la LO 5/2000 de la responsabilidad penal del menor se afirma que. *“las medidas de internamiento responden a una mayor peligrosidad del menor manifestada en la naturaleza particularmente grave de los hechos cometidos on frecuencia caracterizados por la violencia la intimidación o el peligro para las personas. Su objetivo se fija en disponer de un ambiente que provea de las condiciones educativas adecuadas para que el menor pueda reorientar aquellas disposiciones o deficiencias que han caracterizado su comportamiento antisocial, cuando para ello sea necesario al menos de manera temporal asegurar la estancia del*

7. Vid. Vid. Gómez Rivero, M. C.: “La nueva responsabilidad penal del menor: las Leyes Orgánicas 5/2000 y 7/2000”, op. cit. págs. 19 y 20.

menor en un régimen físicamente restrictivo de libertad. La mayor o menor intensidad de la restricción de libertad da lugar a las diversas modalidades de internamiento previstas.... El internamiento en todo caso ha de proporcionar un clima de seguridad personal para todos los implicados profesionales y menores infractores lo que hace imprescindible que las condiciones de estancia sean las correctas para el normal desarrollo psicológico de los menores

El internamiento en régimen cerrado pretende la adquisición por parte del menor de los suficientes recursos de competencia social para permitir un comportamiento responsable en la comunidad mediante una gestión de control en un ambiente restrictivo y progresivamente autónomo”.

Parece que únicamente en ausencia de un ambiente que provea de las condiciones educativas adecuadas para que el menor pueda reorientar aquellas disposiciones o deficiencias que han caracterizado su comportamiento antisocial es cuando la medida puede resultar justificada.

Se dice que últimamente debido a la falta de arraigo familiar, los menores extranjeros no acompañados ante la inoperancia del sistema de protección de menores de la mayoría de las Comunidades Autónomas están ingresando en los centros de reforma en supuestos en los que nunca ingresaría un menor nacional.

Las medidas de internamiento cerrado consiste en la privación o limitación de la libertad de movimientos o ambulatoria. Conforme al art. 7.2 las medidas de internamiento consistirán en dos periodos: el primero se llevará a cabo en el centro correspondiente y el segundo se llevará a cabo en régimen de libertad vigilada en la modalidad elegida por el juez. La duración total no deberá exceder del tiempo que se expresa en el art. 9. y 10 de la LORPM. El equipo técnico deberá informar respecto al contenido de ambos periodos y el juez expresará la duración de cada una en la sentencia.

En consecuencia, los dos periodos: el de internamiento y el de libertad vigilada deberán determinarse en la sentencia. Aunque esta ordenación no opera en el caso de la apreciación de extrema gravedad (art. 10.1 b) y en los supuestos de máxima gravedad (homicidio, asesinato, violación terrorismo y delitos penados con penas superiores a quince años de prisión art. 10.2 de la LORPM) en el que el tiempo de internamiento no va necesariamente acompañado de libertad vigilada que deba establecerse en la sentencia sino que será determinada en su caso y de forma separada para su ejecución a la finalización del internamiento (art. 10.4 de la LORPM).

En el art. 7.3 se dispone que para la elección de la medida o medidas adecuadas (ya que es posible imponer más de una medida por un mismo hecho dentro de los límites legales (art. 7.4) se deberá atender de un modo flexible no sólo a la prueba (quiere decir a los hechos probados) y valoración jurídica de los hechos, sino especialmente a la edad, a las circunstancias familiares y sociales, la personalidad, el interés del menor puestos de manifiesto estos dos últimos en los informes del equipo técnico y en su caso por las entidades públicas de reforma y protección de menores. El juez deberá motivar en su sentencia las razones por las que se aplica determinada medida, así como el plazo de duración de la misma a los efectos de valoración del interés del menor. El interés del menor y los objetivos de socialización parece que asumen un protagonismo estelar tanto en el proceso de selección de la medida a imponer, como en su ejecución.

Existen no obstante reglas especiales que limitan en mayor o menor medida este arbitrio judicial, unas veces atendiendo a la gravedad de los hechos, otras veces a la edad del menor, principio de proporcionalidad, de culpabilidad y acusatorio y a la necesidad de regular distintos supuestos concursales.

4. SUPUESTOS EN QUE SE APLICAN LA MEDIDA DE INTERNAMIENTO EN RÉGIMEN CERRADO

Tras la Reforma de 4 de diciembre de 2006 la regla 2ª del art. 9 dispone que la medida de internamiento en régimen cerrado sólo se podrá aplicar cuando:

- a) Los hechos estén tipificados como delito grave en el Código penal o en las leyes penales especiales.
- b) Tratándose como delitos calificados como delitos menos graves, en su ejecución se haya empleado violencia o intimidación en las personas o se haya generado grave riesgo para la integridad física de las mismas.
- c) 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 dedicara a la realización de tales actividades. Al amparo de este supuesto se amplían pues las posibilidades de internamiento en centro cerrado a supuestos en los que no concurre violencia o intimidación

En orden a la nueva precisión legal sobre los supuestos en los que es posible adoptar la medida de internamiento, quiero dejar constancia de algunas consideraciones:

1. En primer lugar representan la adopción de un tratamiento más duro, una especie de tolerancia cero 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. La nueva redacción permitiendo al juez de menores imponer medidas de internamiento en régimen cerrado en tan amplio número de supuestos se aparta de los compromisos internacionales relativos a la responsabilidad penal de menores, principalmente la Convención de Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, que aconsejan la adopción de una medida tan aflictiva sólo para los supuestos más graves y excepcionales.

Como señala Octavio García si se repara bien en el ámbito de aplicación para el internamiento en régimen cerrado se puede ver que abarca prácticamente toda la delincuencia de menores excepto la mencionada en el art. 18 de la LORPM. En este precepto se prevé la posibilidad de que el Ministerio fiscal desista de la incoación del expediente por delitos menos graves cometidos sin violencia e intimidación en las personas o faltas. De este modo, parece polarizarse la justicia en torno a dos grandes respuestas: una informal para al delincuente de menor gravedad; la otra formal y centrada en la medida de internamiento especialmente en régimen cerrado, para el resto de la delincuencia. Aunque su imposición no es obligatoria en los supuestos del art. 9.2 LORPM, y se sigue dejando en manos del juez la valoración y ponderación del interés superior del menor y de la mayor proporcionalidad entre la sanción y la gravedad del delito cometido, lo cierto es que si se admite la posibilidad de aplicar esta modalidad de medida privativa de libertad y la duración de ésta, ello sólo puede tener sentido si se piensa que esta clase de medida es la respuesta adecuada en tales hipótesis o en buena parte de ellas⁸.

2. La expresa mención de la posibilidad de adoptar la medida de internamiento en régimen cerrado para delitos graves permite la aplicación de dicha medida a todos los delitos que tengan prevista en el Código penal una pena de prisión superior a 5 años, aun cuando en su comisión no ha intervenido el empleo de violencia o intimidación en las personas o actuando con grave riesgo para la vida o la integridad fisi-

8. Vid. García Pérez O. "La introducción del modelo de seguridad ciudadana en la justicia de menores", en la Ley de responsabilidad penal del menor: situación actual ..op. cit. .pág. 416.

ca de la misma⁹. Con su inclusión se solventa la problemática planteada por algunas interpretaciones judiciales no coincidentes en orden a si los delitos de tráfico de drogas (fundamentalmente venta de cocaína, pastillas, et. y el robo con fuerza en casa habitada¹⁰) tenían cabida en aquel supuesto. Con arreglo a la anterior redacción se plantearon dudas sobre la posibilidad legal de aplicar la medida de internamiento en régimen cerrado, e incluso la medida cautelar de idéntica naturaleza. La incertidumbre dio pie a que el Defensor del Pueblo en su Informe elaborado tras el primer año de vigencia de la LORPM abordara el problema y recomendara al Ministerio de Justicia la conveniencia de clarificar el art. 9.2 de la indicada ley y que se determinara de forma clara en qué delitos era posible acordar la medida de internamiento, especialmente cuando se trata de delitos relacionados con el tráfico de drogas y delitos contra el patrimonio.¹¹ La receptividad del legislador a tal demanda permite trasponer la política criminal emprendida en la lucha contra el tráfico de drogas propia del derecho penal de adultos al ámbito del derecho penal juvenil.

3. Por el contrario, se hace caso omiso a las recomendaciones de autorizadas opiniones doctrinales que defendían la posibilidad de restringir los delitos menos graves exclusivamente a los hechos violentos, sin extenderlos también a los que conllevan el empleo de la intimidación que no comportan necesariamente un riesgo personal de la suficiente gravedad como para aplicar el internamiento.

4. La endurecedora ampliación de la operatividad de la medida de internamiento en régimen cerrado simplemente cuando el menor haya cometido el delito en grupo independientemente de su gravedad no sólo introduce en el derecho penal juvenil rasgos propios de un derecho penal de autor sino que implica una discriminación negativa respecto a los infractores adultos y además de frecuente aplicación a una delincuencia juvenil a la que es consustancial la actividad grupal, pero que no tiene nada que ver con la organización delictiva que parece perseguir el nuevo precepto¹².

9. Con anterioridad a la reforma por Ley Orgánica 8/2006, la medida de internamiento cerrado solo podía ser aplicado a delitos en los que en la descripción y calificación jurídica de los hechos se establezca que en su comisión se ha empleado violencia o intimidación en las personas o actuando con grave riesgo para la vida o la integridad física de la misma.

10. La pena prevista en el art. 241 de 2 a cinco años por lo tanto no entraría dentro de la categoría de delito grave que el art. 33 establece en la frontera de delitos castigados con pena superiores a cinco años.

11. Vid. Ortiz González Ángel Luis: "Análisis legal y reglamentario de las medias privativas de libertad especial consideración a las condiciones de internamiento en centro cerrado según las actuaciones realizadas desde el Defensor del Pueblo" en La Ley de responsabilidad penal del menor: situaron actual. Director Feliz Pantoja García) Cuadernos del Consejo del Poder Judicial XXV 2005, págs. 66 y 68.

12. Vid. Landrove Díaz, Gerardo: Introducción al derecho de menores (2ª edición). Valencia 2007

Por ello, deben en relación al supuesto de la letra c) deslindarse los supuestos de asociación delictiva susceptibles de generar exasperación en el castigo, de los casos en los que la actuación en grupo es meramente accesoria y ligada a la propia idiosincrasia de los comportamientos juveniles como ha sido subrayado por la doctrina especializada¹³.

5. DURACIÓN DE LAS MEDIDAS DE INTERNAMIENTO EN RÉGIMEN CERRADO

En relación a la duración de la medida del internamiento en régimen cerrado viene fijada del siguiente modo:

La primera regla de imprescindible observancia se recoge en el art. 8.2 que dispone que no podrá exceder la duración de las medidas privativas de libertad (internamiento cerrado, semiabierto, abierto y permanencia de fines de semana) en ningún caso del tiempo que hubiera durado la pena privativa de libertad si el sujeto de haber sido mayor de edad y su responsabilidad penal hubiera sido declarada con arreglo al Código penal. Esto es, cuando la pena no es privativa de libertad no puede imponerse la medida de internamiento ni siquiera en la modalidad de abierto.

A fin de determinar la pena que le correspondería si el enjuiciamiento se refiere a un adulto debe estarse a las circunstancias concurrentes en cada caso en concreto (participación, iter criminis, circunstancias modificativas de la responsabilidad) y no debiera estarse a la pena en abstracto. En este sentido, se pronuncia la doctrina especializada en menores, así como resulta ser el proceder observado en algunas resoluciones de la misma jurisdicción¹⁴. Por consiguiente, cuando de medidas de internamiento se trate, el proceso para determinar la concreta duración habrá de pasar por analizar si el delito cometido lleva aparejada la pena privativa de libertad. En caso afirmativo habrá de analizarse en relación al caso concreto cuál hubiera sido la pena privativa de libertad máxima a imponer si el infractor hubiera sido mayor de edad penal teniendo en cuenta todas las circunstancias concurrentes (participación, iter criminis, modificativas de la responsabilidad) y una vez obtenido el límite máximo evaluar la medida a imponer al menor. Este

13. Vid. Fernández Hernández A.: Las Bandas Latinas en España: una problemática emergente. En "Estudios sobre la responsabilidad penal del menor. (José Luis González Cussac y Maria luisa Cuerda Arnau (coord.) Universitat Jaime I. Castellón. 2006. También De Urbano Castrillo, E/ De la Rosa Cortina, J.M: La responsabilidad penal de los menores. Adaptada a la LO 8/2006, de 4 de diciembre. Navarra 2007, pág 90.

14. De Urbano Castrillo, E/ De la Rosa Cortina, J.M: La responsabilidad penal de los menores. op. cit. pág 86.

límite solo operaría sobre las medidas de internamiento incluido el terapéutico, y permanencia de fin de semana. Fijado tal tope y con respeto al mismo la flexibilidad vuelve a adquirir protagonismo.

Dentro de este límite genérico la regla general fija un límite máximo de 2 años (art. 9.3 de la LORPM), pero sólo para las medidas que no son de régimen cerrado (por lo tanto de régimen abierto y semiabierto). La duración de aquella clase de medidas está contemplada en el art. 10 dentro de lo que eufemísticamente se denominan "*Reglas especiales de aplicación y duración de las medidas*" para los supuestos contemplados en el art.9. 2, esto es, los delitos para los que está prevista la medida de internamiento en régimen cerrado aunque la Ley omita referirse expresamente a ella. En este sentido se establecen las siguientes reglas

El juez podrá imponer esta medida de internamiento en régimen cerrado una vez oído el Ministerio fiscal, las partes personadas, y el equipo técnico

- a) Si al tiempo de cometer los hechos el menor tuviera entre catorce o quince años de edad la medida podrá alcanzar tres años de duración
- b) Si al tiempo de cometer los hechos tuviera entre dieciséis años y diecisiete años de edad la duración máxima de la medida puede alcanzar hasta seis años
- c) Excepcionalmente y sólo en el caso de personas que hayan cumplido los dieciséis años en el momento de los hechos y cuando los delitos revistieran extrema gravedad (art. 9 5 LORPM) el juez deberá imponer preceptivamente una medida en régimen cerrado entre un mínimo obligatorio de un año y un máximo de seis años. Dicha medida de internamiento se complementa sucesivamente con otra medida de libertad vigilada con asistencia educativa hasta un máximo de cinco años. Solo se puede hacer uso de lo dispuesto en los artículos 13 y 51.1 de LORPM una vez transcurrido el primer año de cumplimiento efectivo de la medida de internamiento.

Este es uno de los supuestos que más reparos suscita. No me parece correcto establecer un límite mínimo obligatorio de un año para la medida de internamiento en régimen cerrado, tradición que en el derecho penal de adultos sirve para asegurar que se ejecutará dicha medida. Obligando ex lege al juez a imponer una medida de internamiento se le impide optar por una respuesta sancionadora alternativa más acorde a la personalidad del menor. Su inclusión en el derecho penal juvenil responde a las mismas tendencias observadas en el derecho penal de adultos - automatización de las decisiones judiciales- y apuntan a una sustitución de criterios de prevención especial por los de prevención general que no deberían primar en el derecho penal juvenil¹⁵.

Por otro lado, basta que el juez recoja la “cláusula de extrema gravedad” en la sentencia para que se eluda la intervención del equipo técnico para decidir sobre la conveniencia de tal prolongación. Esta restricción impide el cumplimiento cabal de la finalidad resocializadora y demuestra una confianza excesiva en la eficacia de los mecanismos intimidatorios y, por el contrario, una injustificada desconfianza en el órgano jurisdiccional y en el equipo técnico. Paradójicamente, el juez de menores dispone de manga ancha para modificar una medida de régimen semi-abierto en una medida en régimen cerrado si el comportamiento del menor es desfavorable en relación a los objetivos marcados en la sentencia (art. 51.2 de la LORPM)

Igualmente se recoge un periodo de seguridad obligatorio (“haber estado de forma efectiva un año internado”) que también responde a fines retribucionistas y del todo punto incompatibles con las finalidades educativas invocadas en la LORPM, pues impide la revisión o sustitución de las medidas durante aquel periodo aunque la evolución del menor infractor durante la ejecución aconseje su sustitución por una medida de régimen semi-abierto o abierto. La obligatoriedad del periodo de seguridad permite con respecto a los menores infractores un trato desigual y objetivamente más gravoso que el que la legislación penitenciaria ofrece a los adultos condenados a penas de prisiones inferiores a cinco años (art. 36 del CP). 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 penitenciaria ni siquiera requiere un plazo mínimo de inevitable observación, tan sólo se recoge que deberá transcurrir el tiempo suficiente para obtener un adecuado conocimiento del mismo”. Como se puede observar no fija ningún periodo mínimo para hacer una propuesta de calificación por lo que desde el primer día de ingresar en prisión el adulto puede estar clasificado en tercer grado (y en consecuencia en un régimen abierto) mientras que el menor internado en régimen cerrado sólo podrá ver modificada esa medida hasta que 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

Todavía es más criticable la permanencia en el texto de la presunción ex lege de que existe extrema gravedad en la comisión de lo hechos en los supuestos de reincidencia. Dicha presunción ha sido severamente criticada por la doctrina por cuestiones de inconstitucionalidad al estar en contradicción con lo establecido en la STC 150 /1991 de 4 de julio

15. Vid. Gómez Rivero, M. C., “La nueva responsabilidad penal del menor: las Leyes Orgánicas 5/2000 y 7/2000”, ...op. cit. pág.11.

y la STS de 6 de abril de 1990 que permite afirmar que el legislador no está legitimado para introducir cláusulas que permitan elevar la gravedad del hecho en virtud del carácter reincidente del autor¹⁶. El rigor y el automatismo con que se da lugar a la consecuencia agravatoria en el seno de un sistema de imposición de medidas caracterizada por la flexibilidad y la atención al interés del menor solo pueden llegar a ser explicados como señala Tamarit Sumalla en términos de excepcionalidad y atendiendo a una gravedad extrema como indica la propia Ley, lo cual resulta contradictorio con una presunción legal como la contenida en el art. 9.2 de la LORPM. La reiteración en el delito por parte del menor sólo puede constituir un elemento más de valoración en la misión judicial de ajuste de la sanción al hecho cometido.

Sin embargo, pese a la considerable afflictividad que se le otorga a la reincidencia, no se contiene en la Ley Orgánica una interpretación auténtica de lo que debe considerarse “reincidencia” y si los delitos a los que alcanza aquella exasperación son únicamente los comprendidos en los supuestos establecidos en el art. 9. 2 u otra clase de delitos para los cuales inicialmente no está contemplada la medida de internamiento en régimen cerrado (pensemos en la reiteración de un delito de un robo con fuerza en casa habitada). Por mi parte, y con las reservas sobre su existencia sobre las que ya me he pronunciado anteriormente, no cabe otorgar una operatividad a la apreciación de reincidencia de un modo más gravoso a como opera en el Derecho penal de adultos. Respecto a la concreción del término jurídico, en su momento la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2000 relativa a los criterios de aplicación de la LO 5/2000 de 12 de enero ha entendido que por pura coincidencia jurídica esa mención de reincidencia debe ser interpretada con criterios restrictivos de acuerdo a los supuestos que marca el Código penal en el art. 22.8 del CP¹⁷. En consecuencia, para la apreciación de la reincidencia a efectos de apreciar la extrema gravedad será suficiente una condena firme anterior dictada de acuerdo al procedimiento que regula la LORPM .

Por mi parte, no comparto la postura de la Fiscalía, ni considero que deba optarse por una aplicación supletoria del Código penal en este punto si ello conlleva una ampliación del campo de aplicación de la medida de internamiento en régimen cerrado a supuestos delictivos no contemplados inicialmente en el art. 9.2 de la LORPM. Debe optarse

16. Vid. García Rivas Nicolás: Aspectos críticos de la legislación del menor, en Revista Penal núm. 16, pág. 102 y Tamarit Sumalla: El nuevo derecho penal de menores: ¿creación de un sistema penal menor?. En Revista Penal, núm. 8 julio 2001, pág. 86.

17. 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.

por un entendimiento restrictivo en el sentido de que la apreciación de reincidencia no permite la mutación de la naturaleza de la medida adoptada, sino la agravación de la misma siempre que aquella fuera inicialmente de internamiento en régimen cerrado. Quiero ello decir que dicha exasperación del tiempo de duración sólo puede tenerse en consideración si la reincidencia se refiere a la previa comisión de la clase de delitos que permiten la medida de internamiento en régimen cerrado (art. 9.2) y no respecto a otros delitos para los que está vedada este tipo de medida (por ejemplo, robo con fuerza en casa habitada).

Sin embargo, surge otro problema añadido y es que la cancelación de antecedentes penales carece de regulación expresa en la LORPM por lo que la misma Circular propone la aplicación supletoria del CP, pero concretamente el régimen relativo las medidas de seguridad por estimarlo más favorable ya que el art. 137 del CP establece que las anotaciones en materia de medidas de seguridad impuestas conforme a lo dispuesto en otras leyes penales serán canceladas una vez cumplidas o prescrita la respectiva medida, sin plazos adicionales¹⁸.

En todo caso debe tenerse presente que el art. 40 del LORPM permite la suspensión del fallo en los supuestos en que la medida impuesta no fuera superior a dos años.

Una segunda excepción al régimen general es la establecida en el art. 10. 2. La reforma por LO 8/2006 de 2006 traslada al texto la antigua Disposición Adicional 4ª. Cuando los hechos constituyen alguno de los delitos previstos en el art. 138 (delito de homicidio doloso), art. 139 (asesinato) art. 179 (agresiones sexuales), art. 180 (agresión sexual agravada), arts. 571 a 580 del CP (delitos de terrorismo) y aquellos otros sancionados en el Código penal con pena igual o superior a quince años se permite imponer una medida de internamiento en régimen cerrado.

Si al tiempo de cometer los hechos el menor tuviere entre 14 y 15 años la medida tendrá una duración entre un año y a cinco años, complementada en su caso por otra medida de libertad vigilada por otros 3 años.

Si el menor tiene una edad comprendida entre 16 y 17 años la medida en régimen cerrado tendrá una duración entre uno a ocho años, complementada en su caso por una medida libertad vigilada con asistencia educativa de hasta cinco años. En este supuesto

18. La sentencia debe anotarse en un registro que se desarrolla en el Real Decreto 232/2002 de 1 de marzo por el que se regula el Registro de sentencias sobre Responsabilidad penal del menor. En su art. 3 recoge el contenido de la inscripción y el art. 4 obliga a juzgados y tribunales a remitir la comunicación dentro de diez días siguientes a la firmeza de la sentencia. La cancelación de datos registrales se regula en el art. 7

sólo podrá hacerse uso de las facultades de modificación, suspensión o sustitución de la medida impuesta a las que se refieren los arts. 13, 40 y 51.1 de la LORPM cuando hayan transcurrido la mitad de duración de la medida de internamiento impuesta.

6. EL RÉGIMEN DE EXCEPCIÓN: PREVISIONES PARA LOS DELITOS PREVISTOS EN LOS ARTS. 571 A 580 DEL CP

Por último, en el art. 10.3 traspone al derecho penal juvenil fórmulas penales ya ensayadas en derecho penal de adultos para los delitos de terrorismo comprendidos entre los arts. 571 a 580 del CP la pena accesoria de inhabilitación absoluta, no por el tiempo que dure la medida como se establece en el art. 7 ^ñ, sino por un tiempo superior de cuatro a quince años al de la duración de la medida de internamiento en régimen cerrado impuesta. Sin perjuicio de lo que se dirá posteriormente, vaya por delante que en otros ordenamientos jurídicos, como por ejemplo en el italiano, la medida de inhabilitación absoluta está expresamente prohibida su imposición a menores de 18 años. Resulta de dudosa constitucionalidad adjudicar penas de inhabilitación por el mero hecho de alcanzar un determinado nivel de pena. Los imprecisos y heterogéneos contenidos jurídicos de las penas de inhabilitación absoluta (privación de todos los cargos, honores empleos públicos que tenga el penado y la imposibilidad de adquirirlos durante el tiempo de la condena y hasta la cancelación de los antecedentes penales) presentan inconvenientes de legitimidad en orden a los valores constitucionales. Especialmente, debería cuestionarse si la medida de inhabilitación absoluta para función pública o cargo público no obligatorio encuentra su razón de ser “en un medio de preservar las instituciones democráticas”¹⁹ y no en una auténtica depuración ideológica. Por decirlo, en términos luhmannianos, bajo la imposición de una medida privativa de derechos tan desproporcionada como la que prevé el art. 10.2 b) subyace la ideología propia del llamado “Derecho penal del enemigo” según la cual el menor acusado de un delito de terrorismo aun tras cumplir con su medida de internamiento en régimen cerrado y tras la de libertad vigilada, seguirá sin ofrecer garantías cognitivas de un comportamiento ajustado a las reglas del Estado de Derecho por eso no puede beneficiarse del mismo y es aconsejable su expulsión vitalicia del mismo. Lo dicho se trata de una auténtica depuración ideológica.

Las inhabilitaciones absolutas, especialmente si su imposición es sucesiva a una pena privativa de libertad (o medida en este caso) no solo limitan el derecho constitucional a la participación en asuntos públicos descrita en el art. 23 del texto constitucional, sino tam-

19. Vid. Circular de la Fiscalía General del Estado 2/2001 de 28 de junio

bién en numerosas ocasiones el derecho al trabajo y revelan una profunda contradicción con el derecho a la reinserción y a la rehabilitación, aspectos que precisan del legislador un papel pro- activo en la remoción de todos los obstáculos sociales que impiden u obstaculizan aquella reinserción del reo, siendo más exigente si se trata de menores infractores. Su imposición automática en la sentencia condenatoria reserva al juez un papel similar al adjudicado en la antigüedad romana: el juez como intérprete y garante sobre el plano ético social antes que el jurídico.

También debe valorarse la existencia de esta clase de pena accesoria a la luz del *principio de última ratio*: en un sistema penal orientado a la defensa de bienes jurídicos la pena o medida de seguridad en su caso debe ser impuesta en los límites de la estricta necesidad, proporcionalidad, subsidiaridad para asegurar aquella tutela.

Por otra parte, no puede más que suscitar asombro que el régimen excepcional establecido por la Disposición Adicional cuarta de la Ley 5/2000 introducido por la Ley 7/2000 se normalice y pase a formar parte del articulado constituyendo un régimen de excepción dentro de la ya excepcional Ley de Responsabilidad penal de menores. Su única función es complementar la estrategia antiterrorismo establecida en el Derecho penal de adultos de modo, que está permitido un régimen excepcional, desde el punto de vista sustantivo, procesal, y como veremos en un momento posterior penitenciario y todo ello tiene como destinatario a un menor de menor de 18 años. Que duda cabe que todo ello obedece a una consideración del menor infractor como peligroso e irrecuperable. Y todo ello probablemente con la finalidad de combatir el fenómeno de *kale borroka* (lucha callejera en el País Vasco) o los delitos de apología del terrorismo, delitos que son protagonizados por menores de 18 años.

Desde el punto de vista sustantivo se le puede imponer una pena privativa de libertad independiente de la gravedad del delito que puede llegar a 8 años, complementada por una medida de libertad vigilada por unos delitos que en algunos casos la forma de tipificación es demasiado vaga con riesgo para el mandato de certeza de las leyes penales que puede llevar a interpretaciones extensivas- como así sucede en la practica- en las que se castigue o pretenda castigar a quien comparte los fines políticos de la organización terrorista y participa en actividades orientadas aquellos fines aunque no se pueda probar su contribución directa y efectiva en la actividad criminal de la banda armada. En este sentido los casos más evidentes son los de colaboración con banda armada (art. 577 del CP) el de terrorismo individual (art. 577 del CP) y los delitos de enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas (art. 578 del CP).

En orden a la competencia judicial, el conocimiento de los hechos se sustrae al Juez de menores ordinario por cuanto es competente de acuerdo al art. 54 de la LORPM el Juzgado Central de menores o en su caso la Sala correspondiente de la Audiencia Nacional. La Comunidad Autónoma de la que procede el menor - salvo la existencia de algún convenio con el Ministerio de Interior- no tiene ninguna competencia administrativa en la ejecución de las medidas de internamiento en régimen cerrado, ya que cumplirá la medida en establecimientos y bajo el control de personal especializado que el Gobierno, esto es, la Dirección General de Prisiones, ponga a disposición de la Audiencia Nacional, por lo que puede ser finalmente objeto de traslado fuera de su Comunidad Autónoma.

Dada la extensión temporal de la pena y el juego imperativo del periodo de seguridad para ver modificada o reducida o suspendida su medida, ésta será cumplida lo más probable en un establecimiento penitenciario donde según el art. 14 del LORPM se le someterá al régimen general de la LOGP que ya sabemos que en caso de delitos de terrorismo o bandas armadas suele ser el régimen cerrado por el imperativo del art. 10 de la LOGP (régimen FIES). Con el agravante que tras la reforma del art. 72 de la LOGP por la Ley Orgánica 7/2003 de cumplimiento integro y efectivo de las penas la calificación o progresión a tercer grado de tratamiento precisa además de cumplir con los requisitos ordinarios previstos en la ley que el penado haya satisfecho la responsabilidad civil derivada de delito y muestre signos inequívocos de haber abandonado la actividad terrorista y colaborado activamente con las autoridades en la lucha contra el terrorismo. Liquidada su medida privativa de libertad todavía le restará por cumplir con la libertad vigilada y la inhabilitación absoluta

De esta reforma lo más leve que se puede decir es que el interés del menor es postergado definitivamente. Introduciendo obligatoriamente un periodo de seguridad de cumplimiento de la mitad de la condena impuesta el tratamiento del menor infractor acusado de un delito de terrorismo, como ya hemos puesto de relieve en un momento anterior, sino resulta más gravoso si se aproxima al previsto para los adultos. Y ello sucede tanto si la medida de internamiento se cumple en centro de menores, como si por lo dispuesto en el art. 14 de la LORPM por alcanzar el menor su mayoría de edad pasa a cumplir en un centro penitenciario con arreglo al régimen general establecido en la Ley Orgánica General Penitenciaria - problemática a la que nos referiremos más adelante.

7. CONCURSO DE MEDIDAS EN CASO DE PLURALIDAD DE INFRACCIONES

La reforma de la Ley Orgánica 6/2006 da una nueva y más depurada redacción a esta materia al que denomina pluralidad de infracciones.

«Artículo 11. Pluralidad de infracciones. 1. Los límites máximos establecidos en el artículo 9 y en el apartado 1 del artículo 10 serán aplicables, con arreglo a los criterios establecidos en el artículo 7, apartados 3 y 4, aunque el menor fuere responsable de dos o más infracciones, en el caso de que éstas sean conexas o se trate de una infracción continuada, así como cuando un sólo hecho constituya dos o más infracciones. No obstante, en estos casos, el Juez, para determinar la medida o medidas a imponer, así como su duración, deberá tener en cuenta, además del interés del menor, la naturaleza y el número de las infracciones, tomando como referencia la más grave de todas ellas.

Si pese a lo dispuesto en el artículo 20.1 de esta Ley dichas infracciones hubiesen sido objeto de diferentes procedimientos, el último Juez sentenciador señalará la medida o medidas que debe cumplir el menor por el conjunto de los hechos, dentro de los límites y con arreglo a los criterios expresados en el párrafo anterior. Cuando alguno o algunos de los hechos a los que se refiere el apartado anterior fueren de los mencionados en el artículo 10.2 de esta Ley, la medida de internamiento en régimen cerrado podrá alcanzar una duración máxima de diez años para los mayores de dieciséis años y de seis años para los menores de esa edad, sin perjuicio de la medida de libertad vigilada que, de forma complementaria, corresponda imponer con arreglo a dicho artículo.

En el supuesto de que exista pluralidad de infracciones la LORPM establece que los límites establecidos en el art. 9 y en el apartado 1 del art. 10 serán respetados siempre que se trate de delitos conexos (que pudieran ser enjuiciados en un solo procedimiento debido a que concurren los requisitos del art. 17 del LECrim), que se trate de un delito continuado o en supuestos de concurso medial. En este supuesto el juez de menores para determinar la medida o medidas a imponer deberá tener en cuenta el interés del menor, la naturaleza y el número de infracciones tomando como referencia la más grave. Rige el principio de absorción puro (art. 11.2) y no el principio de absorción con exasperación, es decir el sistema adoptado supone la impunidad de la conducta más levemente penada y la determinación de la medida atendiendo sólo al hecho que lleve aparejada la medida más grave

Por tanto, en caso de concurso o pluralidad de infracciones no tiene porque imponerse necesariamente una medida para cada hecho, sino que puede imponerse una medida conjunta para todos ellos utilizándose los criterios generales para la elección de la medida y su extensión sin que tenga obligatoriamente que producirse una exasperación aunque la circunstancia de producirse varios hechos deba tenerse en cuenta para determinar la consecuencia jurídica concreta. En este último supuesto es claro que al menos para las medidas de la misma naturaleza se aprobaría un único programa individualizado de ejecución de la medida y un único informe final.

Sólo se produce la exasperación (facultativa) cuando alguno de los hechos fuera de extrema gravedad. En este caso la medida de internamiento cerrado puede alcanzar una duración máxima de 10 años para mayores de dieciséis años y de seis años para los menores de esa edad, sin perjuicio de la medida de libertad vigilada que de forma complementaria corresponda imponer.

El nuevo art. 12 de la LORPM en relación con el art. 47 se refiere al procedimiento de refundición y ejecución para los supuestos de medidas impuestas por pluralidad de infracciones sean o no causas conexas. En el apartado 1 se dispone que en cuanto el Juez sentenciador tenga conocimiento de la existencia de otras medidas firmes en ejecución, pendientes de ejecución o suspendidas condicionalmente, impuestas al mismo menor por otros jueces de menores en anteriores sentencias, y una vez que la medida o medidas por él impuestas sean firmes, ordenará al secretario judicial que de traslado del testimonio de su sentencia, por el medio más rápido posible, al Juez que haya dictado la primera sentencia firme, el cual será el órgano jurisdiccional competente para la ejecución de todas, asumiendo las funciones previstas en el apartado 2 de este artículo.

En el apartado 2 del mismo artículo se da competencia al juez que refunde –esto es el juez que ha dictado la primera sentencia condenatoria- la competencia para la ejecución de la medida.

8. REFUNDICIÓN DE MEDIDAS IMPUESTAS (LOS SUPUESTOS DE PLURALIDAD DE INFRACCIONES NO CONEXAS)

El art. 47 de la LORPM establece una serie de criterios para la refundición de medidas impuestas precisando el procedimiento para llevarla a cabo. Y su finalidad no es otra que la que se explicita en el párrafo 2 del apartado 2 *“de modo que una vez practicada la refundición no quedará por ejecutar más de una medida de cada clase de las enumeradas en el artículo 7 de esta Ley”*.

Resuelve el problema de compatibilizar el cumplimiento de medidas incompatibles entre sí, o que por haber sido dictadas en diferentes procedimientos su cumplimiento queda diferido a un futuro incierto. La actual redacción permite unir en una sola las medidas de la misma naturaleza, que exista un solo expediente de ejecución y abordar su ejecución conjunta sin menoscabo de la posibilidad de modificarlas, sustituirlas o dejarlas sin efecto en función de la evolución del menor. De este modo, en el art. 11.3 se dice "Cuando el menor hubiere cometido dos o más infracciones no comprendidas en el apartado 1 de este artículo será de aplicación lo dispuesto en el artículo 47 de la presente Ley.» y en el art. 47.2 (relativo a la refundición de medidas impuestas en diferentes procedimientos por hechos no conexos) Si se hubieren impuesto al menor en diferentes resoluciones judiciales dos o más medidas de la misma naturaleza, el Juez competente para la ejecución, previa audiencia del letrado del menor, refundirá dichas medidas en una sola, sumando la duración de las mismas, hasta el límite del doble de la más grave de las refundidas. Por lo tanto, si el menor tiene pendiente de cumplimiento una pluralidad de medidas impuestas por hechos no conexos (Vg. un asesinato y un segundo asesinato cometido después de haber cometido el primero) al practicarse la refundición podrá aumentarse el límite de diez años previsto en la art. 11.2 que no podrá superar el doble de la medida más grave de las refundidas. Si por el contrario, los asesinatos fueron conexos (ya enjuiciados en la misma causa ya en causas diferentes) la medida de internamiento no podrá exceder de diez años o de seis si el menor hubiera alcanzado los dieciséis años a este límite deberá adicionarse el no poder superar el límite del doble de la medida más grave. Dicho límite actuaría cumulativamente con los de los arts. 9 y 10 cuando los hechos fueran conexos.

9. SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DEL FALLO

La posibilidad de suspender la ejecución del fallo contenido en la sentencia está regulada en el art. 40 de la LORPM equivale a la suspensión de la condena o condena condicional en el derecho penal de adultos, prevista en los arts. 80 y ss del CP cuya concesión no implica el no cumplimiento de la medida o en este caso de la pena impuesta en sentencia firme:

La competencia:

- a) La promueve de oficio el Juez competente para la ejecución, oídos en todo caso Ministerio Fiscal, letrado del menor, el representante del equipo técnico y de la entidad pública de protección o reforma de menores. Es facultativa tanto su promoción como su concesión.

- b) También puede instarla el Ministerio Fiscal o el letrado del menor, aunque en la práctica casi nunca lo soliciten
- c) No pueden hacerlo el representante del equipo técnico, ni el de la entidad pública de reforma (si el menor ya ha estado en medida cautelar) pero si pueden sugerir su suspensión en el informe que emitan en la audiencia, si consideran que ello va en interés del menor siendo los más cualificados en tanto que conocedores de su interés y circunstancias.

Los requisitos exigidos para su concesión:

1. La medida impuesta no sea superior a dos años de duración, durante un tiempo determinado y hasta un máximo de dos años. Todas las medidas del art. 7 pueden ser suspendidas, siendo único el límite temporal. El beneficio puede ser aplicado a todo tipo de delitos salvo los previstos en el art. 10.2 de la LORPM (arts. 138, 139, 179, 180 y 571 a 580 y delitos castigados con penas de prisión iguales o superiores a quince años)
2. Que se acuerde motivadamente: lo que quiere decir que se explique porqué es conveniente la suspensión (se distancia de los requisitos que exige el art. 81 del CP). Cabe la posibilidad que un menor reincidente pueda beneficiarse de la medida si aquella no es superior a dos años
3. El límite máximo de suspensión es de dos años que constituye el mínimo del delincuente adulto

Las condiciones a las que quedara sometida

1. No ser condenado por sentencia firme por delito durante ese plazo como adulto, ni serle aplicada una medida por sentencia firme de la LORPM. De manera que si el menor delinque durante el plazo de suspensión pero no ha recaído sentencia condenatoria firme no incumpliría la condición, así como tampoco si fuese condenado como autor de una falta cumplidos los dieciocho años
2. Que el menor asuma un compromiso de mostrar actitud y disposición de reintegrarse en la sociedad no incurriendo en nuevas infracciones
3. Y una condición impuesta como facultativa cuál es la potestad del juez de aplicar un régimen de libertad vigilada o la obligación de realizar una actividad socioeducativa. Que en la práctica siempre se suele imponer como medio de tener un control sobre el menor y de obligarle a realizar determinadas actividades y cumplir ciertas obliga-

ciones. De todas formas no deja de ser una imposición encubierta de otra medida de dudosa aplicación cuando la suspendida es de menor gravedad que alguna de ellas

El incumplimiento de alguna de las condiciones impuestas dará lugar a que se alce la suspensión y se ejecute la sentencia en todos sus extremos. Lo que plantea problemas es determinar cuándo debe considerarse quebrantada la medida de libertad vigilada o la actividad socioeducativa teniendo en cuenta los altibajos que suelen caracterizar a las medidas de medio abierto.

Los jueces de menores aconsejan el uso excepcional de este beneficio, pero como contrapartida también aconsejan abandonar cualquier posición estricta en orden a considerar que cualquier contravención de lo establecido comunicado por el técnico de medio abierto pueda dar lugar a la revocación de la suspensión de la ejecución. Es más suelen optar porque en caso de incumplimiento de algunas de las condiciones impuestas se aplique supletoriamente lo dispuesto en el art. 83 del CP: prorrogar el plazo de suspensión, sustituirla por otras y optar por la revocación solo en caso de la comisión de un nuevo delito.

10. MODIFICACIÓN DE LAS MEDIDAS (ARTS. 14 Y 51)

La Recomendación número R (87) 20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa establece en su punto 8 el reconocimiento del derecho del joven infractor a pedir la revisión de las medidas ordenadas. Siguiendo estas pautas los arts. 13 (antes 14) y 51 permiten antes de la ejecución (por ejemplo en el supuesto de conciliación del menor con la víctima según dispone el art. 19 LORPM) y durante la ejecución de las medidas dejarlas sin efecto o sustituirlas por otras que se estimen más adecuadas. Es lo que suele denominarse principio de flexibilidad en la ejecución.

Esta facultad revisora no debiera suponer una *reformatio in peius* desde el punto de vista cuantitativo, pues expresamente se dice en cuanto a la extensión de la nueva medida lo será "*por el tiempo igual o inferior al que reste para su cumplimiento*". La reforma por Ley Orgánica 8/2006 añade que "*la nueva medida pudiera haber sido impuesta inicialmente atendiendo a la infracción cometida*".

La competencia y el procedimiento aparecen regulados en los arts. 13 y 51 de la LORPM. En concreto el art. 13 establece que *el Juez competente para la ejecución, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o del letrado del menor, previa audiencia de éstos e informe del equipo técnico y, en su caso, de la entidad pública de protección o reforma de*

menores, podrá en cualquier momento dejar sin efecto la medida impuesta, reducir su duración o sustituirla por otra, siempre que la modificación redunde en el interés del menor y se exprese suficientemente a éste el reproche merecido por su conducta.

Igualmente en fase de ejecución la revisión se sustancia a través de un incidente que se encauza en el propio expediente de ejecución. La iniciación puede tener lugar, según lo dispuesto en el art. 51 de la LORPM, de oficio por el Juez de Menores competente para la ejecución, a instancia del Ministerio Fiscal, del letrado del menor o de la Administración competente, y oídas las partes, así como el equipo técnico y la representación de la entidad pública de protección o reforma de menores.

La facultad revisora consiste en dejar sin efecto aquellas o sustituirlas por otras que se estimen más adecuadas de entre las previstas en esta Ley, por tiempo igual o inferior al que reste para su cumplimiento, siempre que “la nueva medida pudiera haber sido impuesta inicialmente atendiendo a la infracción cometida”.

La facultad revisora esta vedada en los supuestos contemplados en el art. 10.1 b (delitos cometidos por menores entre 16 y 17 años en los que se aprecie extrema gravedad o reincidencia) así como los contemplados en el art. 10.2 (arts. 138, 139, 179 180 y 571 a 580 y delitos para los que esté previsto una pena igual o superior a quince años) hasta que no transcurra al menos la mitad de la duración de la medida de internamiento impuesta

11. MODIFICACIÓN AGRAVATORIA

El art. 51.2 tras la LO 8/2006 establece dos nuevas posibilidades para hacer frente a evoluciones desfavorables en la ejecución de la medida

1. Cuando el Juez de Menores haya sustituido la medida de internamiento en régimen cerrado por la de internamiento en régimen semiabierto o abierto, y el menor evolucione desfavorablemente, previa audiencia del letrado del menor, podrá dejar sin efecto la sustitución, volviéndose a aplicar la medida sustituida de internamiento en régimen cerrado.
2. Si la medida impuesta es la de internamiento en régimen semiabierto y el menor evoluciona desfavorablemente, el Juez de Menores podrá sustituirla por la de internamiento en régimen cerrado, cuando el hecho delictivo por la que se impuso sea alguno de los previstos en el artículo 9.2 de esta Ley (esto es delitos graves, menos graves con violencia o intimidación o grave riesgo cometidos por banda supuestos que

permiten imponer la medida de internamiento en régimen cerrado). Esta nueva práctica confirma la práctica supresión de las señas de identidad propias de la medida de internamiento en régimen semiabierto respecto al cerrado.

La conversión del régimen semiabierto en cerrado parece difícil de encajar con respeto al principio de legalidad en materia de penas y medidas por cuanto supone la imposición de una medida más grave que la que se acordó en la sentencia por los mismos hechos. Cabe formularse una pregunta ¿está conversión cabe realizarla cuando el infractor ha alcanzado la mayoría de edad, de modo que una modificación agravatoria en el sentido anteriormente expuesto supondrá la posibilidad de ingreso en un centro penitenciario?. ¿Porqué no hay una fórmula en el articulado que vede esta posibilidad?

No obstante, puede señalarse que en la práctica el internamiento en régimen semiabierto siempre puede convertirse en cerrado aun sin modificar la denominación por la suspensión de la realización de actividades fuera del centro como reacción a una evolución desfavorable (art. 7.1.b LORPM)

12. QUEBRANTAMIENTO

El art. 50 d el LORPM se ocupa del tema distinguiendo entre las medidas privativas de libertad y las no privativas de libertad precepto que dio y dará lugar a múltiples interpretaciones en lo relativo a lo que debe considerarse incumplimiento de la medida

Dice el art. 50 que cuando el menor quebrante una medida de internamiento en régimen cerrado se procederá a su ingreso en el mismo centro del que se hubiere evadido o en otro adecuado a sus condiciones y en caso de permanencia de fin de semana a su domicilio a fin de que cumpla de manera interrumpida el tiempo que le queda por cumplir

Si la medida quebrantada no fuere privativa de libertad el Ministerio Fiscal podrá instar al juez de menores la sustitución de aquella por otra de la misma naturaleza. Excepcionalmente, y a propuesta del Ministerio Fiscal podrá sustituir la medida por otra en centro semiabierto por el tiempo que le reste de cumplimiento

El quebrantamiento activa la posibilidad de sustituir las medidas según lo dispuesto en el art. 51 LORPM. No obstante, la LO6/2006 ha reformado el apartado 3 del artículo 50 que pasa a tener la siguiente redacción«3. Asimismo, el Juez de Menores acordará que el secretario judicial remita testimonio de los particulares relativos al quebrantamiento de la medida al Ministerio Fiscal, por si el hecho fuese constitutivo de alguna de las

infracciones a que se refiere el artículo 1 de la presente Ley Orgánica y merecedora de reproche sancionador.» Se está refiriendo a que el incumplimiento puede constituir delito de quebrantamiento de condena previsto en el art. 468 del CP. Quiero hacer notar que el delito se refiere a quebrantar penas, medidas cautelares y medidas de seguridad. En el art. 50 de la LORPM no se hace referencia a la medida cautelar, por lo que entiendo que mientras no comience la ejecución no hay quebrantamiento. En todo caso, solo cabe que el juez de menores o el Juzgado de lo penal si es mayor de edad ordene su detención para presentarlo a la entidad pública de reforma o bien citarlo en el juzgado para requerirle su obligación representarse bajo apercibimiento de incurrir en un delito de desobediencia a la autoridad.

Respecto a las conductas concretas que deben considerarse incumplimiento se recogen en el art. 14 del Reglamento de la LORPM (Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio)

a) En las medidas privativas de libertad se considera incumplimiento:

la fuga del centro,

el no retorno en la fecha o la hora indicadas después de una salida autorizada

y la no presentación en el centro el día o la hora señalados para el cumplimiento de las permanencias establecidas.

b) En la medida de permanencia de fin de semana en el domicilio:

la no presentación en su domicilio

y la ausencia no autorizada del domicilio, durante los días y horas establecidos de permanencia, así como el no retorno a éste para continuar el cumplimiento de la medida después de una salida autorizada.

c) En las medidas no privativas de libertad,

la falta de presentación a las entrevistas a las que el menor haya sido citado para elaborar el programa de ejecución

y el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones que, según lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, conforman el contenido de cada medida.

Además, la entidad pública comunicará a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad el incumplimiento de las medidas de internamiento y de permanencia de fin de semana en un

centro a que se refiere el párrafo a), así como de las medidas de permanencia de fin de semana en el domicilio prevista en el párrafo b). Asimismo, se pondrá en conocimiento de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad el ingreso del menor en el centro en los términos previstos en el artículo 31.2 cuando se hubiese solicitado su búsqueda

13. MAYORÍA DE EDAD DEL CONDENADO

El art. 5.3 de la LORPM sienta un principio general al establecer que: “las edades indicadas en el articulado de la ley se han de entender siempre referidas al momento de la comisión de los hechos sin que el hecho de haberse rebasado las mismas antes del comienzo del procedimiento o durante la tramitación del mismo tenga incidencia alguna sobre la competencia atribuida por esta ley a los jueces y fiscales”. Este principio es de difícil observancia en los supuestos que se aplique lo dispuesto en el art. 14 de la LORPM por cuanto parece que salvo en materia de liquidación de las medidas o la posibilidad de revisar o sustituirla o modificarla, que si corresponderá al juez de menores, en los demás incidentes de la ejecución será el Juez de Vigilancia o al Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria en el caso de menores condenados por delitos de terrorismo.

Regulación tras la reforma

Las modificaciones más importantes de la reforma están plasmadas en el art. 14 de la LO 8 /2006 puesto que se faculta al juez para poder acordar, previa audiencia del Ministerio Fiscal y la entidad pública de protección o reforma de menores, que el menor que estuviese cumpliendo una medida de internamiento en régimen cerrado y alcanzase la edad de dieciocho años, pueda terminar de cumplir la medida en un centro penitenciario cuando su conducta no responda a los objetivos propuestos en la sentencia.

Al mismo tiempo, si la medida de internamiento en régimen cerrado se impone al que ha cumplido veintiún años o, impuesta con anterioridad, no ha finalizado su cumplimiento al alcanzar dicha edad, el juez ordenará su cumplimiento en un centro penitenciario conforme al régimen general previsto en la Ley Orgánica General penitenciaria, salvo que excepcionalmente proceda la sustitución o modificación de la medida prevista en los arts. 13 y 51 de la LORPM o su permanencia en el centro en cumplimiento de tal medida cuando el menor responda a los objetivos propuestos en la sentencia

Establece en el párrafo 4 además una regla especial para las medidas de internamiento aplicadas a mayores de 21 años: “cuando el menor pase a cumplir la medida de internamiento en un centro penitenciario, quedarán sin efecto el resto de medidas impues-

tas por el Juez de Menores que estuvieren pendientes de cumplimiento sucesivo o que estuviera cumpliendo simultáneamente con la de internamiento, si éstas no fueren compatible con el régimen penitenciario, todo ello sin perjuicio de que excepcionalmente proceda la aplicación de los artículos 13 y 51 de esta Ley”.

Igualmente, la medida de internamiento en régimen cerrado que imponga el Juez de Menores con arreglo a la presente Ley se cumplirá en un centro penitenciario y conforme al régimen general previsto en la Ley Orgánica General Penitenciaria siempre que, con anterioridad al inicio de la ejecución de dicha medida, el responsable hubiera cumplido ya, total o parcialmente, bien una pena de prisión impuesta con arreglo al Código Penal, o bien una medida de internamiento ejecutada en un centro penitenciario conforme a los apartados 2 y 3 de este artículo²⁰.

Se trata de desviar a la ejecución penitenciaria de adultos a quien ha sido juzgado como menor bien porque ha cumplido dieciocho años y su comportamiento no responde a los objetivos marcados en la sentencia o bien porque ha cumplido veintiuno y no hay nada excepcional en su comportamiento que aconseje la permanencia en el centro de internamiento juvenil o bien porque cuando se impone la medida el joven infractor ya ha cumplido una pena de prisión con arreglo al Código penal o una medida de internamiento ejecutada en centro penitenciario por las previsiones anteriores. No especifica la ley si esta última medida puede ser también una medida cautelar. En este último caso, el primer cumplimiento condiciona todos los posteriores.

La posibilidad de cumplir en centro penitenciario por alcanzar la mayoría de edad puede producirse bien durante el procedimiento, al imponerle la medida o durante la ejecución. Lo que sucede es que la LORPM no aclara cuál es la respuesta que debe adoptarse con los que cumplen la edad de dieciocho y no alcanzaron los veintiuno durante el procedimiento.

Respecto a las razones que justifican la introducción de esta mutación del régimen de cumplimiento se invoca que la remisión a centros penitenciaros obedece a que la actuación educativa ya no es adecuada para cubrir las necesidades de personas mayores de veintiún años. Respecto a los de dieciocho se supone que aquella ha fracasado por lo que se aconseja su cumplimiento como una pena tradicional

20. La decisión adoptada merece un comentario adverso, por varias razones pero en especial porque en cierta forma es contradicción con lo regulado en la normativa penitenciaria que prevé un régimen especial de ejecución en el que se acentúan los rasgos educativos y formativos así el art. 9.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y Capítulo IV del Título VII, arts. 173 y ss del Reglamento penitenciario.

Otra razón es que la legislador ha sido excesivamente sensible a las demandas de ciertas corporaciones nacionales que operan en el régimen de menores preocupados por la seguridad de los centros de reforma donde la convivencia se puede ver alterada por residir en ellos personas de edad tan elevada junto a jóvenes de catorce a dieciocho (no obstante, el art. 54.3 de la LORPM y el art. 33 del Reglamento que lo desarrolla establece que los centros estarán divididos en módulos adecuados a la madurez, edad y habilidades sociales).

Hay una tercera razón dirigida a endurecer el castigo de delitos más graves que son los que dan lugar a medidas de seguridad más largas con el fin de paliar el sentimiento social de impunidad con lo que se estaría produciendo una alejamiento de la finalidad específicamente educativa de las medidas de menores, que una vez más se ven sustituidas por razones retributivas y de prevención general, algo expresamente excluido de la Exposición de Motivos de la LORPM 5/2000.

Por otra parte, queda por interrogarse por su naturaleza jurídica y aunque el LORPM le denomina medida de internamiento ejecutada en centro penitenciario si su cumplimiento queda diferido a un centro penitenciario, si se va regir por el derecho penitenciario y bajo el control de legalidad del Juzgado de Vigilancia penitenciaria obviamente como señalan Cervelló Donderis y Colas Turegano se trata de una sustitución legal imperativa de medida por pena²¹. Tomando prestadas las palabras del Informe del Consejo del Poder Judicial al Anteproyecto de ley por que se modifica la Ley Orgánica 5/2000 cabe decir que sobre la decisión del Juez de menores de pasar al sujeto internado en un centro de menores a un centro penitenciario se abren múltiples interrogantes: ¿constituye una novación de la medida educativa sancionadora en genuina pena de prisión?

Una gran parte de los autores que se han ocupado del tema opinan que con la transformación de una medida de internamiento en una prisión de adultos se quebrantan determinados principios penales. En concreto para Octavio García semejante previsión cuestiona el principio de culpabilidad puesto que a la comisión de un delito por parte de un menor se está respondiendo materialmente con una pena de adultos y la existencia de una justicia de menores se basa en el principio de que los delitos cometidos por estos nunca pueden ser tratados como los ejecutados por adultos²². Para los autores del voto

21. Cervelló Donderis, V./Colás Turégano, A.: Cumplimiento de edad en la infracción penal y en la medida impuesta. En Estudios sobre la responsabilidad penal del menor. (coords José Luis González Cussac y María Luisa Cuerda Arnau). Universitat Jaime I. Castellón 2005. pág 70.

22. Vid. García Pérez O.: "La introducción del modelo de seguridad ciudadana en la justicia de menores", op. cit. . pág. 433.

particular emitido Informe del Consejo del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley se trata de un caso de imputabilidad sobrevenida y con efectos retroactivos que puede vulnerar principios de esenciales del derecho penal como los de seguridad jurídica, el acusatorio, de no retroactividad de las normas sancionadoras y restrictivas de derechos y amenaza de inconstitucionalidad, pues como establece la STC 36/91 F.J. 5ª no hay fundamento para la sustracción de un determinado tipo de infracciones de los menores al régimen general de responsabilidad configurado por la Ley” y más aun la citada sentencia establece que” el sistema resulta de las convenciones internacionales suscritas por España es el de una edad de referencia, por debajo de la cuál el menor ha de ser tratado de una manera distinta, sin que pueda aplicársele el régimen penal de los mayores de edad” y el art. 14 de la LOGP lo somete al régimen general de la LOGP.

De igual parecer son Cervelló Donderís y Colás Turegano. La previsión legal comentada contradice las normas internacionales sobre la materia como la Convención de Derechos del Niño de 1989, las Reglas de Beijing de 1985 y las Reglas de la ONU para menores privados de libertad de 1990 entre otras, ya que en todas ellas el internamiento ha de ser el último recurso y lo más breve posible; por ello la posibilidad de internamiento en máximos de diez años que termine de cumplirse en centros penitenciarios de adultos no se ajusta a tales criterios de intervención mínima. En su opinión, si lo que pretende con aquella posibilidad legal es que la intervención educativa propia de los centros de menores no es adecuada para jóvenes que superan los veinte años de edad lo más correcto sería la creación de centros específicos para jóvenes o secciones separadas en centros de menores con un tratamiento adecuado para su edad y circunstancias²³.

23. Cervelló Donderis, V./Colás Turégano, A.. Cumplimiento de edad en la infracción penal y en la medida impuesta..op. cit. pág. 76.