

# Las alternativas a la privación de libertad en nuestro sistema de justicia juvenil más allá de la instrucción

## El recurso a la justicia restaurativa y al principio de flexibilidad

Juan José Periago Morant

*Profesor Ayudante Doctor de Derecho Penal. Universitat Jaume I*

---

PERIAGO MORANT, JUAN JOSÉ. Las alternativas a la privación de libertad en nuestro sistema de justicia juvenil más allá de la instrucción. El recurso a la justicia restaurativa y al principio de flexibilidad. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2020, núm. 22-02, pp. 1-46.  
<http://criminet.ugr.es/recpc/22/recpc22-02.pdf>

RESUMEN: Uno de los principios inspiradores reconocidos universalmente de cualquier sistema de justicia juvenil refiere que la utilización de la privación de libertad debe ser el último recurso. Transcurrida la mayoría de edad de nuestra Ley Orgánica 5/2000 reguladora de la responsabilidad penal de los menores, en este trabajo se pretende analizar algunas de las opciones que nuestro sistema de justicia juvenil ofrece como alternativas a la privación de libertad de los menores infractores. Las herramientas que ofrece la justicia restaurativa permiten, como se podrá ver, que en determinadas fases del procedimiento se puedan alcanzar soluciones más adecuadas que el internamiento de menores teniendo en cuenta cual es nuestro perfil de menor en conflicto con la ley. Para ello se tienen en consideración aspectos fundamentales como son el interés superior del menor, la perspectiva educativa que se tiene que mantener en la intervención con el menor infractor y la atención a las necesidades de las víctimas.

PALABRAS CLAVE: Internamiento, privación de libertad, justicia reparativa, conciliación, reparación, menor infractor.

TITLE: **Alternatives to the deprivation of liberty in our juvenile justice system beyond the preliminary investigation procedures: the resource of Restorative Justice and the Principle of Flexibility**

ABSTRACT: One of the universally recognized inspiring principles of any juvenile justice system refers that the use of deprivation of liberty must be the last option. After the age of majority of our Ley Orgánica 5/2000 regulating the criminal responsibility of minors, this work tries to analyze some options that our juvenile justice system offers as alternatives to the deprivation of liberty of juvenile offenders. The tools offered by restorative justice allow, as it can be seen, that there are more adequate solutions at any stage of the proceedings than the detention of minors, considering our profile of minors in conflict with the law. For this, fundamental aspects such as the best interests of the child, the educational perspective should be considered in the intervention with the minor offender and attention to the needs of the victims are taken into consideration.

KEYWORDS: Detention, deprivation of liberty, restorative justice, conciliation, reparation.

Fecha de recepción: 15 enero 2020

Fecha de publicación: 7 marzo 2020

Contacto: [periago@dpu.uji.es](mailto:periago@dpu.uji.es)

*SUMARIO: 1. Planteamiento inicial. 2. Concepto de Justicia Restaurativa. 3. Naturaleza Jurídica. 4. Justificación. 5. Las alternativas a la privación de libertad en nuestro sistema de justicia juvenil. 5.1. Las alternativas al internamiento en la sentencia. 5.1.1. El principio de flexibilidad. 5.1.2. La suspensión de la ejecución del fallo. 5.2. Las alternativas en la fase de ejecución de la medida. 6. Efectos de las reformas legislativas. 7. Conclusiones. Bibliografía.*

---

## 1. Planteamiento inicial

Como es sabido, la principal norma internacional sobre los derechos de los niños es la Convención de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 siendo obligatoria para todos los estados firmantes<sup>1</sup>. La Convención de los Derechos del Niño se ha convertido en el tratado internacional más ratificado de la historia al haber sido firmado por 140 países y tener a 196 países como parte de él.

De conformidad con la Convención de los Derechos del Niño, los estados se comprometen a llevar a cabo las actuaciones necesarias tendentes a dar efectividad a los derechos y principios consignados en ella. Entre sus proclamaciones más destacables, se encuentra la formulada en su artículo 37 b), que establece que la detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda. A ella, se une la de su artículo 40, que insta a emplear otras alternativas al internamiento en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que ese internamiento guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción.

Este importante mandato nos obliga a plantearnos, dentro de la justicia penal juvenil, cuándo la privación de libertad ha de ser considerada como el último recurso y por tanto es conveniente recurrir a otras alternativas.

En segundo lugar, la proclamación internacional nos obliga a efectuar una adecuada reflexión sobre cuándo la extensión temporal de la privación de libertad cumplida por el menor ha dejado de ser necesaria<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Se convirtió en ley española en 1990, después de ser firmada y aceptada en aquel momento por 20 países, entre ellos España por Instrumento de Ratificación de 30 de noviembre de 1990, Boletín Oficial del Estado-España- núm. 313, de 31 de diciembre de 1990), entrando en vigor el 5 de enero de 1991.

<sup>2</sup> Es numerosa la normativa internacional que proviene tanto de Naciones Unidas como de la Unión Europea que invita a la utilización de la justicia restaurativa y a buscar alternativas a la privación de libertad. De las Naciones Unidas podemos destacar como instrumentos principales que hacen ese tipo de manifestaciones a las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores, las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad. En Europa destacamos la Resolución del Comité de Ministros N°78 (62), sobre transformación social y delincuencia juvenil, de 29 de noviembre de 1978; la Recomendación N.º R87 (20) del Comité de Ministros del Consejo de Europa “reacciones sociales ante la delincuencia juvenil”; de 17 de septiembre de 1987; la Recomendación Rec (2003) 20 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre nuevas formas de tratamiento de la delincuencia juvenil y el papel de la justicia juvenil, adoptada por el Comité de Ministros el 24 de septiembre 2003; la Recomendación (2008)11 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre Reglas

Sin entrar en la polémica cuestión sobre si las medidas de internamiento son auténticas penas, es evidente, que suponen una privación de libertad. Esta característica hace que el camino hacia la respuesta sobre estas dos cuestiones nos la ofrezca VIVES ANTÓN<sup>3</sup> cuando dice “la pena privativa de libertad, que por si misma es un mal, sólo puede justificarse porque produzca un bien mayor que el mal que causa, pues causar daño al delincuente, sin obtener de ese daño una utilidad manifiesta, no satisface ni la justicia ni el deseo de hacerla: o responde a un deseo de venganza o a un sentido equivocado de lo que la justicia exige. Si el mal causado no hace más que sumarse al que el delito produjo no tiene justificación posible”.

Con la atención puesta en la reeducación y la reinserción social, se han ido introduciendo en nuestro ordenamiento jurídico fórmulas que se aproximan a la denominada justicia restaurativa, pues como dice BARONA VILAR<sup>4</sup>, no solo es posible la aplicación de la norma como si de una ecuación matemática se tratase, sino que en la aplicación del derecho al caso concreto se han introducido suavizaciones del principio de legalidad como las negociaciones de la pena entre el Estado (por medio del Fiscal) y los acusados, se ha introducido la posibilidad de la compensación como vía de la reducción de la pena e inclusive como posible sustitución de la pena privativa de libertad, los trabajos en beneficio de la comunidad, introduciendo conceptos como el perdón del ofendido.

Concretamente nos interesaremos en las posibilidades prácticas que nos ofrece la justicia restaurativa y el principio de flexibilidad como alternativas a la privación de libertad una vez finalizada la instrucción del procedimiento previsto en la Ley Orgánica 5/2000 reguladora de la responsabilidad penal de los menores frente a otros fenómenos como la mediación en la fase de instrucción que ha recibido una mayor atención por la doctrina.

## 2. Concepto de Justicia Restaurativa

Una definición de justicia restaurativa que ha recibido un amplio consenso es la aportada por MARSHALL<sup>5</sup> “La justicia restaurativa es un proceso a través del cual las partes o personas que se han visto involucradas y/o que poseen un interés en un delito en particular, resuelven de manera colectiva la manera de lidiar con las consecuencias inmediatas de éste y sus repercusiones para el futuro”.

Europeas para infractores juveniles sometidos a sanciones o medidas, de 5 de noviembre de 2008, la Directiva 2012/29/EU del Parlamento y del Consejo por el que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos ) y la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 2016/800 relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales de 11 de mayo de 2016.

<sup>3</sup> VIVES ANTÓN, Tomás Salvador; “La dignidad de la persona”, en El País, 30 de enero de 2015.

<sup>4</sup> BARONA VILAR, Silvia.; *Mediación penal. Fundamento, fines y régimen jurídico*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2011.

<sup>5</sup> MARSHALL, Tony.; “The evolution of restorative justice in Britain”, *European Journal on Criminal Policy and Research*, Vol. 4, núm. 4, 1994, 37.

El artículo 2. 1 d) de la Directiva 2012/29 de la Unión Europea, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos considera la justicia reparadora o restaurativa como “cualquier proceso que permita a la víctima y al infractor participar activamente, si dan su consentimiento libremente para ello, en la solución de los problemas resultantes de la infracción penal con la ayuda de un tercero imparcial”. Los elementos definitivos mencionados en esta importante Directiva, han tenido eco en una norma de vital trascendencia en la materia examinada como es nuestra Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima que reconoce a las víctimas el derecho a acceder a los servicios de justicia restaurativa que se dispongan legalmente.

La Justicia Restaurativa se enmarca en un movimiento, que dentro de la Criminología y de la Victimología, pone de relieve la participación de las partes en el proceso penal pretendiendo superar la tradicional invisibilidad de la víctima y la función reparadora de la justicia.

En ella, se promueve un encuentro voluntario y dialogado entre víctima e infractor tras la comisión de un hecho delictivo, y que para ello parte de las necesidades de las víctimas, que comprenderá el trato digno, la protección, la información, la asistencia, el acceso a la justicia, la reparación y la recuperación<sup>6</sup>.

La respuesta al delito debería reparar en la medida de lo posible el mal sufrido por la víctima; los infractores deben comprender que su comportamiento es inaceptable y que ha tenido consecuencias reales para la víctima y para la comunidad<sup>7</sup>.

La manera de alcanzar el resultado deseado se lleva a cabo por medio de programas donde se efectúa el encuentro entre las partes y se plantean las oportunidades para solucionar el conflicto. Los programas existentes en la Justicia Restaurativa<sup>8</sup>, capacitan al infractor, a la víctima y a la comunidad para hallar una respuesta a

<sup>6</sup> SÁEZ VALCARCEL, Ramón (et al); La mediación penal dentro del proceso. Análisis de situación. Propuestas de regulación y autorregulación. Protocolos de evaluación. Documento ideológico: análisis desde la perspectiva de la política criminal y del derecho a la tutela judicial efectiva, CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, Madrid, 2010, 9.

<sup>7</sup> GIMÉNEZ SALINAS COLOMER, Esther; “El concepto restaurativo como principio de resolución de conflictos” en *Justicia restaurativa y terapéutica* (DE LA CUESTA, José Luis y SUBIJANA, Ignacio José, directores), Valencia, Tirant Lo Blanch, 2017, 72.

<sup>8</sup> Los principales programas que se emplean en la justicia restaurativa son: Victim Offender Mediation -VOM- (empleado en nuestra LORPM) que se caracteriza por ser un proceso donde un tercero imparcial ayuda a las partes a alcanzar una solución; otros países, como Nueva Zelanda con fuerte tradición en él, emplean además el *Conferencing* donde participan víctima, ofensor, víctimas secundarias (familiares y amigos de la víctima) y miembros del entorno del ofensor (sus familiares y amigos) y el programa *Circles*, que es muy similar al Conferencing pero en el que además pueden asistir miembros de la comunidad que estén interesados en participar, esta práctica surgió en Canadá. Vid. MAXWELL, Gabrielle.; *Restorative Justice for Juveniles. Conferencing, Mediation & Circles*, Portland, Hart Publishing, 2002, 7-9.

Sobre los programas “VOM”, vid. LIEBMANN, Marian; *Restorative Justice. How it Works*, Londres, Jessica Kingsley Publishers, 2007, 7-8.

En Europa los programas de Conferencing se emplean en todo el estado en Irlanda, Irlanda del Norte, Bélgica y Holanda otros países como Austria, Alemania, Hungría, Letonia, Noruega, Polonia, Escocia y Ucrania cuentan con programas de conferencing a nivel regional. Vid. DUNKEL, Frieder (et. al.); *Juvenile Justice Systems in Europe: Current Situation and Reform Developments*, Munich, Mönchengladbach: Forum Verlag Godesberg,

la infracción y ofrecer la solución al conflicto generado por la misma. Estos programas buscan proteger tanto el interés de la víctima (el infractor reconoce el daño ocasionado y trata de repararlo), como el del autor (que el conflicto se solucione sin acudir a un proceso judicial) e igualmente el interés de la comunidad y del sistema judicial se satisface (los esfuerzos van dirigidos a lograr la rehabilitación del infractor y prevenir la reincidencia).

La cuestión se centra en la solución del conflicto extrajudicialmente otorgando protagonismo a las partes “La justicia restaurativa es una metodología para solucionar problemas que, de varias maneras, involucra a la víctima, al ofensor, a las redes sociales, las instituciones judiciales y la comunidad”<sup>9</sup>, no obstante no supone la privatización del proceso penal ya que los límites de la misma están definidos por la ley e interviniendo tanto del fiscal como el juez de menores en el control de su legalidad.

Como sostiene la mejor doctrina en la justicia restaurativa el centro de atención no se sitúa en la vulneración de la norma y en el ataque a un bien jurídico en abstracto<sup>10</sup>, sino en el daño concreto a una persona o un grupo de personas. No obstante, en nuestro sistema de justicia juvenil, por sus peculiaridades, la entidad de la vulneración en el bien jurídico sí que tiene especial trascendencia de cara a su efectividad.

Este modelo de justicia, en palabras de CERVELLÓ DONDERIS,<sup>11</sup> supone una intersección entre el modelo tradicional de justicia retributiva basado exclusivamente en el castigo de los hechos delictivos y el modelo de justicia rehabilitadora dirigido a favorecer la reinserción social del infractor, empleando el conflicto como una oportunidad para que víctima y agresor expongan y acerquen sus posiciones y donde el interrogatorio se cambia por el diálogo.

Por otra parte, consideramos necesario hacer una precisión en relación a dos conceptos como son la mediación y la conciliación. Especialistas en la materia como BARONA VILAR<sup>12</sup> aclara que pese a que hay legislaciones que confunden ambas instituciones, la mediación no pretende ser ni es lo mismo que la conciliación. Son realidades distintas, es cierto que tienen parecidos, pero existen diferencias “La filosofía de la mediación es la que parte de que la mejor de las soluciones es la que se consensua y favorece el cumplimiento voluntario por ambas. El conciliador hace propuestas a las partes y lo que le interesa es que haya acuerdo, cualquiera que este sea, no el mejor de los acuerdos para las partes, sino acuerdo”,

2011, 587. Con respecto a los programas Circle se introdujeron proyectos pilotos en regiones de Alemania, Bélgica y Hungría.

<sup>9</sup> OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO; *Manual sobre programas de justicia restaurativa*, Nueva York, Naciones Unidas, 2006, 6.

<sup>10</sup> VARONA MARTINEZ, Gema; *Justicia restaurativa desde la Criminología: mapas para un viaje inicial*, Madrid, Dykinson, 2018, 24.

<sup>11</sup> CERVELLÓ DONDERIS, María Vicenta; “Los principios penales como criterio regulador en la selección de delitos mediables” en (DOMINGO DE LA FUENTE coord.) *Una mirada hacia la justicia Restaurativa. Recuperando el derecho perdido en Criminología y justicia*, núm.4, 2012, 35.

<sup>12</sup> BARONA VILAR, Silvia; “Integración de la mediación en el moderno concepto de Acces to Justice” en *InDret Revista para el análisis del derecho*, núm. 4, 2014, 8.

ambas instituciones son especies del mismo género siendo la mediación una modernización y mejora de la conciliación por la incorporación de ciertos parámetros específicos como pueden ser aquellos referidos a la formación del mediador.

### 3. Naturaleza Jurídica

La atribución de naturaleza jurídica en las instituciones que forman parte de cualquier rama del ordenamiento jurídico es un empeño constante de los juristas que las investigan.

Cuando se emplea el término naturaleza en las disciplinas jurídicas se hace pensando en la esencia de la institución o en su estructura, en aquellas propiedades que la definen y favorecen su diferenciación de otras instituciones para que pueda incluirse en una categoría y deslindarla de instituciones jurídicas limítrofes.

La naturaleza jurídica de determinados aspectos relacionados con el empleo de la justicia restaurativa en nuestro sistema de justicia juvenil ha originado cierta controversia en la doctrina<sup>13</sup>. Fundamentalmente esta polémica se ha relacionado con su carácter judicial o extrajudicial y sobre la función que cumple con respecto a la denominada justicia tradicional (la que se desarrolla a través de un proceso jurisdiccional con la figura de un juez que soluciona la controversia), siendo también finalmente debatida la naturaleza de sus efectos.

Respecto de la primera cuestión apreciamos que entre las propiedades del proceso de mediación destaca su vinculación judicial. Los procesos de mediación existentes en la fase de instrucción culminan con una resolución judicial acordando el sobreseimiento y archivo de actuaciones solicitado por el Fiscal al Juez de Menores, y en fase de ejecución se requiere un auto del juez acordando la modificación de la medida.

Una adecuada aproximación sobre la naturaleza jurídica de la justicia restaurativa de nuestro sistema penal juvenil requiere el planteamiento de las siguientes preguntas ¿Cuál es el papel de la justicia restaurativa en los sistemas de justicia juvenil?, ¿Es una alternativa al sistema tradicional consistente en el enjuiciamiento del menor o es un complemento al sistema tradicional<sup>14</sup>? ¿Cuál es el valor de la reparación?

La doctrina proporciona las respuestas atendiendo a distintos puntos de vista. Concretamente BARONA VILAR<sup>15</sup>, entiende que la mediación penal con carácter

<sup>13</sup> Vid. COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio; “Derechos de la víctima y mediación penal con menores infractores: ¿Un nuevo marco tras el estatuto de la víctima? en (BARONA VILAR, Silvia editora) *Mediación, arbitraje y jurisdicción en el actual paradigma de justicia*, Navarra, Aranzadi, 2016, 241.

<sup>14</sup> Vid. BERNUZ BENEITEZ, María José; “La conciliación y la reparación en la L.O. 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Un recurso alternativo o complementario a la justicia de menores” en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 8, 2001.

<sup>15</sup> BARONA VILAR, Silvia; “Mediación penal. Integración de la mediación en la justicia penal. Supuestos especiales” en (PARDO IRANZO Dir.); *La Mediación: algunas cuestiones de actualidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, 253-254. Vid. GONZÁLEZ CANO María Isabel; *La mediación penal. Hacia un modelo de ADR*

general, como una manifestación de la justicia restaurativa, es un medio que favorece y complementa al sistema procesal judicial en su conjunto, otorgando a la mediación un carácter de elemento instrumental al proceso. La mediación es un cauce complementario que no alternativo al proceso penal<sup>16</sup>.

Para TAMARIT SUMALLA<sup>17</sup> la consideración de este tipo de justicia como un complemento de la justicia tradicional, en lugar de ser una alternativa al sistema formalizado de justicia, se ha debido a la evolución que la misma ha experimentado, no suponiendo la mediación un instrumento alternativo al proceso penal,<sup>18</sup> pues participa de las principales garantías y principios del proceso penal.

Este sistema de búsqueda de soluciones y atribuciones de responsabilidad sirve de complemento al modelo de justicia que todos conocemos y colabora con sus fines. En algunos casos, la experiencia personal que vive un adolescente durante el desarrollo del proceso de la mediación puede suponer un punto de inflexión en su carrera delictiva si llega a tomar conciencia de la inadecuación de su comportamiento antisocial. Fundamentalmente, al comprobar y poner cara a los daños que ha experimentado la víctima derivados de su conducta desviada. Tiene un efecto resocializador pues el autor se enfrenta a las consecuencias de su hecho y aprende a conocer los intereses legítimos de las víctimas y puede fomentar un reconocimiento de las normas<sup>19</sup>.

El proceso de interiorización, que favorece la mediación, cumple con los mismos fines preventivo-especiales, que nuestra LORPM atribuye a las medidas previstas en su artículo 7 como define su exposición de motivos. Ello es debido, en primer lugar, y desde el espíritu de nuestra ley al innegable valor educativo que tiene la asunción de responsabilidad al admitir la autoría de los hechos. En segundo lugar, también contribuye a satisfacer los fines de prevención demandada por la sociedad y, finalmente, si el resultado de la mediación es positivo, la víctima obtiene la reparación merecida<sup>20</sup>.

*integrado en el sistema procesal penal*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2015. Esta autora señala particularmente, en lo que se refiere a la mediación penal juvenil que en aquellos países en los que se ha incorporado, ha supuesto una experiencia adecuada cuyos resultados ha permitido la incorporación progresiva al modelo penal de adultos.

<sup>16</sup> BARONA VILAR, Silvia; “Restorative Justice, víctima y mediación. Tres conceptos en nuevo paradigma de la entrópica penal” en (DE LUCAS Coord.) *Pensar el tiempo presente: homenaje al profesor Jesús Ballesteros Llompart*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, 55.

<sup>17</sup> TAMARIT SUMALLA José María, “Justicia reparadora: ¿Una justicia para la víctima?”, *Manual de Victimología*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, 454. En este mismo sentido ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, Rafael; “Los círculos restaurativos como complemento de la justicia”, *Revista Penal*, núm. 39, 2017, 200-216.

<sup>18</sup> Vid. FERREIRÓS MARCOS Carlos Eloy; *La mediación en el derecho penal de menores*, Madrid, Editorial Dykinson, 2011, 210-211.

<sup>19</sup> ROXIN, Claus; *Derecho Penal. Parte General. Tomo I*, Madrid, Civitas, 1997, 109.

<sup>20</sup> BERNUZ BENÉITEZ, María José; (op. cit.) 267 “... la reparación y la conciliación ..., cumplen funciones de restablecimiento del equilibrio roto y de comprensión del daño cometido, mirando de este modo hacia el pasado. Por otro lado, en cuanto tienden hacia la responsabilización social de los menores dirige una mirada hacia el futuro, hacia la función social del castigo”.

Conviene precisar sobre la naturaleza jurídica de la reparación, que, aunque tenga un resultado educativo, no es una medida educativa, sino que es una medida reparadora<sup>21</sup> y esa es su función principal como consecuencia jurídica del sistema<sup>22</sup>.

#### 4. Justificación

La introducción de este modelo de justicia se ha justificado por diversos motivos. Actualmente, una de las características que se encuentra presentes en nuestra sociedad es la excesiva litigiosidad de los conflictos.

Como manifiesta BARONA VILAR<sup>23</sup>, existen una serie de elementos que complican alcanzar la solución de los conflictos jurídicos de modo racional en términos de tiempo y coste en la administración de justicia en general. La autora nos indica que ello ha llevado a buscar dentro y fuera de los tribunales otros medios para plantear, resolver o gestionar las disputas o conflictos que se puedan suscitar. En esta búsqueda se ubican las corrientes doctrinales que impulsan la mediación, la conciliación y demás instituciones que sirven de las alternativas a la solución del conflicto fuera de las sedes jurisdiccionales.

Además, es una cuestión pacífica que la introducción de la justicia restaurativa en nuestro ordenamiento jurídico se ha visto favorecida por la influencia de otros ordenamientos jurídicos (especialmente, aquellos con un sistema de common law de tradición anglosajona, menos rígidos que el denominado derecho continental) y por la transformación del estado moderno en un ente que participa de organismos supranacionales en los que se invita a su aplicación<sup>24</sup>.

A los anteriores argumentos se añade, en favor del empleo de la justicia restaurativa, el de su menor coste económico, por ser inferior al de los procesos penales<sup>25</sup>

<sup>21</sup> GIMÉNEZ-SALINAS COLOMER, Esther.; “La mediación en el sistema de justicia juvenil: una visión desde el Derecho comparado”, en *EGUZKILORE*, núm. 10, 1996, 201. Considera que es un problema que la reparación esté únicamente contemplada en la legislación de menores y ello hace que se le conciba como una medida educativa más que como medida reparadora.

<sup>22</sup> MATTEVI, Elena.; *Una Giustizia più riparativa. Mediazione e riparazione in materia penale*, Trento, Università degli Studi di Trento, 2017, 108. En la doctrina penal se ha debatido sobre la naturaleza que se ha atribuido a la reparación en el derecho penal, siendo dos principalmente las posiciones que se han adoptado en la doctrina penal. Por un lado, los autores que consideran a la reparación como consecuencia jurídica del hecho impuesta en el proceso penal y por otro lado los partidarios de considerar a la reparación como la tercera vía penal junto a la pena y a la medida de seguridad. Como una tercera vía se puede situar por ejemplo a FONDAROLI, (FONDAROLI, Desiree. ; *Illecito penale e riparazione del danno*, Milán, Giuffrè, 1999, 328),

<sup>23</sup> BARONA VILAR, Silvia; (op. cit.) “Integración ...”, 4-5.

<sup>24</sup> BARONA VILAR, Silvia; (op. cit.) “Mediación penal...”.

<sup>25</sup> Un programa en Limerick (Irlanda) en justicia restaurativa con menores señala que cada euro invertido en el proyecto revierte en 2,80 euros en valor social; o en el estudio del Reino Unido, con base en las investigaciones de la profesora Joanna Shapland, la justicia restaurativa puede ahorrar aproximadamente 12 euros por cada euro gastado en sus programas. Vid. IGARTUA LARAUDOGOITIA, Idoia. (et al); *Evaluación del coste de la justicia restaurativa integrando indicadores cuantitativos y cualitativos: el caso de la mediación penal aplicada a las infracciones de menor gravedad* (Álava, 2013), Vitoria, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, 2015, 20; MOORE, Marianne; *The European Council for Juvenile Justice White Paper: Save Money, Protect Society and Realise Youth Potential*, Bruselas, International Juvenile Justice Observatory, 2013, 8.



ya que disminuye la litigiosidad en los juzgados. Al respecto, convendría tomar como reflexión las palabras de CORTINA ORTS<sup>26</sup> “Los gastos de transacción, en asunto tan delicado, no pueden ser más bajos, porque se reducen al intercambio verbal... Es sencillamente la confianza la que lo hace todo tan barato. La ética abarata costes. Si fuera posible un mundo en que contara como moneda corriente la confianza en las familias, las escuelas, las organizaciones y las instituciones, la vida sería infinitamente más barata. Y no sólo en dinero, que es lo que parece interesar a tirios y troyanos, sino también y sobre todo en muertes prematuras, en vidas destruidas, en conflictos, en eternos procesos judiciales de final incierto, en venganzas, rencores, en papeleos odiosos y en ese coste que varía más o menos, pero que suelen acabar pagando los peor situados”.

Como bien señala BARONA VILAR<sup>27</sup> no se trata de fomentar soluciones como la mediación para abaratar sin más los costes de la justicia sino legislar y hacer políticas pensando en los ciudadanos y en su tutela, pretender que su incorporación lo sea exclusivamente para ahorrar costes a la justicia es un grave error.

En términos generales con los programas de mediación, como herramientas de la justicia restaurativa, es fácil advertir ventajas en cuanto a la calidad de los servicios prestados, el reconocimiento a la víctima, el tiempo de solución del conflicto y la diferencia en los costes si se relacionan con los procedimientos judiciales tradicionales. Ello no obsta a que en ocasiones llegar a una solución en un proceso de conciliación puede tardar más que la imposición de una pena en algunos procedimientos penales.

Particularmente entre los argumentos que han contribuido a justificar la introducción y la implementación de la justicia restaurativa en la justicia juvenil<sup>28</sup> se mencionan: el reforzamiento del papel y los derechos de las víctimas<sup>29</sup>, la reinserción por

<sup>26</sup> CORTINA ORTS, Adela; *¿Para qué sirve realmente la ética?* Barcelona, Editorial Paidós, 2013,13-14.

<sup>27</sup> BARONA VILAR, Silvia; (op. cit.) “Restorative Justice...”, 56.

<sup>28</sup> DUNKEL, Frieder.; “Restorative Justice in Juvenile and Adult Criminal Law: European Comparative Aspects” en FORNASARI, Gabriele. y MATTEVI, Elena (Coord.); *Giustizia riparativa. Responsabilità, partecipazioni, riparazione*, Trento, Università degli Studi di Trento. Facoltà di Giurisprudenza, 2019, 66-67.

<sup>29</sup> DÍEZ RIPOLLES, José Luis; “El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana” en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 6-03, 2004,10 señala que “Durante mucho tiempo los intereses de las víctimas han quedado subsumidos en los intereses públicos. Su tutela se obtenía en la medida en que la incidencia del delito sobre determinados ciudadanos suponía un perjuicio a los intereses de la sociedad en su conjunto. De hecho, este requisito sigue fundamentando la caracterización del derecho penal como un sector del derecho público, diferenciado del derecho privado. Se ha sostenido incluso el principio de neutralización de la víctima, con el que se quiere expresar que las víctimas deben de tener una capacidad de intervención en la reacción penal lo suficientemente limitada como para no condicionar los intereses públicos que en ella se están sustancialmente dilucidando. Sin embargo, la plausible atención a los intereses de las víctimas ha adquirido en los últimos tiempos algunos sesgos novedosos: Ante todo, son las demandas de las víctimas reales o potenciales, cuando no de unas víctimas arquetípicas sin existencia real ni posible, las que guían el debate político criminal, arrumbándose reflexiones más complejas, atentas al conjunto de necesidades colectivas. En segundo lugar, el protagonismo de los intereses y sentimientos de las víctimas no admite interferencias, de manera que la relación entre delincuente y víctima ha entrado en un juego de sumacero: Cualquier ganancia por parte del delincuente, por ejemplo, en garantías procesales o en beneficios penitenciarios supone una pérdida para las víctimas, que lo ven como un agravio o una forma de eludir las

medio de medidas alternativas frente al recurso del castigo y a las posturas retribucionistas.

De ella podemos decir que va más allá de la imposición de las consecuencias al infractor por su actuación y de intentar alcanzar su readaptación social porque busca proteger el interés de la víctima a través del reconocimiento del daño que se le ha causado y su eventual reparación.

También es defendida por diversos autores como mecanismo que disminuye la reincidencia<sup>30</sup> del menor al fijarse en el futuro y en la prevención de conflictos<sup>31</sup>.

En este modo de hacer justicia no debemos olvidar que los niños en el sistema previsto en la LORPM, sean víctimas o infractores, son ante todo niños, y deben ser tratados como tales. Los menores gozan de posiciones especiales, jurídicamente hablando, que reclaman de un tratamiento diferenciado respecto del adulto. Pues como dice DOLZ LAGO<sup>32</sup> nuestro sistema se inspira en la protección del interés superior del menor, más que en la defensa social siendo fundamental atender a la orientación educativa desde un prisma preventivo especial.

En la línea de intervención educativa apuntada anteriormente por DOLZ LAGO son tres las razones que de manera tradicional servirían para justificar el empleo de la justicia restaurativa con los menores en conflicto con la ley como autores de delitos de pequeña o mediana gravedad. Esta criminalidad, si bien sus resultados no son graves en las víctimas, sí que destaca por su volumen dentro de la delincuencia juvenil, mereciendo un singular interés la aparición de nuevas formas de delincuencia<sup>33</sup> derivada del uso de las nuevas tecnologías<sup>34</sup>.

consecuencias de la condena; y, en menor medida, lo mismo vale a la inversa, todo avance en la mejora de la atención a las víctimas del delito es bueno que repercuta en un empeoramiento de las condiciones existenciales del delincuente”. Pues lo que debe tender la justicia restaurativa es un equilibrio entre los intereses de la víctima y victimario donde ambos sumen por igual.

<sup>30</sup> Vid. LATIMER, Jeff.; “The Effectiveness of Restorative Justice Practices: a meta-analysis”, en *The Prison Journal*, Vol. 85, núm. 2, 2005, 135-138; GERMAN MANCEBO, Isabel y OCARIZ PASSEVANT Estefanía; “Menores infractores/menores víctimas: hacia la ruptura del círculo víctimal”, en *EGUZKILORE*, núm. 26, 2009, 296; OCARIZ PASSEVANT, Estefanía en un estudio realizado en País Vasco señala que de 408 menores solo el 8% reincidieron. Vid. “Evaluación de la mediación penal en Justicia Juvenil e impacto en la reincidencia” en *International e-Journal of Criminal Science*, núm. 7, 2013; SHERMAN, Lawrence W. (et al.); “Are Restorative Justice Conferences Effective in Reducing Repeat Offending? Findings from a Campbell Systematic Review”, *Journal of Quantitative Criminology*, Vol.31, núm. 1, 2015, 13. <https://doi.org/10.1007/s10940-014-9222-9>.

<sup>31</sup> Otros autores estiman que no reduce la reinserción. Vid. SUZUKY, Masahiro; “Is restorative justice conferencing appropriate for youth offenders?”, *Criminology & Criminal Justice*, Vol. 18, núm. 4, 2018, 451.

<sup>32</sup> DOLZ LAGO, Manuel Jesús; *Comentarios a la legislación penal de menores*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2007, 37.

<sup>33</sup> GIMÉNEZ-SALINAS COLOMER, Esther y GRAUPERA GARCIA-MILÁ, Jordi; “Nuevos jóvenes, nuevas formas de violencia”, en *EGUZKILORE*, núm. 20, 2006, 28-32, 28.

<sup>34</sup> Vid. CUERDA ARNAU, María Luisa y HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Antonio; *Menores y redes sociales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.

La primera razón es que los menores cometen generalmente delitos menos graves que los que cometen los adultos<sup>35</sup>. Tradicionalmente, la explicación de la conducta delictiva de los menores se ha asociado a factores biológicos, psicológicos, sociales o al consumo de alcohol o tóxicos<sup>36</sup>.

Acertadamente HERRERO HERRERO<sup>37</sup> señala que es preferible fijarse en la orientación e intensidad de la delincuencia de los jóvenes más que en su volumen<sup>38</sup>, porque expresa su calidad, ya que estos aspectos hacen referencia a los bienes, valores o intereses lesionados por el infractor, así como la gravedad de la lesión.

Sobre estas cuestiones de cantidad y cualidad de la delincuencia nos ayuda el conocimiento que facilita la Criminología del Desarrollo sobre la delincuencia juvenil. Resumidamente, viene a decir que las personas experimentan a lo largo de su vida diferentes cambios en su comportamiento frente al delito (activación, agravación y desistencia<sup>39</sup>) presentando importantes divergencias por causas biológicas o genéticas. En el siglo XIX Adolphe Quetelet observó que los delitos alcanzan su punto máximo al final de la adolescencia, igualmente y más próximos a nuestros días, expertos como REGOLI y HEWITT consideran un hecho contrastado que la curva de edad y delincuencia tiene su tasa más alta en la adolescencia tardía y que luego va decreciendo<sup>40</sup>.

Sobre las carreras delictivas de los criminales SERRANO MAILLO<sup>41</sup> incide en que la edad es un factor sólidamente correlacionado con la comisión del delito. Este autor considera que las carreras delictivas se caracterizan generalmente por su versatilidad, es decir, los infractores tienden a cometer hechos delictivos de distintos tipos cuando tienen ocasión para ello y a no especializarse salvo algunos casos. La mayoría tienden a cometer un solo delito o a tener carreras muy cortas y a ejecutar delitos menos graves que quienes perpetran más delitos.

<sup>35</sup> FARRINGTON, David (et al.); "Young Adult Offenders The Need for More Effective Legislative Options and Justice Processing", *Criminology & Public Policy*, Vol. 11, núm. 4, 2012, 735. <https://doi.org/10.1111/j.1745-9133.2012.00842.x>

Vid. BARBERET, Rosemary, RECHEA ALBEROLA, Cristina (et al); *Self- Reported Juvenile Delinquency in England and Wales, the Netherlands and Spain, Helsinki*, European Institute for Crime Prevention and Control, 2004, 10.

Disponible en <https://www.heuni.fi/en/index/publications/heunireports/reportseries43.self-reportedjuvenileinenglandandwalesthenetherlandsandspain.html>

<sup>36</sup> Vid. BARBERET, Rosemary; RECHEA ALBEROLA, Cristina; MONTAÑÉS RODRÍGUEZ, Juan; "Self-reported juvenile delinquency in Spain" en *Delinquent Behavior among young people in the Western World*, Nueva York, Kugler Publications, 1994, 247.

<sup>37</sup> HERRERO HERRERO, César; *Delincuencia de menores. Tratamiento criminológico y jurídico*, Madrid, Dykinson, 2005, 31.

<sup>38</sup> Un estudio comparativo sobre la delincuencia juvenil en distintos países europeos extrae que la ratio más alta en los delitos contra la propiedad se da en la edad de 16-17 años, actos vandálicos 14-15 años, violencia contra las personas 18-19. Vid. JUNGHER TAS, Josine; *Delinquent Behavior among young people in the Western World*, Nueva York, Kugler Publications, 1994, 379.

<sup>39</sup> SERRANO MAILLO, Alfonso; *Introducción a la Criminología*, Madrid, Editorial Dykinson, 2009, 574.

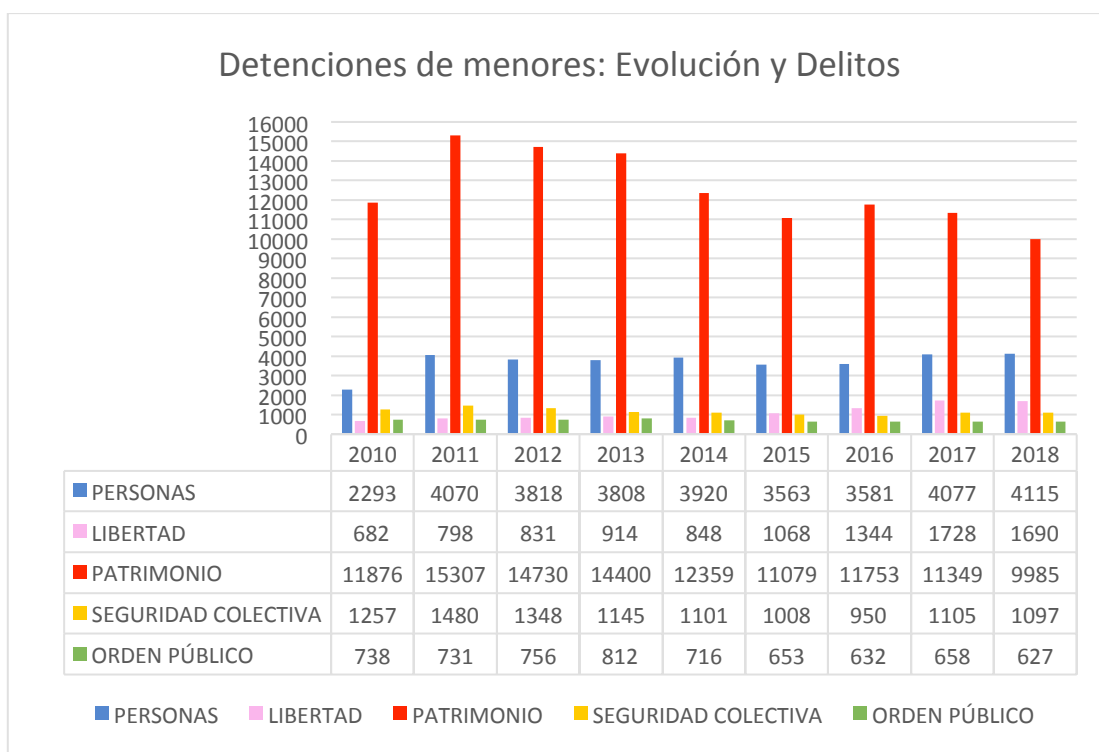
<sup>40</sup> REGOLI, Robert M. y HEWITT, John D.; *Delinquency in society*, Nueva York, Mc Graw Hill, 2006, 63.

<sup>41</sup> SERRANO MAILLO, Alfonso; (op. cit.), 569-570.

Todas estas cuestiones que se han señalado se reflejarían en los datos, proporcionados por el Ministerio del Interior<sup>42</sup>, en ellos, la delincuencia juvenil dista en cifras de la delincuencia adulta en cada uno de sus grupos de edad (salvo del grupo de más de 64 años).

Es conveniente precisar ciertas limitaciones que ocurren cuando se emplean datos y estadísticas en estas materias. Las fuentes oficiales (Ministerio del Interior, Instituto Nacional de Estadística, Consejo General del Poder Judicial, Fiscalía General del Estado) que proporcionan datos no siempre parten de los mismos parámetros y ello dificulta extraer cifras fiables. En este caso, los datos procedentes del Ministerio del Interior no reflejan la denominada cifra negra o puede que inicialmente se hayan recogido hechos que posteriormente no reciban la calificación de delito<sup>43</sup>, pese a ello, se ha escogido esta estadística por ser la que ofrece los datos más actuales y completos.

Atendiendo a la orientación e intensidad se observa que las infracciones destacadas son los delitos contra el patrimonio (hurtos, robos con fuerza y robos con violencia) y los delitos contra las personas (lesiones y malos tratos).



*Detenciones-investigaciones menores por infracción penal/año (elaboración propia según datos obtenidos del Anuario Estadístico del Ministerio del Interior 2018).*

<sup>42</sup> MINISTERIO DEL INTERIOR DE ESPAÑA; *Anuario Estadístico del Ministerio del Interior*, 2017, Madrid, Catálogo de Publicaciones de la Administración General del Estado, 2018, 169 y 181-182 (comparativa por edades).

<sup>43</sup> Sobre las distintas estadísticas y sus limitaciones Vid. GIL GIL Alicia; "El sistema penal en cifras" en *Consecuencias jurídicas del delito. Regulación y datos de la respuesta a la infracción penal en España*, Madrid, Dikynson, 2018, 532-533.

Como muestra de lo comentado anteriormente, el porcentaje de detenciones e investigaciones a menores en el año 2018 cifra en un 72.5% del total las infracciones debidas contra el patrimonio (los hurtos suponen un 19, 1%, los robos con fuerza el 23%, los robos con violencia el 20,3% y los daños el 5,1%).

Se produjeron 18 detenciones por homicidios/asesinatos consumados frente a las 322 detenciones de adultos, 659 detenciones a menores por delitos contra la libertad sexual frente a las 6664 detenciones de adultos.

Detenciones 2018	14-17 años	18-30años	31-40 años	41-64 años	+64 años
1. Contra las personas	4.115	27.154	23.489	28.073	2.433
1.1. Homicidios dolosos/asesinatos	48	402	242	289	30
1.1.2. Homicidios dolosos/asesinatos consumados	18	133	79	95	15
1.2. Lesiones	2.278	11.676	7016	8.639	940
1.3. Malos tratos familiares	1.638	14.434	15.922	18.674	1.408
1.4 Otros contra las personas	151	642	309	471	55
2. Contra la libertad	1.690	8.487	9.422	14.211	1.714
2.1. Malos tratos habituales familiares	206	2083	2.550	3.262	292
2.2. Otros contra libertad	1.484	6404	6.872	1.0949	1.422
3.Libertad sexual	659	2.116	1.552	2.466	530
3.1. Agresión sexual con penetración	84	377	217	227	21
3.2. Corrupción menores o incapacitados	26	47	42	60	10
3.3 Pornografía	118	140	122	241	28
3.4. Otros libertad sexual	431	1152	1.171	1.938	471
4. Relaciones familiares	7	251	636	745	21
5. Patrimonio	9.985	47.358	32.386	32.849	2.420
5.1. Hurtos	3.584	20.033	13.695	14.382	1.254
5.2. Robo fuerza cosa	2.433	10.603	6463	5108	133
5.2.1. Robo fuerza cosas interior vehículo	488	1.637	1.275	1.117	28
5.2.2. Robo fuerza vivienda	900	4.042	2.010	1633	53
5.2.3. Robo fuerza establecimiento	465	2.551	1.629	1.121	14
5.3. Robos con violencia	2.092	5.169	2536	1.999	42
5.3.1. Robo violencia vía	1.390	3.037	1.153	779	15
5.3.2. Robo violencia vivienda	80	494	348	246	6
5.3.3. Robo violencia establecimiento	230	1.072	794	778	10
5.4. Sustracción vehículos	330	994	893	812	32
5.5. Estafas	158	3.970	3.542	3.699	261
5.5.1. Estafas bancarias	12	336	254	323	14
5.6. Daños	956	2.661	1.573	2.157	373
5.7 Contra propiedad intelectual/industrial	6	385	735	1.074	50
5.8 Blanqueo capitales	0	144	212	299	31
5.9. Otros patrimonio	426	3.399	2.737	3.319	244
6. Seguridad Colectiva	1097	18.234	15.432	18.721	1.201
6.1. Tráfico drogas	425	6.757	5.461	5.420	221
6.2. Seguridad Vial	577	10.851	9.469	12.609	864
6.3. Otros seguridad colectiva	95	626	502	692	116
7. Falsedades	205	4.177	3.004	2.841	185
8. Admón. Pública	4	48	98	416	74
9. Admón. Justicia	184	5.370	5.452	7.151	605
10. Orden Público	627	5.980	4.278	4.673	231
11. Legislación especial	2	149	145	204	7
12. Otras infracciones	95	1.052	1.341	2.166	346
<b>TOTAL, INFRACCIONES</b>	<b>18.670</b>	<b>12.0376</b>	<b>97.235</b>	<b>114.516</b>	<b>9.767</b>

*Detenciones por infracción penal y grupo de edad. Fuente: Sistema Estadístico Criminalidad Ministerio del Interior (año 2018).*

Detenciones 2017	14-17 años	18-30años	31-40 años	41-64 años	+64 años
1. Contra las personas	4.077	25.858	22.955	26.847	2363
1.2. Homicidios dolosos/asesinatos	39	364	277	310	27
1.1.3. Homicidios dolosos/asesinatos consumados	15	95	101	112	7
1.2. Lesiones	2.277	11.110	7.007	8.122	874
1.3. Malos tratos familiares	1.655	13.772	15.405	18.106	1.432
1.4 Otros contra las personas	106	612	266	309	30
2. Contra la libertad	1.728	8.266	9.214	13.342	1.584
2.1. Malos tratos habituales familiares	234	2.013	2.585	3.332	296
2.2. Otros contra libertad	1.494	6.253	6.629	10.010	1.288
3.Libertad sexual	431	1.684	1.367	2.005	431
3.1. Agresión sexual	89	283	222	253	49
3.2. Agresión sexual con penetración	52	256	164	149	15
3.3. Corrupción menores o incapacitados	9	72	69	103	22
3.4. Pornografía	35	101	93	190	22
3.5. Otros libertad sexual	246	972	819	1.310	323
4. Relaciones familiares	2	293	662	776	22
5. Patrimonio	11.349	47.340	30.688	30.319	2.206
5.1. Hurtos	4.194	19.887	12.985	13.265	1.061
5.2. Robo fuerza cosa	2.971	11.630	6.609	5.139	92
5.2.1. Robo fuerza cosas interior vehículo	413	1.682	1.356	1.239	12
5.2.2. Robo fuerza vivienda	1.212	4.575	2.083	1.645	43
5.2.3. Robo fuerza establecimiento	674	2.836	1.761	1.141	10
5.3. Robos con violencia	2.199	4.960	2.575	2.037	37
5.3.1. Robo violencia vía	1.555	2.888	1.244	839	13
5.3.2. Robo violencia vivienda	62	530	342	214	9
5.3.3. Robo violencia establecimiento	236	960	737	804	14
5.4. Sustracción vehículos	634	1.494	1.003	874	51
5.5. Estafas	149	3.448	3.115	3.486	320
5.5.1. Estafas bancarias	13	308	248	252	8
5.6. Daños	898	2.577	1.495	1.992	24
5.7 Contra propiedad intelectual/industrial	1	290	472	568	24
5.8 Blanqueo capitales	0	119	168	275	26
5.9. Otros patrimonio	303	2.945	2.266	2.683	243

6. Seguridad Colectiva	1.105	16.690	14.235	17.001	1.084
6.1. Tráfico drogas	374	6.240	5.065	4.807	193
6.2. Seguridad Vial	650	9.892	8.710	11.572	786
6.3. Otros seguridad colectiva	81	558	460	622	105
7. Falsedades	145	3.511	2.843	2.432	124
8. Admón. Pública	2	36	135	466	41
9. Admón. Justicia	208	5.046	5.404	6.867	551
10. Orden Público	658	5.915	4.438	4.570	210
11. Legislación especial	0	90	86	158	5
12. Otras infracciones	97	1.012	1.296	2.195	302
TOTAL INFRACCIONES	19.802	115.741	93.323	106.978	8.923

*Detenciones por infracción penal y grupo de edad. Fuente: Sistema Estadístico Criminalidad Ministerio del Interior (año 2017).*

Detenciones 2016	14-17 años	18-30años	31-40 años	41-64 años	+64 años
1. Contra las personas	3.581	24.779	21.847	24.750	2.103
1.3. Homicidios dolosos/asesinatos	35	379	267	333	26
1.1.4. Homicidios dolosos/asesinatos consumados	8	107	104	103	11
1.2. Lesiones	1.993	10.679	6.413	7.088	738
1.3. Malos tratos familiares	1.431	13.162	14.927	17.097	1.313
1.4 Otros contra las personas	122	559	240	232	26
2. Contra la libertad	1.344	7.598	6.641	12.044	1.504
2.1. Malos tratos habituales familiares	186	1.967	2.514	3.285	345
2.2. Otros contra libertad	1.158	5.631	6.127	8.759	1.159
3. Libertad sexual	433	1.506	1.238	1.948	400
3.1. Agresión sexual	95	313	181	272	31
3.2. Agresión sexual con penetración	70	285	164	161	12
3.3. Corrupción menores o incapacitados	20	66	47	89	26
3.4. Pornografía	24	92	107	188	11
3.5 Otros libertad sexual	224	750	739	1.238	320
4. Relaciones familiares	2	273	584	673	22
5. Patrimonio	11.753	50.237	31.438	28.257	1.993
5.1. Hurtos	4.376	20.899	13.116	12.293	923
5.2. Robo fuerza cosa	3.008	12.829	6.797	4.859	143
5.2.1. Robo fuerza cosas interior vehículo	534	1.931	1.275	1.138	14
5.2.2. Robo fuerza vivienda	1.104	5.138	2.311	1.564	86
5.2.3. Robo fuerza establecimiento	668	3.190	1.734	1.080	15
5.3. Robos con violencia	2.296	5.300	2.563	1.799	43
5.3.1. Robo violencia vía	1.693	3.159	1.259	744	19
5.3.2. Robo violencia vivienda	72	560	346	225	2
5.3.3. Robo violencia establecimiento	187	1.004	733	671	17
5.4. Sustracción vehículos	738	1.756	1.078	843	43
5.5. Estafas	142	3.514	3.368	3.336	241
5.5.1. Estafas bancarias	20	279	259	253	8
5.6. Daños	975	2.561	1.408	1.686	307
5.7. Contra propiedad intelectual/industrial	4	395	609	614	29
5.8. Blanqueo capitales	0	86	158	236	26
5.9. Otros patrimonio	214	2.897	2.341	2.591	238
6. Seguridad Colectiva	950	16.576	14.482	16.898	1.037
6.1. Tráfico drogas	329	6.160	5.113	4.717	190
6.2. Seguridad Vial	564	9.934	8.913	11.591	768
6.3. Otros seguridad colectiva	57	482	456	590	79
7. Falsedades	178	3.466	3.120	2.778	160
8. Admón. Pública	1	66	153	521	57
9. Admón. Justicia	201	4.842	5.226	6.492	499
10. Orden Público	632	5.777	4.219	4.381	186
11. Legislación especial	1	88	94	127	9
12. Otras infracciones	93	1.052	1.371	2.083	291
TOTAL INFRACCIONES	19.169	116.260	92.413	100.952	8.261

*Detenciones por infracción penal y grupo de edad. Fuente: Sistema Estadístico Criminalidad Ministerio del Interior (año 2016).*

En suma, los datos reflejan que, atendiendo a la orientación e intensidad de la delincuencia juvenil, el empleo de la justicia restaurativa encaja como una herramienta educativa adecuada al perfil del menor infractor de nuestro país para fomentar su comportamiento prosocial.

Un segundo argumento, que justifica el empleo de la justicia restaurativa desde la perspectiva educativa con los menores como motor de cambio, se centra en el hecho que los menores presentan una menor culpabilidad que los adultos. Su capacidad de decisión es más permeable a influencias externas, como la ejercida por sus pares<sup>44</sup> y además porque se encuentran en un periodo de formación de su identi-

<sup>44</sup> STEINBERG, Laurence y MONAHAN, Kathryn C.; "Age Differences in Resistance to Peer Influence", *Developmental Psychology*, Vol. 43, núm. 6, 2007, 1-23. DOI:10.1037/0012-1649.43.6.1531.

dad<sup>45</sup>. Este argumento cabe en nuestro sistema de responsabilidad penal del menor, donde a menos edad menos culpabilidad y por ende menor gravedad en la respuesta a la infracción. Así, las sanciones consignadas por nuestro legislador son menos graves para los mayores de 14 años y menores de 16 que las previstas para mayores de 16 años viendo las reglas especiales del artículo 10 de la LORPM.

La evolución desde la adolescencia<sup>46</sup> hacia la vida adulta, como manifiesta REDONDO ILLESCAS,<sup>47</sup> es un periodo de especial significación en relación a la continuidad o abandono de la carrera delictiva. Por ello, es una ventana de oportunidades tanto para el comportamiento prosocial como para su versión opuesta consistente en la conducta delictiva.

Casi todos los niños cometen menos delitos a medida que crecen, ello no implica que todos los menores infractores paralizen su actividad delictiva, algunos prolongan su carrera criminal. Ello se debe a que tienen problemas de inteligencia, padecen trastornos de hiperactividad, viven en la pobreza o experimentan una mala supervisión parental. MULVEY<sup>48</sup> considera que las personas que continúan con la carrera delictiva cuando son adultas presentan rasgos de inmadurez desde un punto de vista psicosocial.

El avance de una carrera criminal según PRIOR<sup>49</sup> puede deberse a causas biológicas sosteniendo que los menores tienen un menor desarrollo cognitivo y emocional que un adulto, su cerebro no ha madurado de forma completa hasta que se ha alcanzado los principios o la mitad de la veintena de años. Estudios como el de FARRINGTON<sup>50</sup> sobre delincuentes crónicos sugieren que estas personas pueden sufrir defectos neurológicos que afectan negativamente a su temperamento, desarrollo conductual y habilidades cognitivas.

La adolescencia se presenta como un periodo crucial donde las personas dejan de cometer delitos de forma natural<sup>51</sup>, la tendencia es abandonar los comportamientos

<sup>45</sup> STEINBERG, Laurence y SCOTT, Elizabeth S.; “Less Guilty by Reason of Adolescence, Developmental Immaturity, Diminished Responsibility, and the Juvenile Death Penalty”, *American Psychologist*, Vol. 58, núm. 12, 2003, 1011. DOI: 10.1037/0003-066X.58.12.1009.

<sup>46</sup> Sobre la influencia entre delito y las etapas vitales de infancia, adolescencia y vida adulta desde una perspectiva integrada vid. AGNEW, Robert; *Why do criminals offend? A general theory of crime and delinquency*, Los Angeles, Editorial Roxbury Publishing Company, 2005, 67, 71, 83 y 134-135.

<sup>47</sup> REDONDO ILLESCAS, Santiago; *Evaluación y tratamiento de delincuentes. Jóvenes y adultos*, Madrid, Editorial Pirámide, 2017, 242. El modelo del triple riesgo delictivo de dicho autor para explicar la criminalidad se basa en factores de riesgo y paralelamente de protección que pueden ser estáticos o dinámicos, siendo estos últimos aquellos que pueden cambiar a lo largo de la vida.

<sup>48</sup> MULVEY, Edward P. (et al.); “Theory and research on desistance from antisocial activity among serious adolescent offenders”, *Youth Violence and Juvenile Justice*, Vol. 2, núm. 3, 2004, 216. DOI: 10.1177/1541204004265864.

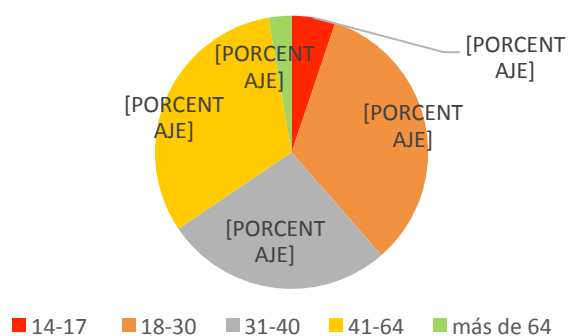
<sup>49</sup> PRIOR, David (et al.); *Maturity, young adults and criminal justice: A literature review*, Birmingham, Birmingham University, Institute of Applied Social Studies School of Social Policy, 2011, 8.

<sup>50</sup> FARRINGTON, David; “Human Development and Criminal Careers”, en *The Oxford Handbook of Criminology*, Nueva York, Oxford University Press, 2002, 363-408.

<sup>51</sup> MOFFITT, Terrie Edith; “Adolescence-Limited and Life-Course-Persistent Antisocial Behavior: A Developmental Taxonomy” en *Psychological Review*, Vol. 100, núm. 4, 1993, 675.

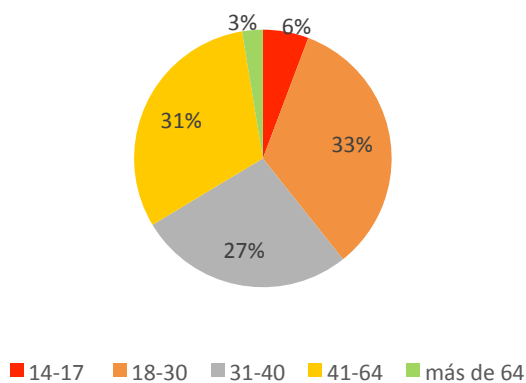
delictivos ya que cuando se es más adulto se contempla que las ventajas que antes reportaba la comisión del delito ahora se convierten en un peligro para el status de una persona y devienen en perjudiciales<sup>52</sup>.

Muestra de lo comentado puede observarse en los siguientes cuadros y gráficas.



14-17 años	18-30 años	31-40 años		41-64 años	más de 64	Total
18.670	120.0376	97.235		114.516	9.767	360.564
5%	33%	27%		32%	3%	100%

*Detenciones por grupos edad año 2018 (elaboración propia según datos obtenidos por el Anuario Estadístico del Ministerio del Interior 2018).*

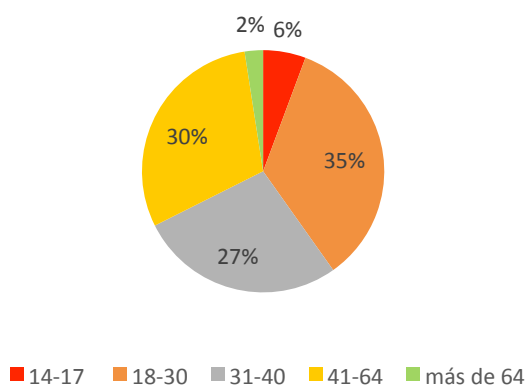


14-17 años	18-30 años	31-40 años	41-64 años	más de 64	Total
19.802	115.741	93.323	106.978	8.923	344.767
5,74%	33,57%	27,06%	31,02%	3%	100%

*Detenciones por grupos edad año 2017 (elaboración propia según datos obtenidos por el Anuario Estadístico del Ministerio del Interior 2017).*

<sup>52</sup> MOFITT, Terrie Edith.; (op. cit.), 694.





14-17 años	18-30 años	31-40 años	41-64 años	más de 64	Total
19.169	116.260	92.413	100.952	8.261	337.055
5,68%%	34,49%%	27,41%%	29,95%%	2,45%%	100%

*Detenciones por grupos de edad año 2016 (elaboración propia según datos obtenidos por el Anuario Estadístico del Ministerio del Interior 2017).*

Atendiendo a lo expuesto, es conveniente multiplicar los esfuerzos de prevención de comportamientos antisociales en las edades más tempranas y emplear todos los instrumentos que nos ofrece la política criminal en materia de delincuencia juvenil como son las medidas alternativas al internamiento recurriendo a los instrumentos de justicia restaurativa.

En el ámbito penal internacional, como manifiesta CANO PAÑOS<sup>53</sup>, el derecho penal juvenil es un laboratorio de pruebas que utiliza la denominada “diversión” para evitar los efectos negativos de un proceso penal formal empleando soluciones menos estigmatizadoras que renuncian a un proceso penal formal y a la imposición de penas desde un punto de vista estrictamente formal. En el derecho penal juvenil alemán se permite la conclusión anticipada de un procedimiento penal<sup>54</sup> (§ 45 y 47 Jugendgerichtsgesetz) o en el derecho penal juvenil italiano, que sin estar recogida expresamente en el D.P.R 448/88, la justicia restaurativa por una interpretación de los artículos 9 y 20, a tenor del principio del interés superior del menor que obliga al juez y al ministerio fiscal a investigar sobre la personalidad del menor, permite que la autoridad judicial contacte con las oficinas de mediación quedando de esta manera una puerta abierta a los procesos de mediación.<sup>55</sup>

En general, la mayoría de los sistemas de justicia juvenil europeos se adhieren a la finalidad preventiva especial pese a que los elementos de “justicia retributiva”

<sup>53</sup> Vid. CANO PAÑOS, Miguel Ángel; “Posibilidades de diversión por parte del Ministerio Fiscal en el Derecho penal juvenil alemán”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm.13, 2004, 215.

<sup>54</sup> En el §45.1 se permite la conclusión anticipada del procedimiento penal a instancia del Fiscal si el hecho carece de relevancia penal y puede hacerse de oficio por el Juez de oficio atendiendo a lo previsto en el §45.3 y el §47 de la Jugendgerichtsgesetz. En el §45.3 permite al Juez que el conflicto se soluciones con medidas educativas o con la conciliación entre víctima y menor infractor cuando éste haya confesado los hechos.

<sup>55</sup> Vid. DI PAOLO, Gabriella; “La giustizia riparativa nel procedimento penale minorile”, en *Diritto Penale Contemporaneo*, Milan, Università degli Studi Milano, 16 enero 2019.

también se han reforzado en muchos de ellos. La tensión entre la educación y el castigo sigue siendo evidente como se ha hecho patente en distintas reformas<sup>56</sup> (España en 2000 y 2006, Portugal en 2001, Francia e Irlanda del Norte en 2002, Lituania en 2001, la República Checa en 2003 y Serbia en 2006) que son ejemplos de este doble enfoque<sup>57</sup>.

Actualmente y pese a sus innegables beneficios no podemos considerar a la Justicia Restaurativa como el gran remedio a todos los conflictos penales perpetrados por menores. En primer lugar, porque su utilización no está prevista en todos los casos para todos los delitos cometidos por los menores y, en segundo lugar, en aquellos casos que se puede emplear, existen ocasiones donde las partes instrumentalizan su uso, véase por ejemplo, cuando la víctima recurre a ella para obtener un mayor beneficio económico que el que piensa obtener mediante la vía tradicional o cuando el infractor hace un uso utilitario de la misma para evitar la imposición de una medida más gravosa sin haber interiorizado el respeto a las posiciones de la víctima<sup>58</sup>.

Para evitar situaciones como las descritas, sostiene RÍOS MARTÍN<sup>59</sup>, que su aplicación tiene que estar en una permanente revisión crítica que impida el uso torticero del modelo. Es aconsejable que los operadores jurídicos determinen las circunstancias y situaciones en las que resulte más adecuado recurrir a la misma junto con los cauces más efectivos para su implementación<sup>60</sup>. De hecho, si no se dieran las condiciones favorables para el modelo reparativo no quedará otra opción que acudir a la tradicional vía judicial y que ésta despliegue sus efectos.

## 5. Las alternativas a la privación de libertad en nuestro sistema de justicia juvenil

Como es sabido la principal norma que regula nuestro sistema de justicia juvenil es la Ley Orgánica 5/2000 reguladora de la responsabilidad penal de los menores<sup>61</sup> (en adelante LORPM).

Con la LORPM se abandona el sistema tutelar que impregnaba hasta ese momento nuestra legislación de justicia juvenil. Desde un enfoque preventivo especial se introduce un nuevo modelo de exigencia de responsabilidad penal dirigido al

<sup>56</sup> Vid. BARQUIN SANZ Jesús y CANO PAÑOS Miguel Ángel; “Justicia penal juvenil en España: una legislación a la altura de los tiempos” en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 18, 2006, 63 y ss.

<sup>57</sup> DUNKEL, Frieder.; “Juvenile Justice in Europe” en PAROSANU, Andrea (et al); *Alternatives To Custody For Young Offenders: And The Influence Of Foster Care In European Juvenile Justice*, 2012, Bruselas, International Juvenile Justice Observatory, 12.

<sup>58</sup> Vid. ÁLVAREZ RAMOS, Fernando “Participación de la víctima en la justicia restaurativa juvenil” en *Cuadernos Penales José María Lidón*, Deusto Digital, núm. 9, 2013, 269

<sup>59</sup> RÍOS MARTÍN, Julián Carlos.; “Justicia restaurativa y mediación penal”, *Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, núm. 98, 2016, 103.

<sup>60</sup> Vid. PALI, Brunilda (et al.); *Practical Guide Implementing Restorative Justice with Children*, Bruselas, International Juvenile Justice Observatory, 2018.

<sup>61</sup> Se publicó en el BOE núm. 11 de 13 de enero de 2000 y entró en vigor al año siguiente de su publicación.

menor infractor, que recibirá una sanción como respuesta a la comisión de un delito, y en el que la sanción pretende fundamentalmente reorientar las disfunciones educativas del menor para evitar su reincidencia futura. El cambio de paradigma en nuestro sistema de justicia penal juvenil es significativo debido a que transita de un modelo tutelar, donde el internamiento en los denominados “reformatorios” constituía el principal recurso utilizado, a un modelo de responsabilidad sancionador educativo, que tiene como una de sus premisas básicas considerar la privación de libertad como último recurso y buscar alternativas a la misma.

En la Exposición de Motivos queda patente la importancia que ha tenido para la génesis de la LORPM por un lado la sentencia del Tribunal Constitucional 36/1991 de 14 de febrero y por otra parte las normas de derecho internacional y dentro de ellas, con particular atención, la Convención de los Derechos del Niño.

La mencionada sentencia del Tribunal Constitucional insistía en la obligación de España de cumplir legislativamente con los compromisos asumidos en los tratados internacionales en lo que es parte estableciendo una nueva regulación que contemplase los principios, orientaciones y derechos de la normativa internacional de referencia en justicia juvenil.

El primer paso se dio con la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, sobre reforma de la Ley reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores que manteniendo la base del sistema tutelar, establecido por la Ley de Tribunales Tutelares de Menores (LTTM), aprobada por Decreto de 11 de junio de 1948, fue un remedio a la declaración de inconstitucionalidad del artículo 15 de la LTTM. La ley de 1992 se autoproclamaba con el carácter de una “reforma urgente que adelanta parte de una renovada legislación sobre reforma de menores, que será objeto de medidas legislativas posteriores”<sup>62</sup>. Sin embargo, esa “nueva legislación” tardó en ver la luz hasta el año 2000 cuando apareció la LORPM.

El otro pilar importante, al que se ha hecho referencia, es la normativa internacional, especialmente la Convención de los Derechos del Niño a cuyos mandatos nos referimos con anterioridad.

Si se parte de la lectura del artículo 1.2 de la LORPM, que reconoce a nuestros menores infractores los derechos que aparecen en la Constitución y en el ordenamiento jurídico (particularmente serán de interés los que figuran en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, así como los previstos en la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 y los de

<sup>62</sup> La ley Orgánica 4/1992 ya incorporaba en sus artículos 15.1.6ª la reparación extrajudicial como modo de finalización del procedimiento durante la instrucción y en el artículo 16.3 de la misma norma posibilitaba al juez acordar la suspensión de la ejecución de la sentencia si el menor aceptaba la propuesta de reparación.

En Cataluña con su Ley de Protección de Menores de Cataluña (Ley 11/1985, de 13 de junio) los programas de mediación y reparación se aplicaban ya en el año 1990 como el proyecto conciliación-reparación a la víctima y los servicios en beneficio de la comunidad. Vid. DAPENA, José y MARTÍN, Jaime; “La mediación penal en Cataluña, España”, Barcelona, Dirección General de Medidas Penales Alternativas y de Justicia Juvenil, 1998 en <http://restorativejustice.org/10fulltext/dapena.pdf>

todas aquellas normas sobre protección de menores contenidas en los tratados válidamente celebrados por España), la primera deducción es que la privación de libertad ha de operar como último recurso. Por tanto, existe la necesidad de buscar alternativas a la misma. Convirtiéndose esa búsqueda de alternativas en un principio y un mandato con plena vigencia.

Se trata de dilucidar cuáles son los instrumentos legales que, en la práctica, permiten materializar de una manera efectiva dicha aspiración y ver las circunstancias y requisitos que se precisan en nuestro sistema.

Nuestro legislador refiere dos elementos en la Exposición de Motivos de la LORPM, que pueden ser de extraordinaria utilidad, como es por un lado el empleo del programa de mediación entre la víctima y el infractor, mediante la reparación y la conciliación, y por otro lado la flexible adopción de la medida judicial más idónea o su modificación.

Nuestro sistema ofrece distintas posibilidades para utilizar las soluciones extrajudiciales mediante los programas de mediación en diferentes momentos procesales, llegando incluso a momentos que son posteriores a la imposición de la sentencia, y con distintos actores principales. Esta previsión es considerada por los especialistas en la materia como una buena práctica<sup>63</sup> a implementar en los sistemas de justicia juvenil.

Es bien sabido que en la fase de instrucción del procedimiento de menores se conceden facultades al Ministerio Fiscal para instar la terminación del proceso sin necesidad de entrar en la llamada fase de audiencia, ello con la intención de evitar causar posibles efectos aflictivos al menor expedientado, en las situaciones previstas en los artículos 18, 19 y 27.4 de la LORPM.

Esta serie de manifestaciones del principio de oportunidad<sup>64</sup> existentes en nuestro sistema penal juvenil afectan al nacimiento o a la continuación del procedimiento. La desjudicialización en que consiste la denominada “diversión” favorecida por el principio de oportunidad en la instrucción se manifiesta en el desistimiento de la incoación del expediente, regulado en el artículo 18 de la LORPM, en el sobreseimiento del expediente (ya incoado) del artículo 19 de la LORPM y en el sobreseimiento del expediente del artículo 27.4 de la LORPM.

Para el ejercicio de la facultad mencionada en la fase de instrucción, lo que permitiría evitar medidas privativas de libertad, se atiende a la gravedad<sup>65</sup> de la infracción complementada con una serie de requisitos referenciados en esos artículos.

<sup>63</sup> KILKELLY, Ursula (et al); *Alternatives to detention for juvenile offenders. Manual of good practices in Europe*, Bruselas, International Juvenile Justice Observatory, 2016, 20.

<sup>64</sup> Vid. ESCORIHUELA GALLÉN, Carlos Vicente; “El Ministerio Fiscal y la Responsabilidad Penal de los Menores (Aplicación práctica del Principio de Oportunidad en la fase instructora)”, Tesis Doctoral, Universidad Jaume I, 2016.

<sup>65</sup> BERNUZ BENEITEZ, María José estima que cuando la mediación se hace depender de la gravedad del delito, se está promocionando una justicia de “segunda clase”, para asuntos de escaso valor y se está favoreciendo,

Sin embargo, el objeto de nuestro estudio se centra en las alternativas a la privación de libertad, no durante la instrucción, sino una vez que la misma está finalizada por tratarse de un fenómeno que no ha recibido tanta atención como las soluciones señaladas en los artículos de la LORPM mencionados con anterioridad. En instantes procesales distintos como son en el momento de imponer la sentencia y durante la ejecución de la medida tras la condena en sentencia firme del menor

### 5.1. *Las alternativas al internamiento en sentencia*

Nada mejor que comenzar con la reflexión efectuada por VIVES ANTÓN<sup>66</sup> que nos dice que “la idea de sustituir el reproche y el castigo, en la medida de lo posible y realizable, por la asistencia y la educación, no es, como se dice, un simple señuelo ideológico del positivismo, sino la expresión de un pensamiento profundamente humanitario que merece ser llevado a la práctica”.

Las alternativas al internamiento en la sentencia proceden de dos vías. La primera deriva de las facultades que ofrece el principio de flexibilidad al juez en la imposición de la medida o medidas al menor infractor, la otra proviene de la posibilidad de la suspensión de la ejecución del fallo prevista en el artículo 40 de la LORPM.

#### 5.1.1. *El principio de flexibilidad*

El principio de flexibilidad es un signo distintivo, que diferencia el sistema de justicia de menores del de adultos<sup>67</sup>, tiene virtualidad tanto en la adopción como en

con ello, una extensión de los mecanismos *semiformales* de resolución de conflictos; “La conciliación y la reparación ...” (op. cit.), 291.

<sup>66</sup> VIVES ANTÓN, Tomás Salvador; “Constitución y derecho penal de menores” en *La libertad como pretexto*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1995, 348.

<sup>67</sup> Esa vocación diferencial la manifiesta el propio legislador en el punto II.7 de la Exposición de Motivos cuando dice que nuestro sistema rechaza expresamente otras finalidades esenciales del derecho penal de adultos, como la proporcionalidad entre el hecho y la sanción. No obstante es de señalar que el propio legislador posteriormente entra en contradicción cuando reforma la LORPM, puesto que en la propia Exposición de Motivos de la LO 8/2006 “rizando el rizo” manifiesta que “El interés superior del menor, que va a seguir primando en la Ley, es perfectamente compatible con el objetivo de pretender una mayor proporcionalidad entre la respuesta sancionadora y la gravedad del hecho cometido pues el sistema sigue dejando en manos del juez, en último caso, la valoración y ponderación de ambos principios de modo flexible y en favor de la óptima individualización de la respuesta” para acabar con la flexibilidad en la adopción de la elección de la medida en supuestos de excepcional gravedad recogidos en el artículo 10.2: delitos tipificados en los artículos 138, 139, 179, 180, 571 a 580, y aquellos otros sancionados en el código penal o en ley penal especial con pena de prisión igual o superior a quince años, donde el texto legal fruto de la reforma señala las consecuencias que el Juez necesariamente ha de imponer.

Vid. sobre este principio autores como DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis; “El enjuiciamiento de menores y jóvenes infractores en España” ,en *Revista Electrónica de la Asociación Internacional de Derecho Penal*, núm. 3, 4 ;DE LA ROSA CORTINA, José Miguel; “Los principios del derecho procesal penal de menores: instrumentos internacionales, doctrina de la Fiscalía General del Estado y jurisprudencia”, Madrid, Centro de Estudios Jurídicos, 2017, 41; TAMARIT SUMALLA, José María; “El nuevo derecho penal de menores: ¿creación de un sistema penal del menor?”, en *Revista Penal*, núm. 8, 2001, 71-89; COLÁS TURÉGANO, María Asunción; *Derecho penal de menores*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2011; LOUGHRAN, Edward J., GUARINO-GHEZZI, Susan; *Balancing Juvenile Justice*, New Jersey, Transaction Publishers, 1996, 162.

la ejecución de la medida impuesta al menor infractor, que aparece en la Exposición de Motivos de la LORPM y posteriormente se desarrolla en el articulado de la ley.

Coincidimos con PÉREZ MACHÍO<sup>68</sup> en otorgar a la flexibilidad, el carácter de segundo pilar del sistema junto al interés del menor, en lo que concierne al proceso de adopción y en el de la ejecución de la medida.

En el momento de la adopción de la medida, este principio parte de una característica de nuestro sistema consistente en que la comisión de un delito no lleva aparejada la medida que le corresponde, a diferencia de lo que ocurre en el código penal donde cada tipo consigna su pena correspondiente, siendo el Juez el que escoge la medida o medidas más adecuadas sujetándose al principio acusatorio.

Como criterio en la adopción de la medida, la flexibilidad que tiene el juez en la selección concreta de la medida a imponer, le lleva a valorar las circunstancias personales, sociales, educativas del menor y las demás circunstancias que acompañan al caso. A diferencia del sistema de adultos se desvincula el delito de su consecuencia jurídica.

No obstante, lo anterior, y como se examinará con posterioridad, desafortunadamente las reformas de la LORPM han incidido en esta seña de identidad de nuestro sistema de justicia juvenil.

El Juez de Menores cuando elige la medida a imponer en sentencia no sólo atiende a la prueba y a la valoración jurídica de los hechos, sino que debe tener en cuenta especialmente otros elementos como la edad, las circunstancias familiares y sociales, la personalidad y el interés del menor. Lo que lo convierte, como dice TAMARIT SUMALLA<sup>69</sup>, en un criterio instrumental al servicio de otros principios de relevancia sustancial como los de resocialización o mínima intervención.

El principio de flexibilidad aparece recogido en la importante Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 36/1991 de 14 de febrero de 1991 (BOE núm. 66, de 18 de marzo de 1991), también incluso ha sido invocado por otros tribunales constitucionales diciendo que las valoraciones flexibles son necesarias para que la ejecución sea acorde a las exigencias constitucionales de protección de la personalidad del menor (Corte Constitucional Italiana, sentencia núm. 450/1998).

El principio de flexibilidad en adultos se introdujo normativamente en el artículo 100.2 del reglamento penitenciario (Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario) como herramienta del tratamiento penitenciario que posibilita un modelo de ejecución de la pena de prisión en el que pueden combinarse aspectos característicos de cada uno de los grados de clasificación del artículo 101 del reglamento. Vid. SANZ DELGADO, Enrique; "El trabajo penitenciario y el principio de flexibilidad" en *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat* (GARCIA- VALDÉS, Carlos, Coord.et al), Vol. II, Madrid, Edisofer, 2008, 2419.

<sup>68</sup> PÉREZ MACHÍO, Ana Isabel, El tratamiento jurídico-penal de los menores infractores -LO 8/2006- (Aspectos de Derecho comparado y especial consideración del menor infractor inmigrante), Valencia, Tirant Lo Blanch, 2007. La autora añade que a su vez son dos los pilares sobre los que se alza la necesidad de actuar de modo flexible por parte del órgano jurisdiccional: la finalidad preventivo-especial y la quiebra del principio de proporcionalidad.

<sup>69</sup> TAMARIT SUMALLA, José María; "El nuevo derecho penal de menores: ¿creación de un sistema penal del menor?", en *Revista Penal*, núm. 8, 2001, 76.

La proclamación legal de la flexibilidad que tiene el Juez de Menores en la selección de la medida imponer, que aparece en el artículo 7.3 de la LORPM, viene limitada por dos parámetros fundamentales.

El primero de ellos vinculado por la aplicación del principio acusatorio, proclamado en el artículo 8 de la LORPM, donde el juez no puede imponer una medida que suponga una mayor restricción de derechos ni por un tiempo superior a la medida solicitada por el Ministerio Fiscal o por el acusador particular, y en lo que respecta a la duración de las medidas de internamiento no superará el tiempo que hubiera durado la pena privativa de libertad que se le hubiere impuesto por el mismo hecho, si el sujeto, de haber sido mayor de edad, hubiera sido declarado responsable, de acuerdo con el Código Penal.

El otro parámetro tiene que ver con el régimen de aplicación de las medidas regulado en el artículo 9, 10 y 11 de la LORPM. En el régimen de aplicación de las medidas ha tenido extraordinaria importancia las reformas que ha experimentado la LORPM, y en especial, la operada por la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores que ha representado una sustancial restricción a las oportunidades que proporciona este principio.

### 5.1.2. *La suspensión de la ejecución del fallo*

La segunda manifestación, como instrumento que permite acudir a una alternativa a la privación de la libertad durante la imposición de la sentencia, consiste en la suspensión de la ejecución del fallo del artículo 40 de la LORPM. Esta institución que no impide el efecto aflictivo de la continuación del procedimiento, como las instituciones contenidas en los artículos 18, 19 y 27 de la LORPM, puede servir para evitar la medida privativa de libertad y utilizarse en aquellos supuestos en los que la Fiscalía no puede optar por el desistimiento de la continuación del procedimiento (por tratarse de delitos en los que se ha empleado violencia o intimidación grave en la comisión de los hechos).

La suspensión de la ejecución del fallo es una suerte de transposición de la sustitución de la ejecución de las penas privativas de libertad<sup>70</sup> del artículo 87 de Código Penal pero aplicada al derecho penal de menores.

En adultos su principal fundamento es evitar el contacto criminógeno en las penas cortas privativas de libertad<sup>71</sup>. Sin embargo, este argumento no es trasladable al

<sup>70</sup> El Tribunal Constitucional ha señalado, en Sentencias como la de 16 de junio de 2003 (BOE núm. 170 de 17 de julio de 2003), que, la suspensión de la ejecución de la pena tiene como presupuesto la existencia de una sentencia firme condenatoria que constituye el título legítimo de la restricción de la libertad del condenado.

<sup>71</sup> Sentencia de la Sala Segunda Sección Primera del Tribunal Supremo de 5 de julio de 2000, Sentencia núm. 1200/2000 (ROJ: STS 5533/2000) "el fundamento de la suspensión de la ejecución de las penas cortas privativas de la libertad radica en la finalidad de evitar el previsible "contagio criminológico" que puede tener lugar en la prisión en casos en los que la corta duración de la pena no permite un tratamiento resocializador. No cabe duda

sistema de menores, por la natural forma de cumplimiento de las medidas de menores, donde no hay contacto con adultos y donde las carreras delictivas de los menores difieren de la criminalidad adulta. Por ello, el fundamento radicará en evitar el contenido aflictivo de la medida de internamiento (y aunque la LORPM no menciona que la suspensión de la ejecución del fallo se destine exclusivamente a las sentencias que imponen una medida de internamiento todo parece apuntar a ello) y como una forma de respuesta a la necesidad que la medida de internamiento sea la última ratio.

En la práctica esta institución se emplea para cubrir diversas finalidades. Puede emplearse cuando por las características del hecho delictivo y las circunstancias personales, sociales, educativas y familiares del menor recogidas en los preceptivos informes técnicos de la causa, convenga recurrir a ella atendiendo al interés superior del menor y a la intervención mínima del derecho penal.

También puede acudir a la suspensión de la ejecución del fallo con aquellos menores que durante el cumplimiento de la medida cautelar de internamiento que se les impuso han manifestado una buena evolución y un pronóstico favorable de reinserción.

Igualmente es susceptible de utilizarse con menores que, habiendo cumplido una medida de internamiento o estando próxima su finalización, se enfrentan al enjuiciamiento de un expediente diferente al que motivó su internamiento tratándose de menores en los que la medida de internamiento cumplida o próxima a finalizar ha alcanzado un grado favorable de cumplimiento de los objetivos previstos en su programa individualizado de ejecución de medida.

La suspensión de la medida prevista en el artículo 40 requiere de una serie de condiciones para que se pueda acordar:

- Que la medida impuesta no sea superior a dos años de duración<sup>72</sup>.
- Que el menor asuma el compromiso de mostrar una actitud y disposición de reintegrarse a la sociedad, no incurriendo en nuevas infracciones<sup>73</sup>.
- No ser condenado en sentencia firme por delito cometido durante el tiempo que dure la suspensión, si ha alcanzado la mayoría de edad, o no serle aplicada medida en sentencia firme en procedimiento regulado por esta Ley durante el tiempo que dure la suspensión.

que la pena de multa no ofrece ningún riesgo de "contagio carcelario o criminológico" y, consecuentemente, no requiere necesariamente, en principio, una institución como la suspensión condicional de su ejecución".

<sup>72</sup> En otros ordenamientos, como el italiano, el artículo 28 del D.P.R. 448/88 permite la suspensión del procedimiento por un período de no más de tres años cuando se trata de un delito por el cual se prevé la cadena perpetua o la prisión de hasta doce años; en otros casos, por un período no superior a un año. En dicho período de suspensión al menor se les somete a medidas educativas alternativas e impartir prescripciones directas tendentes a la reparación del daño o a la conciliación con la víctima. El artículo 30 de dicho ordenamiento permite la sustitución de la pena privativa de libertad no superiores a dos años por una sanción de semilibertad o con una libertad vigilada.

<sup>73</sup> Esa actitud y disposición de reintegrarse puede deducirse de un proceso de mediación realizado en el curso de la causa.



- Que las dos condiciones inmediatamente anteriores a ésta se cumplan durante un tiempo determinado y hasta un máximo de dos años.

Si las condiciones no se cumplieran, el Juez alzaría la suspensión y se procedería a ejecutar la sentencia en todos sus extremos.

El artículo 40.2 c) de la LORPM permite al Juez establecer la aplicación de un régimen de libertad vigilada durante el plazo de suspensión o la obligación de realizar una actividad socio-educativa.

El establecimiento de un régimen de libertad vigilada o la imposición de realizar una actividad educativa puede suponer en cierta medida una manera de desnaturalizar la institución de la suspensión de la ejecución, pues con ello, se acerca más a los contornos de una sustitución de medida que a la suspensión de la ejecución de un fallo.

La determinación del plazo de la libertad vigilada, no plantea problema, generalmente coincide con el plazo de la suspensión del fallo. Sin embargo, no podemos decir lo mismo con el plazo para llevar a cabo la ejecución de la actividad socio-educativa pues no se dice nada del plazo para ejecutarla.

Respecto de la concreción del momento de inicio del cómputo de la suspensión, la regla general es que sea la fecha en que se comunica al menor que se procede a la suspensión de la ejecución del fallo. Puede ocurrir que al menor se le acuerde la suspensión de la ejecución del fallo acompañado de la obligación de cumplir una libertad vigilada o una actividad ex artículo 40.2 c) de la LORPM y sin embargo no coincidan la fecha de la comunicación de la suspensión y la del inicio de la libertad vigilada<sup>74</sup> o de la actividad porque ésta sea posterior. En este caso la fecha que se entiende que prevalece es la de la comunicación de la suspensión de la ejecución<sup>75</sup>.

La Fiscalía General del Estado<sup>76</sup> ha manifestado que el plazo de la suspensión del fallo, que puede alcanzar hasta los dos años, es un espacio de tiempo prolongado en la vida de un menor de edad y estima más conveniente un plazo que no alcance ese tiempo. Con buen criterio aduce que conviene evitar, en cuanto fuera posible, la ultra vigencia de un fallo que podría resultar inapropiado en el momento en el que las circunstancias obligan a su ejecución.

La suspensión de la ejecución conforme al artículo 40 de la LORPM se acordará en la propia sentencia o por auto motivado del Juez competente para la ejecución cuando aquélla sea firme. Si la sentencia que se dicta es de conformidad según el

<sup>74</sup> El artículo 10.6 b) del reglamento de la LORPM (Real Decreto 1774/2004 de 30 de julio) fija como fecha de inicio de la libertad vigilada la de la primera entrevista con el técnico de ejecución de la medida judicial.

<sup>75</sup> FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO; Dictamen 4/2012 sobre el cómputo del plazo de ejecución de la suspensión de la ejecución de las medidas privativas de libertad del art. 40 LORPM, Madrid, Fiscalía General del Estado, 2012, 11. Auto de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Barcelona de 9 de noviembre de 2006, Auto núm. 636/2006.

<sup>76</sup> FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO; Circular 1/2000, de 18 de diciembre, relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, por la que se regula la responsabilidad penal de los menores, Madrid, Fiscalía General del Estado, 2000, 64.

artículo 36 de la LORPM y en ella se fija la suspensión no habrá problema, pero el problema puede nacer si la sentencia dictada no es de conformidad.

La práctica procesal muestra que si la suspensión se acuerda en la sentencia y ésta es objeto de recurso de apelación, por existir discrepancias con el fallo, el trámite para la solución de dicho recurso es más complejo que la resolución de un recurso contra un auto que acuerda la suspensión. Por ello, se recomienda que si no va a existir conformidad, entonces la suspensión se declare en un auto del juzgado paralelo a la sentencia.

En cuanto a las condiciones para poder acudir al empleo de este beneficio, que supone una alternativa a la privación de libertad, se tendrán en cuenta una serie de cuestiones fundamentales.

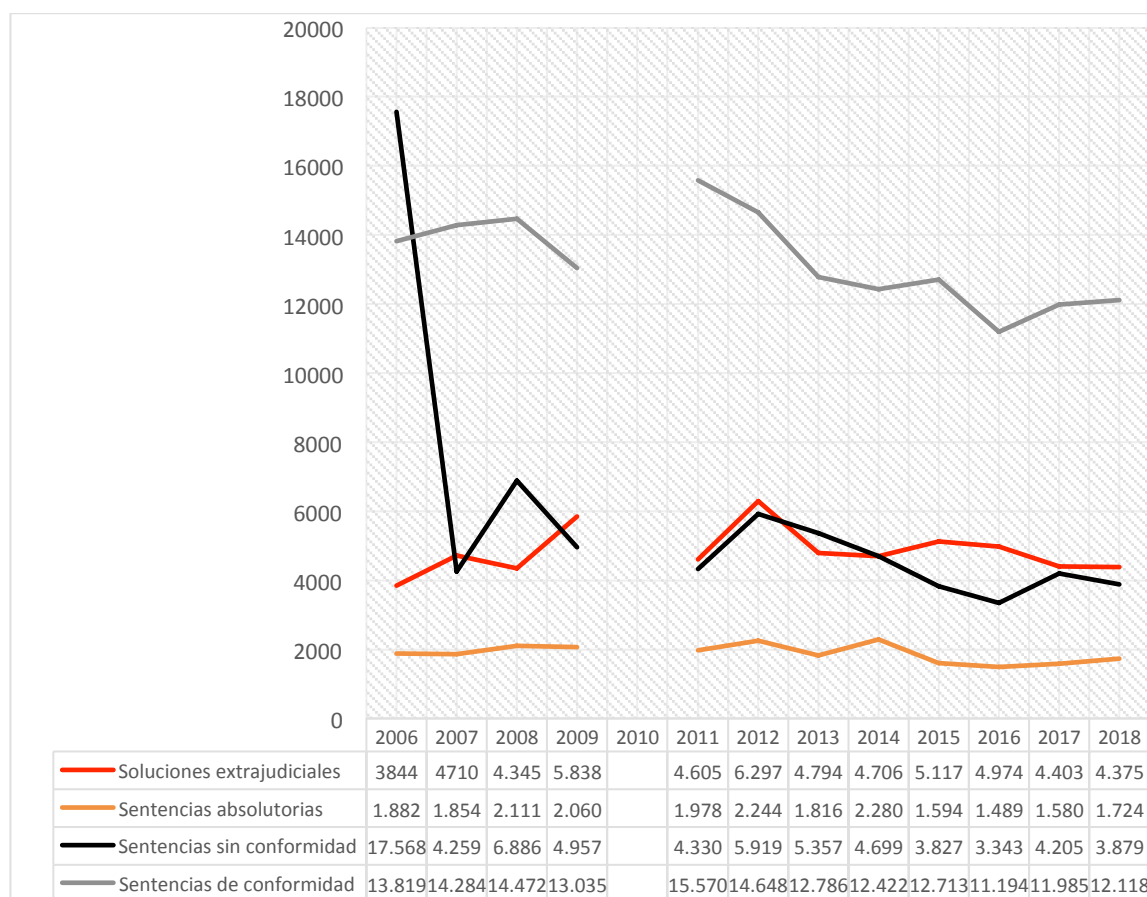
La primera, que el empleo de la suspensión se encuentra mediatizada ex artículo 10.2 de la LORPM, y por lo tanto no cabe su aplicación, cuando el hecho cometido sea constitutivo de alguno de los delitos tipificados en los artículos 138, 139, 179, 180 y 571 a 580 del Código Penal, o de cualquier otro delito que tenga señalada en dicho Código o en las leyes penales especiales pena de prisión igual o superior a quince años, si al tiempo de cometer los hechos el menor tuviere dieciséis o diecisiete años de edad. En este supuesto sólo podrá hacerse uso de las facultades de modificación, suspensión o sustitución de la medida impuesta a las que se refieren los artículos 13, 40 y 51.1 de esta Ley Orgánica, cuando haya transcurrido al menos, la mitad de la duración de la medida de internamiento impuesta.

Se ha de aclarar que la aplicación de la suspensión de la medida no encuentra la limitación de un periodo de seguridad en el supuesto que el menor cometa una infracción con arreglo a los parámetros del artículo 9.2 de la LORPM. Tampoco queda vedada la aplicación de la suspensión a los menores que al momento de la comisión de los hechos, que revistieron extrema gravedad, tuvieran dieciséis o diecisiete años. Ello es así debido a que el artículo 10.2 de la LORPM lo único que impide es la sustitución o el cese de la medida de los artículos 13 y 51 de la LORPM hasta que no se haya cumplido un año de condena, pero no se dice nada de la suspensión del artículo 40 de la LORPM.

La segunda cuestión tiene que ver con que el alzamiento de la suspensión. Generalmente, el alzamiento de la suspensión de la ejecución, se relaciona con el incumplimiento de las condiciones establecidas al menor durante el periodo de la vigencia de la misma. Ello, en la práctica, puede deberse generalmente a la falta de colaboración del menor en la consecución de los objetivos establecidos en el programa de ejecución de medida de la libertad vigilada (ex artículo 40.2 c) de la LORPM) por ejemplo: cuando el menor da muestras de falta de implicación en las intervenciones que se estén llevando a cabo con él, la no asistencia a los recursos a los que ha sido derivado o a las citas con el técnico de libertad vigilada de forma sistemática, o cuando el menor no ha abandonado las conductas antisociales, persis-

tiendo en una vida delincencial al existir una nueva condena impuesta en sentencia firme durante el plazo de vigencia de la suspensión<sup>77</sup>.

Antes de examinar el uso de los recursos de la justicia restaurativa en fase de ejecución, conviene poner de manifiesto una reflexión de interés como es la del número de procedimientos judiciales de menores que acaban con sentencia de conformidad en la jurisdicción de menores frente al número de soluciones extrajudiciales adoptadas en el sistema. Si uno de los postulados de los programas de mediación es la asunción de los hechos por parte del ofensor y tomando como referencia que la base de la sentencia de la conformidad es la admisión de estos hechos, se debe reflexionar sobre los motivos que impiden alcanzar más soluciones extrajudiciales (ex artículo 19 de la LORPM) y menos sentencias de conformidad. Ello, sin correr con el riesgo de abusar de la mediación para evitar la litigiosidad, pues de lo contrario, a lo que se llega es a una perversión del sistema mediante la burocratización de las mediaciones.



Comparativa soluciones extrajudiciales y sentencias. Fuente: Memorias FGE.<sup>78</sup>

<sup>77</sup> Auto de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Madrid de 21 de julio de 2011, Auto núm. 131/2011 (ROJ: AAP M 11063/2011); Auto de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Madrid de 9 de junio de 2010, Auto núm. 109/2010 (ROJ: AAP M 11187/2010); Auto de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Madrid de 30 de junio de 2011, Auto núm. 110/2011 (ROJ: AAP M 10708/2011).

## 5.2. *Las alternativas al internamiento durante la fase de ejecución de la medida*

Nuestro Tribunal Constitucional ha manifestado que la justicia penal de los menores de edad no es una manifestación más del *ius puniendi* de Estado, sino que representa un instrumento para lograr la adecuada y efectiva reinserción de los menores infractores en el seno de una sociedad de ciudadanos libres, iguales y responsables<sup>79</sup>.

Las alternativas a la privación de libertad que pueden tener lugar en el proceso de ejecución de la medida impuesta en la sentencia firme<sup>80</sup> se encuentran vinculadas a la flexibilidad en la ejecución de la medida.

Cuando se habla de la flexibilidad en la ejecución, el punto de mira se sitúa en la evolución personal del menor condenado durante el cumplimiento de la medida que se le impuso, consistiendo sus efectos en la modificación de la medida o el cese de la misma<sup>81</sup>.

El principio de flexibilidad en la ejecución de la medida en la jurisdicción de menores fue abordado en la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 36/1991 de 14 de febrero de 1991, al manifestarse sobre la posibilidad de modificar las medidas impuestas en reforma de menores, declarando que dicha práctica no es contraria al principio de legalidad penal, " pues hay que partir de las especiales características de esta jurisdicción, en donde las medidas a imponer no tienen la consideración de penas retributivas de conductas ilícitas, sino de medidas correctoras, aun cuando restrictivas de los derechos fundamentales del menor, siendo impuestas en atención a las condiciones del mismo y susceptibles de adaptación en atención a las circunstancias del caso y a la eventual eficacia de la medida adoptada, primándose así la

<sup>78</sup> La memoria publicada de la FGE del año 2011 no ofrece los datos estadísticos correspondientes al año 2010.

<sup>79</sup> Fundamento Jurídico 6 del Auto del Tribunal Constitucional núm. 33/2009 de 27 de enero de 2009 (BOE núm. 49, de 26 de febrero de 2009).

<sup>80</sup> En este tema España lleva ventaja respecto de otros países de la Unión Europea como es el caso italiano que carecía hasta recientemente de un sistema de cumplimiento de las sanciones impuestas a los menores y por ello se les aplicaba supletoriamente el artículo 76 de la ley núm. 354 de 1975 y con ello las medidas e instituciones previstas para los adultos. Con la reciente aprobación del decreto legislativo italiano núm. 12115 de 2 de octubre de 2018 que regula la ejecución de las condenas impuestas a los menores y que favorece acudir a alternativas con medidas penales comunitarias y reducir la privación de libertad a los casos extremos. Vid DI PAOLO, Gabriella; "La giustizia riparativa..." (op. cit.), 6.

Alemania, Bélgica, Bulgaria, Dinamarca, Escocia, España, Finlandia, Gales, Holanda, Hungría, Inglaterra, Letonia, Noruega, Polonia, Portugal, Suiza, Rusia y Ucrania cuentan con prácticas de justicia restaurativa durante la privación de libertad. DUNKEL, Frieder; "Restorative Justice in Juvenile..." (op. cit.), 2019, 74.

<sup>81</sup> Generalmente en la práctica la flexibilidad en la ejecución de la medida se entiende en un sentido positivo consistente en atenuar la restricción de libertad. No obstante, uno de los principales efectos de la reforma de la LORPM por la L.O 8/2006 de 4 de diciembre, vino con el reverso negativo del principio de flexibilidad en la ejecución cuando se añadió la siguiente previsión "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. Igualmente, 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 la Ley".

necesaria flexibilidad que tanto para la adopción de tales medidas como para el mantenimiento de éstas ha de regir la actividad jurisdiccional en la materia”.

Este principio en la fase de la ejecución para MARTINEZ PARDO<sup>82</sup> está implícito junto a la discrecionalidad y a la inmediatez en la ejecución, pese a no aparecer expresamente entre los proclamados en el artículo 6 del reglamento de la LORPM, todos los profesionales, organismos e instituciones que intervienen en la ejecución de la medida lo tendrán presente en la adopción de sus decisiones de manera que la medida impuesta al menor además de promover el desarrollo de su formación sirva para afrontar de manera autónoma su responsabilidad sobre el hecho cometido.

Las alternativas a la privación de la libertad que nos proporciona la flexibilidad son fundamentalmente el cese de la medida acordado por el juez y la modificación y sustitución de la medida privativa de libertad inicialmente impuesta.

Estas posibilidades se encuentran contempladas en nuestro sistema de justicia juvenil en los artículos 13 (modificación de la medida impuesta) y 51 (sustitución de las medidas) de la LORPM, pues ambos artículos se destinan a la oportunidad de dejar sin efecto la medida impuesta, reducir su duración o sustituirla por otra.

El cese de la medida se producirá, en nuestro caso, cuando se constate que la medida ha cumplido los objetivos de reinserción al haberse potenciado las competencias y habilidades del menor al tiempo que se han superado los déficits iniciales que presentaba el menor y que obstaculizaban su reeducación.

La segunda alternativa es la sustitución de la medida. Esta opción está pensada cuando se evidencia que otra medida diferente y menos gravosa a la inicialmente impuesta puede ser más eficaz para alcanzar los fines de reeducación y de reinserción que se pretendían con la imposición de la primera medida. La constatación de dicha evidencia se obtiene cuando con el transcurso de un tiempo prudencial de cumplimiento de la medida inicialmente impuesta, se observa que la evolución del menor es adecuada en orden a alcanzar los objetivos de reinserción previstos en la sentencia. En este caso se sustituye por auto del juzgado generalmente la medida de internamiento por la medida de libertad vigilada por el tiempo que le reste por cumplir.

El artículo 13 de la LORPM menciona que el juez competente para la ejecución 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. Esta facultad la puede impulsar de oficio el Juez o a instancia del Ministerio Fiscal o del letrado del menor.

<sup>82</sup> MARTÍNEZ PARDO, Vicente; *La ejecución de las medidas en el proceso de menores*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.

La jurisprudencia encontrada<sup>83</sup> nos muestra que la vía del artículo 13 se ubica fundamentalmente en sede de ejecución de sentencia cuando ésta ha alcanzado su firmeza. No obstante, no encontramos obstáculo para que pueda aplicarse la sustitución de la medida por vía del artículo 13, en la fase de instrucción, si la medida impuesta inicialmente en auto del juzgado es un internamiento cautelar y se pide su sustitución por una medida cautelar de libertad vigilada cuando ya se ha iniciado la ejecución de la medida cautelar privativa de libertad<sup>84</sup>.

La expresión empleada en el artículo 13 “el juez competente para la ejecución” se debe entender como juez competente para la ejecución de la medida cautelar o el juez competente para la ejecución de la medida firme. Conviene hacer esta aclaración porque existen demarcaciones judiciales<sup>85</sup> donde existe un Juzgado de Menores exclusivamente dedicado a la ejecución de sentencias.

Dada la ubicación sistemática del artículo 51 en el Capítulo II “Reglas para la ejecución de las medidas” del Título VII de la LORPM, es más procedente entender que lo previsto en él tenga como destino el cese o la sustitución de las medidas en fase de ejecución de sentencia firme.

La ley exige al Juez de Menores que de audiencia a las partes, al equipo técnico y en caso que la medida se esté ejecutando a la entidad pública de reforma. Este trámite es preceptivo antes de dictar el auto resolviendo el cese o la sustitución. El informe que presente el equipo técnico no es vinculante para el juez, pero si éste decide apartarse del criterio emitido deberá fundamentar los motivos de su discordancia desde la perspectiva del mejor interés del menor en orden su reeducación<sup>86</sup>.

Aunque el artículo 51 se denomine “sustitución de las medidas” contempla en él tanto la sustitución como el cese de medida. Nos detenemos en el apartado 3 del artículo 51 de la LORPM, por sus evidentes conexiones con la justicia restaurativa, al permitir el cese de la medida por la conciliación. Dicho apartado dice “La conciliación del menor con la víctima, en cualquier momento en que se produzca el acuerdo entre ambos a que se refiere el artículo 19 de la presente Ley, podrá dejar sin efecto la medida impuesta cuando el Juez, a propuesta del Ministerio Fiscal o del letrado del menor y oídos el equipo técnico y la representación de la entidad pública de protección o reforma de menores, juzgue que dicho acto y el tiempo de

<sup>83</sup> Vid. Sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Murcia de 9 de septiembre de 2015, Sentencia núm. 391/15 (ROJ: SAP MU 1856/2015); Sentencia de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Sevilla de 29 de julio de 2017, Sentencia núm. 357/2014 (ROJ: SAP SE 2785/2014).

<sup>84</sup> El Auto de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Madrid de 7 de octubre de 2009, Auto núm. 232/2009 (ROJ: AAP M 12724/2009) examinó la procedencia del cese de una medida cautelar impuesta por un juzgado de menores.

<sup>85</sup> Existen demarcaciones judiciales como en Madrid que por el número de juzgados de menores adscritos a esa provincia cuentan con un juzgado dedicado especialmente a la ejecución de sentencias (Juzgado de Menores número 7).

<sup>86</sup> Vid. Auto de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Salamanca de 28 de julio de 2008, Auto núm. 166/2008 (ROJ: AAP SA 152/2008).

duración de la medida ya cumplido expresan suficientemente el reproche que merecen los hechos cometidos por el menor”.

La previsión del apartado 3 del artículo 51 contempla únicamente el cese de la medida por vía de la conciliación. Sin embargo, nada impide el poder extender también esta posibilidad a la reparación<sup>87</sup>, sin embargo, FRANCES LECUMBERRI<sup>88</sup> se opone y aduce que el pretendido “olvido” del legislador no lo es y que su voluntad es que después de la sentencia y la imposición de una medida que para la sustitución de la misma solo sea necesaria y/o posible una conciliación y no una reparación.

Sin embargo, se puede argumentar a favor de extender el efecto a la reparación porque se prevé en el artículo 15.1 del reglamento de la LORPM<sup>89</sup>. Cuando este artículo regula el procedimiento para llevar a cabo la revisión de la medida por conciliación también atiende la posibilidad de efectuarse por medio de la reparación del daño.

El procedimiento para llevar a cabo la conciliación o la reparación se regula en el artículo 5 y 15 del reglamento de la LORPM.

La conciliación o reparación del artículo 51.3 de la LORPM tiene diferencias con las alternativas al internamiento durante la instrucción previstas en el artículo 19 de la LORPM y es un recurso muy poco empleado en la práctica.

En primer lugar, las tareas de mediación pueden ser llevadas a cabo tanto por el equipo técnico de los juzgados de menores como por el equipo técnico que tenga atribuida dicha tarea por disposición de la entidad pública de conformidad con el artículo 5.3 y 8.7 del reglamento de la LORPM.

La segunda diferencia proviene del hecho que no hay impedimento derivado de la naturaleza del delito o del empleo de intimidación o la violencia grave en su comisión como se puede apreciar de la lectura del artículo 51 de la LORPM y del artículo 15 del reglamento de la LORPM (a diferencia de lo establecido en el artículo 19 de la LORPM que impide las soluciones extrajudiciales a los delitos graves y menos graves en los que se haya empleado violencia o intimidación en su ejecución).

<sup>87</sup> Vid. COLÁS TURÉGANO, María Asunción; “Mediación juvenil: el equilibrio entre la reparación a la víctima y el interés superior del menor” en (MONTESINOS GARCÍA coord.) Tratado de mediación, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017., 131; DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis.; “La ejecución de las medidas. Comentario a los arts. 43 a 53 (Disposiciones generales y reglas para la ejecución en las medidas) de la Ley Orgánica 5/2000, de responsabilidad penal del menor, en *EGUZKILORE*, núm. 14, 2000, 81.

<sup>88</sup> FRANCÉS LECUMBERRI, Paz; “El principio de oportunidad y la justicia restaurativa” en *InDret Revista para el análisis del derecho*, núm. 4, 2012, 35.

<sup>89</sup> Nota del autor. Si se acude a la lectura del artículo 15 del reglamento de la LORPM (Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio) en ella se observará que existe una referencia al artículo 51.2 de la LORPM. La misma debe entenderse hecha no al artículo 51.2 de la LORPM sino al 51.3 de la LORPM. Ello se debe a la reforma experimentada por la LORPM por la Ley Orgánica 8/2006 de 4 de diciembre (BOE núm. 290 de 5 de diciembre de 2006) que modificó el artículo 51 no habiéndose producido la adaptación de dicha reforma al texto reglamentario (que es del año 2004).

Esto nos permite considerarla como una opción por ejemplo en los supuestos de violencia intrafamiliar de menores condenados con medida de internamiento en régimen semiabierto cuando se da una buena evolución en la intervención familiar y se aconseje emplear la conciliación entre menor y progenitores como fin del conflicto y modo de sustituir la privación de libertad.

Será necesario, conforme el artículo 51 de la LORPM, que el juez valore que la conciliación o la reparación junto con el tiempo de duración de la medida ya cumplido expresen suficientemente el reproche que merecen los hechos cometidos por el menor.

¿Cuándo se considera que el tiempo de condena cumplido expresa suficientemente el reproche? Nuestra LORPM no nos proporciona la suficiente información. El artículo 10 de la LORPM nos da una pista cuando prescribe que no se podrá hacer uso de las facultades del artículo 51.1 (que no del 51.3) hasta que no se haya cumplido la mitad de la condena a quien tuviere dieciséis o diecisiete años de edad al tiempo de cometer los hechos tipificados en los artículos 138, 139, 179, 180 y 571 a 580 del Código Penal, o de cualquier otro delito que tenga señalada en dicho Código o en las leyes penales especiales pena de prisión igual o superior a quince años. Conviene fijarse en que no hay periodo de seguridad para quienes cometieron esos delitos con catorce o quince años.

La mitad de la condena nos servirá como referencia para que la modificación de la medida no debiéndose instar hasta que no se haya cumplido ese periodo de seguridad con los menores indicados en el tramo de edad mencionado y en esos casos.

De igual modo habrá que esperar el cumplimiento de un año de condena efectivo con aquellos menores que tuviesen dieciséis o diecisiete años al tiempo de cometer un hecho que revista extrema gravedad.

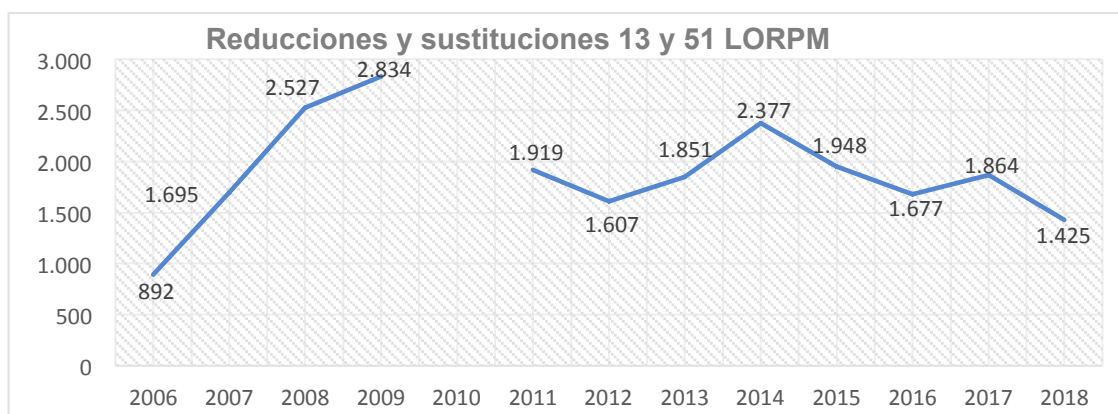
Por último, respecto de los periodos de seguridad, conviene hacer una serie de precisiones cuando se trata de medidas de internamiento terapéuticas. Este tipo de medidas privativas tienen una serie de especialidades en su ejecución y que afectan por ejemplo a los periodos de seguridad mencionados. Los periodos de seguridad del artículo 10 están únicamente previstos para a las medidas de internamiento en régimen cerrado y por lo tanto no afectan a la medida de internamiento terapéutico<sup>90</sup> (aunque sea internamiento terapéutico en régimen cerrado) tal como se desprende de la literalidad de ese artículo. Consecuentemente, las alternativas a la privación de libertad examinadas en ejecución de sentencia son perfectamente utilizables con medidas de internamiento terapéutico cerrado sin tener que esperar al cumplimiento de los plazos de seguridad que sin embargo existen para las medidas de internamiento cerrado.

<sup>90</sup> Vid. FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO; Circular 3/2013, de 23 de julio, sobre criterios de aplicación de las medidas de internamiento terapéutico en el sistema de justicia juvenil, Madrid, Fiscalía General del Estado, 33.



Puede suceder que a un menor condenado inicialmente a una medida de internamiento en régimen cerrado (con periodo de seguridad) durante la ejecución de la misma se le detecte una enajenación sobrevenida. Esta situación impulsaría la sustitución del internamiento en régimen cerrado por un internamiento terapéutico en régimen cerrado (conforme a la Disposición Final Primera de la LORPM y el artículo 60 del Código Penal), al ser la nueva medida la de internamiento terapéutico en régimen cerrado en teoría desaparecen los periodos de seguridad de la medida inicialmente impuesta con la transformación de la medida. Problemas similares se plantean con la refundición de medidas de internamiento terapéutico y de régimen cerrado ya que las primeras tienen ejecución preferente y en la práctica procesal no hay un criterio único para entender cuando una medida tiene “la misma naturaleza”<sup>91</sup>.

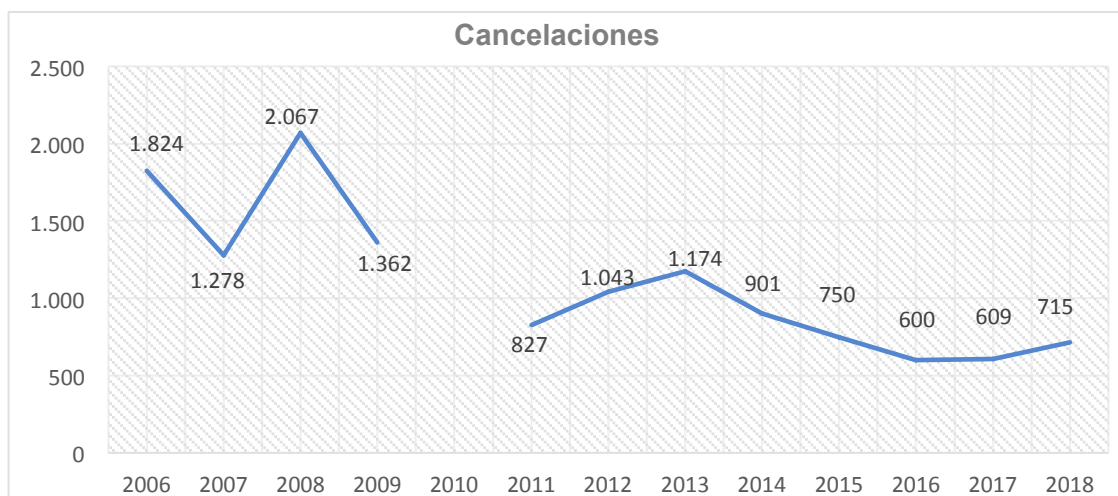
La cifra de reducciones o sustituciones de los artículos 13 y 51 de la LORPM en el año 2018 fue de 1425, en el año 2017 alcanzó la cifra de 1864 mientras que en 2016 fue de 1677; en el año 2015 fueron 2.024, en el año 2014 ofrecieron un dato de 1.948; en el año 2013 de 2.377, en el año de 2012 su cifra fue de 1.851, 1.919 en el 2011, la cifra de 2009 se tasa en 2.834, en el año 2008 fue 2.527, en el año 2007 de 1.695 y en el año 2006 de 892<sup>92</sup>. Las cancelaciones de medidas funcionan en una progresión distinta mientras que en el año 2006 sumaban 1824, en el año 2007 (el primero tras la reforma del 2006) eran 1278, llegamos a 2018 con una cifra de 715. Lamentablemente, en las memorias de la FGE no aparecen convenientemente desglosadas las cifras de suspensiones conforme al artículo 40 y los ceses del artículo 51.3 de la LORPM.



Fuente: Memoria Fiscalía General del Estado (años 2007-2019).

<sup>91</sup>FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO; Circular 1/2007, de 23 de noviembre, sobre criterios interpretativos tras la reforma de la legislación penal de menores de 2006, Madrid, Fiscalía General del Estado, 48.

<sup>92</sup>FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Memorias 2000 a 2009. Lamentablemente, no podemos extraer de dichas memorias los datos que corresponden concretamente a las producidas por conciliación o reparación del artículo 51.3 de la LORPM al no aparecer desglosados. En la Memoria de la FGE del año 2011 no aparecen los datos de esta materia correspondientes al año 2010. Se ha escogido los años 2006 (año antes de la Reforma LO 8/06) a 2019 (últimos datos).



Fuente: Memoria Fiscalía General del Estado (años 2007-2019).

Finalmente, como cuestión de interés, veremos como quedan afectadas las posibilidades de modificación de la medida en el supuesto del artículo 14 de la LORPM, que aborda la mayoría de edad del condenado y que implica que la medida de internamiento en régimen cerrado (en los supuestos previstos en los números 2 y 3 del artículo 14 de la LORPM), se ejecute en un establecimiento penitenciario conforme al régimen general previsto en la Ley Orgánica General Penitenciaria. Esta previsión del artículo 14 es una excepción al régimen general de cumplimiento de las medidas de internamiento contenido en el artículo 54.1 de la LORPM<sup>93</sup>.

Como pone de relieve NISTAL BURÓN<sup>94</sup> cuando el joven ingresa en un establecimiento penitenciario de adultos para cumplir una medida de internamiento queda sometido a la regulación normativa contenida en los Títulos II y III de la LOGP, siéndole de aplicación el sistema penitenciario de adultos en bloque y siendo la administración penitenciaria la responsable de toda la actividad penitenciaria que conlleve la ejecución de la medida.

Hay que diferenciar las funciones que le corresponden al Juez de Menores y las que le corresponden al Juez de Vigilancia Penitenciaria. En este sentido el artículo 44 de la LORPM dice "Cuando, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 14 de esta Ley, la medida de internamiento se cumpla en un establecimiento penitenciario, el Juez de Menores competente para la ejecución conservará la competencia

<sup>93</sup> El actual régimen de cumplimiento de la medida de internamiento en un establecimiento penitenciario es producto de la reforma de la LORPM operada por la LO 8/2006. La redacción original de la LORPM determinaba que si las medidas de internamiento (con independencia de su régimen -cerrado, semiabierto, abierto o terapéutica-) eran impuestas y la persona superaba los veintitrés años o no habiendo finalizado su cumplimiento al alcanzar el joven dicha edad, el juez de menores, oído el Ministerio Fiscal, salvo que se considerara la posibilidad de modificar o suspender, tenía que ordenar su cumplimiento en un centro penitenciario conforme al régimen ordinario previsto en la LOGP.

<sup>94</sup> NISTAL BURÓN, Javier; "El cumplimiento en Centros penitenciarios de la medida de internamiento impuesta a los menores infractores al alcanzar la mayoría de edad: problemática jurídica", en *La Ley*, núm. 1, 2007, 1852-1862.

para decidir sobre la pervivencia, modificación o sustitución de la medida en los términos previstos en esta Ley, asumiendo el Juez de Vigilancia Penitenciaria el control de las incidencias de la ejecución de la misma en todas las cuestiones y materias a que se refiere la legislación penitenciaria".

Por lo tanto, cuando la medida de internamiento se cumple en un establecimiento penitenciario, el Juez de Menores competente para la ejecución de la medida conservará la competencia para decidir sobre la pervivencia, modificación o sustitución de la medida en los términos previstos de la LORPM y además también le corresponde aprobar la liquidación de medida y acordar la libertad por cumplimiento<sup>95</sup>.

El Juez de Vigilancia atenderá las peticiones, quejas y recursos formuladas por el joven que cumple la medida en un establecimiento penitenciario que afecten tanto al régimen penitenciario como al tratamiento (la clasificación penitenciaria en grados, beneficios penitenciarios, régimen disciplinario, permisos de salida...).

Existen programas de mediación en el ámbito penitenciario que pueden extenderse a los supuestos de menores que cumplan medidas de internamiento en establecimientos penitenciarios como alternativas a la privación de libertad todo ello con la supervisión del Juez de Menores puesto que es a él, conforme al artículo 44 de la LORPM, el que ha de decidir sobre la modificación o sustitución o cese de la medida.

## 6. Principales efectos de las reformas

Anteriormente se mencionó que nuestro sistema de justicia juvenil, implantado en el año 2001 por la LORPM, ha experimentado sucesivas reformas. Nos importa la provocada por la Ley Orgánica 8/2006 de 4 de diciembre.

Los principales efectos de la reforma del año 2006 se materializaron en primer lugar en el régimen de aplicación de las medidas del artículo 10 de la LORPM. Con la reforma se ampliaron los supuestos de aplicación de las medidas de internamiento, restringiéndose el principio de flexibilidad del juez en la adopción de la medida, al existir situaciones en las que necesariamente el juez debe imponer la medida de internamiento como se verán a continuación.

En primer lugar el artículo 11 de la LORPM establece que si el menor tiene 14 o 15 años al tiempo de cometer los delitos tipificados en los artículos 138, 139, 179, 180 y 571 a 580 del Código Penal, o de cualquier otro delito que tenga señalada en dicho Código o en las leyes penales especiales pena de prisión igual o superior a quince años, se le impondrá una medida de internamiento en régimen cerrado de uno a cinco años de duración, complementada en su caso por otra medida de libertad vigilada de hasta tres años. En caso que, al tiempo de cometer los delitos men-

<sup>95</sup> Vid. PERIAGO MORANT, Juan José; *La ejecución de la medida de internamiento de menores infractores*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2017, 182.

cionados, el menor tuviere 16 o 17 años de edad, se le impondrá una medida de internamiento en régimen cerrado de uno a ocho años de duración, complementada en su caso por otra de libertad vigilada con asistencia educativa de hasta cinco años. Cuando el hecho reviste extrema gravedad<sup>96</sup> y sea cometido por un menor de 16 o 17 años, el Juez debe imponer una medida de internamiento en régimen cerrado de uno a seis años, complementada sucesivamente con otra medida de libertad vigilada con asistencia educativa hasta un máximo de cinco años.

En segundo lugar, otro de los efectos que afecta a las capacidades de modificar la medida se debe al establecimiento de periodos de seguridad en determinados delitos, si el menor al tiempo de cometer los hechos, tuvo dieciséis o diecisiete años de edad (no afecta a los mayores de catorce y menores dedieciséis).

El artículo 11 de la LORPM fija que cuando se trata de los delitos de extrema gravedad y los tipificados en los artículos 138, 139, 179, 180 y 571 a 580 del Código Penal, o de cualquier otro delito que tenga señalada en dicho Código o en las leyes penales especiales pena de prisión igual o superior a quince años, en estos casos hasta que el menor no haya cumplido la mitad de la condena no cabe la modificación o el cese de la medida. En los delitos de extrema gravedad las facultades de modificación de la medida no pueden operar hasta que no se haya completado un año de cumplimiento.

Ambos efectos han provocado que el recurso a acudir a alternativas al internamiento se haya restringido. Con la reforma legislativa el principio de flexibilidad se ha visto mermado, constatándose el distanciamiento de nuestro sistema de justicia penal juvenil de los postulados primigenios de la LORPM, vinculados al sentido educativo y resocializador del sistema que se sustenta en el principio del superior interés del menor, acercándose a postulados más retributivos produciéndose un endurecimiento de la normativa penal de menores.

Las sucesivas reformas en opinión de BARQUIN SANZ y CANO SANZ<sup>97</sup> han contribuido a desdibujar el carácter preventivo-especial fundamentado en el interés superior del menor y a acercarlo a las características propias del derecho penal de adultos.

El origen de esa reforma tan importante se produce en primer lugar con la introducción de la Disposición Adicional Quinta producto del artículo 2.4 de la Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre que la añadió y con el mandato que impuso el mismo legislador al Gobierno en la Disposición Adicional Sexta de la Ley Orgánica 15/2003<sup>98</sup>, que le obligaba a evaluar los resultados de la LORPM y proceder a

<sup>96</sup> La Fiscalía General del Estado estima que “es muy infrecuente la invocación –por otra parte, discrecional– de la previsión contenida en el artículo 10.1 b) 2.º LORPM para hechos que no siendo de máxima gravedad, por sus circunstancias puedan considerarse extremadamente graves y siempre que sus autores contaran dieciséis o diecisiete años”, Memoria Fiscalía General del Estado año 2012, 940.

<sup>97</sup> BARQUIN SANZ Jesús y CANO PAÑOS Miguel Ángel; “Justicia penal juvenil...” (op. cit.), 42.

<sup>98</sup> La misma Ley Orgánica 15/2003 que reformó el artículo 25 de la LORPM, instaurando la figura de la acusación particular, tuvo un impacto práctico importante en la solicitud de las medidas a imponer (principio

impulsar las medidas orientadas a sancionar con más firmeza y eficacia los hechos delictivos cometidos por personas que, aun siendo menores, revistiesen especial gravedad.

En cuanto a la técnica legislativa empleada coincidimos con BARQUIN SANZ y CANO PAÑOS<sup>99</sup> en el escaso acierto del legislador al introducir una disposición de ese sentido en el texto legal y utilizar una ley orgánica para comunicar al electorado sus intenciones de futuro.

Concretamente y entrando en la Disposición Adicional Quinta, en ella se fija “El Gobierno dentro del plazo de cinco años desde la entrada en vigor de esta Ley Orgánica remitirá al Congreso de los Diputados un informe, en el que se analizarán y evaluarán los efectos y las consecuencias de la aplicación de la Disposición Adicional Cuarta”, por su parte, la Disposición Adicional Sexta establece “Evaluada la aplicación de esta ley orgánica...el Gobierno procederá a impulsar las medidas orientadas a sancionar con más firmeza y eficacia los hechos delictivos cometidos por personas que, aunque siendo menores, revistan especial gravedad, tales como los previstos en los artículos 138, 139, 179 y 180 del Código Penal.

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”.

Las causas esgrimidas por el legislador, manifestadas en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 8/2006 y que ha supuesto una de las reformas más significativas del texto original de la LORPM, fue que las estadísticas revelaban un aumento considerable de delitos cometidos por menores, lo que en opinión del legislador causaba una gran preocupación social y contribuía a desgastar la credibilidad de la Ley por la sensación de impunidad de las infracciones más frecuentemente cometidas por estos menores, como los delitos patrimoniales<sup>100</sup>.

El empleo de este tipo de justificaciones por el legislador es un claro ejemplo de lo que GIL<sup>101</sup> denomina una sustitución de los necesarios estudios dogmáticos y criminológicos por una recurrente apelación a la “voluntad popular” y el error que

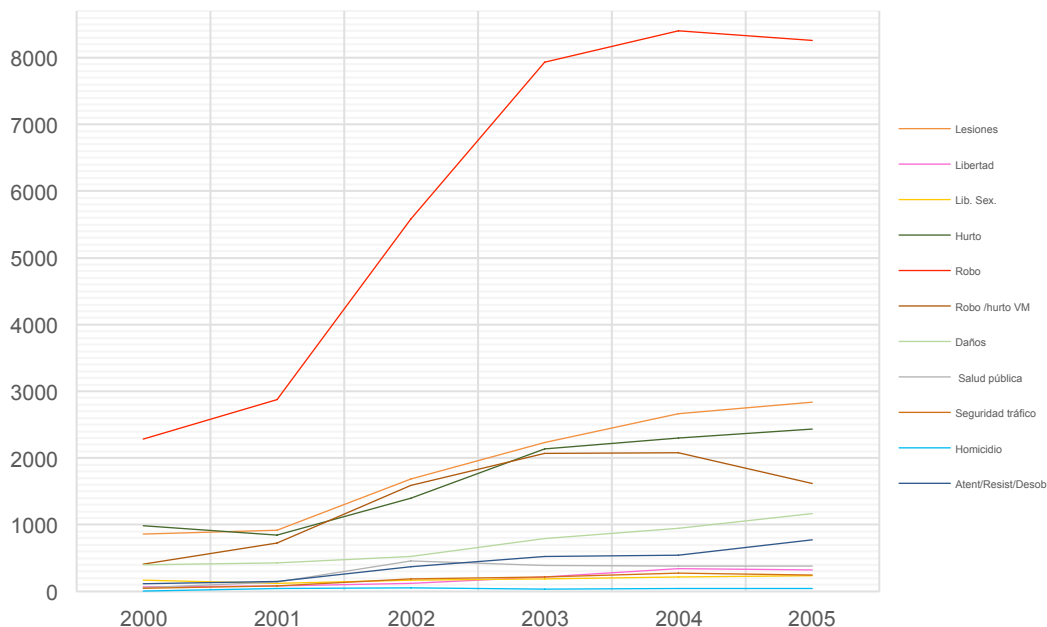
acusatorio) y en el principio de flexibilidad ya que cuando la víctima participa en el procedimiento como acusador particular es frecuente que solicite medidas más restrictivas o de mayor duración que las que pide el Fiscal de Menores.

<sup>99</sup> BARQUIN SANZ, Jesús y CANO PAÑOS Miguel Ángel; “Justicia penal juvenil...” (op. cit.), 76.

<sup>100</sup> En opinión de GÓMEZ RIVERO, María del Carmen; *Comentarios a la ley penal del menor*, Madrid, Iustel, 2007, 133 y ss. Llama la atención que la Exposición de Motivos de la ley orgánica 8/2006, no diera razones con un incremento de la delincuencia frente a la que reaccionar sino que se acude a otros argumentos dirigidos a garantizar la seguridad ciudadana, como la referencia a una percepción social de la delincuencia en lugar de emplear argumentos objetivos para justificar la reforma no es más que un síntoma que el legislador reconoce que para el endurecimiento del sistema se ha empleado argumentos utilitaristas y de creación de una conciencia social de seguridad.

<sup>101</sup> GIL GIL, Alicia, “El sistema penal en cifras” en *Consecuencias jurídicas del delito. Regulación y datos de la respuesta a la infracción penal en España*, Madrid, Dikynson, 2018, 526.

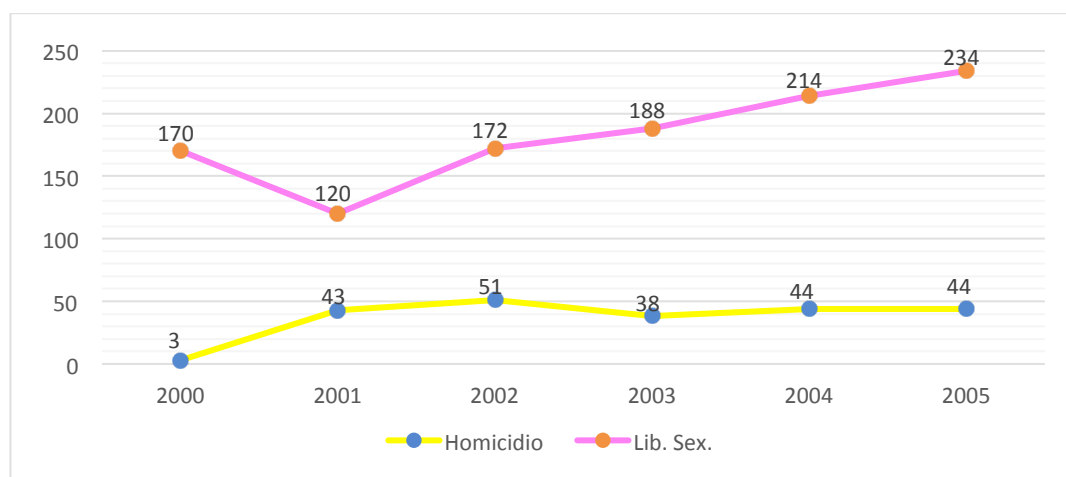
supone basar la Política Criminal en la opinión pública en lugar de los estudios científicos.



	Homicidio	Lesiones	Libertad	L. Sex.	Hurto	Robo	Rob/hurto o VM	Daños	Salud pública	Seg. tráfico	Atentados
2000	3	856	68	170	984	2284	408	399	57	48	116
2001	43	922	81	120	845	2871	724	424	145	85	149
2002	51	1685	120	172	<b>1400</b>	<b>5586</b>	<b>1592</b>	<b>520</b>	<b>461</b>	<b>191</b>	<b>374</b>
2003	38	2236	<b>218</b>	188	<b>2141</b>	<b>7933</b>	<b>2073</b>	<b>793</b>	<b>387</b>	<b>221</b>	<b>527</b>
2004	44	2664	<b>344</b>	214	<b>2300</b>	<b>8401</b>	<b>2079</b>	<b>945</b>	<b>379</b>	<b>278</b>	<b>547</b>
2005	44	2840	<b>326</b>	234	<b>2437</b>	<b>8260</b>	<b>1619</b>	<b>1164</b>	<b>380</b>	<b>248</b>	<b>777</b>

*Evolución delictiva años 2000 a 2005 (Datos obtenidos del INE, estadística de condenados: menores)*

Como se puede comprobar a continuación en los delitos específicamente señalados por el legislador (homicidios/asesinatos y delitos contra la libertad sexual -no solo agresiones sexuales-) la evolución en los años 2000 a 2005, que fue el periodo elegido por el legislador según los datos que pueden ser extraídos de la estadística de condenados proporcionada por el INE, no es tan significativa como la ocurrida en otros tipos delictivos.



*Evolución de las condenas por los delitos significativos en la reforma en el periodo de 5 años señalado por el legislador (Fuente: estadística condenados menores INE).*

Unido a este argumento, el legislador señalaba en la exposición de motivos de la ley de reforma, que los delitos de carácter violento cometidos por menores tenían un fuerte impacto social. Pero, como se puede observar que en el periodo contemplado los delitos que más incrementaron sin ningún género de duda fueron el robo y el hurto. Lo que da la razón a autores como POZUELO PÉREZ<sup>102</sup> que indican que “el derecho penal de menores es un claro exponente de la influencia mediática de determinados temas, de su incorporación a la agenda política y de su posterior inclusión en la iniciativa de reformas legales que toman cuerpo”.

Pese a las motivaciones proporcionadas anteriormente por el legislador, la opinión pública no muestra una respuesta tan punitivista como se aduce, ya que se prefiere un equilibrio entre la defensa social y el castigo de los menores infractores con la necesidad de su rehabilitación y reinserción social como demuestra el estudio de opinión del Observatorio de la Actividad de la Justicia de 2012<sup>103</sup>.

La merma en el principio de flexibilidad impacta directamente sobre los instrumentos de justicia restaurativa, pues se impide acudir a ellos directamente en la instrucción y en la ejecución de las medidas no se podrá emplear la conciliación o la reparación hasta que no haya transcurrido el periodo de seguridad de cumplimiento de condena.

<sup>102</sup> POZUELO PÉREZ, Laura; “Delincuencia juvenil: distorsión mediática y realidad”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 21, 1er Semestre, 2013, 119. En este mismo sentido CARMONA SALGADO, Concepción; “Negativa influencia de algunos medios en las víctimas de delitos graves y en las políticas criminales inspiradoras de las reformas penales de los últimos tiempos”, en MUÑOZ CONDE, Francisco et al (Dir.) y NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel (Editor y Coord.); *Un derecho penal comprometido, Libro homenaje al Prof. Dr. GERARDO LANDROVE DÍAZ*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011; MARTIN OSTOS, José; “Jurisdicción penal de Menores...” (op. cit.), 154; BARQUIN SANZ Jesús y CANO PAÑOS Miguel Ángel “Justicia penal juvenil en España...” (op. cit.), 90.

<sup>103</sup> REDONDO ILLESCAS, Santiago; “Evaluación y tratamiento...” (op. cit.), 258.; Vid. SERRANO MAILLO, Alfonso; “Introducción...” (op.cit.), 192.

Finalmente señalar que con la reforma del Código Penal de 2015 también se ha afectado a la flexibilidad en la adopción de la medida o a sus posibilidades de suspensión o sustitución, por no adaptarse la LORPM, con la introducción de algunos tipos delictivos (por ejemplo cuando un menor comete un delito de autoa-doctrinamiento del artículo 575.2 del código penal, se le aplicará automáticamente una medida de internamiento en régimen cerrado, ex artículo 10.2 de la LORPM, cuando lo conveniente desde el punto de vista educativo sería utilizar una medida no privativa de libertad, como la libertad vigilada por las características del delito).

## 7. Conclusiones

La previsión y el uso de alternativas a la privación de la libertad es una cuestión de derechos del niño reconocido en la legislación internacional sobre justicia juvenil. En cuanto a esto, nuestro sistema de justicia penal juvenil se ajusta a los estándares internacionales, pues la LORPM, presidida por el principio del superior interés del menor, prevé mecanismos de flexibilización de la respuesta penal que colocan a la privación de libertad como el último recurso a emplear como solución a la delincuencia perpetrada por menores.

La finalidad de reeducación y reinserción de la menor proclamada en nuestra Constitución y en la LORPM reclaman posibilitar su consecución desde espacios distintos a la privación de libertad. Máxime cuando, de un lado, la realidad práctica pone de manifiesto que las medidas de privativas de libertad se ejecutan en condiciones que en ocasiones no son aptas para alcanzar el objetivo de la reeducación del menor y, de otro, cuando es sabido que los efectos negativos de la privación de libertad se hacen notar especialmente en los menores.

Por esas razones, acudir a los programas de justicia restaurativa es una excelente vía para lograr la reeducación del menor, quien, en todo caso, debe estar informado de cuáles son los derechos que le asisten y debe ser consciente de la trascendencia de las decisiones que va asumir en el proceso y en el desarrollo de las medidas alternativas. Por otra parte, el recurso a los instrumentos de justicia restaurativa no sólo favorece la reinserción del menor, sino que también está en línea con las teorías penales modernas que enfatizan la perspectiva de los derechos de las víctimas.

Es innegable que las reformas legislativas han cercenado la flexibilidad del juez y la del resto de operadores jurídicos en las posibilidades de empleo de la justicia restaurativa y de los mecanismos alternativos a la privación de libertad como se ha podido constatar con la introducción de criterios en la selección y aplicación de la medida previstos en el artículo 10 de la LORPM o con la inclusión de periodos de seguridad examinados en la ejecución de las medidas de internamiento. Lo anterior no es sino el reflejo en la justicia de menores de la deriva en que la que está inmer-



sa la política criminal contemporánea. Sin embargo, ello es especialmente grave cuando se proyecta sobre la delincuencia juvenil. Como demuestran los estudios penales y criminológicos, es necesario acercar el sistema a sus postulados primigenios y abandonar posturas influenciadas por el denominado populismo punitivo.

Una de las claves para incrementar el recurso a los mecanismos estudiados, es motivar a los operadores jurídicos con capacidad de decisión para que se decanten por las alternativas examinadas. Para ello, es determinante que éstos confíen en la eficacia y eficiencia de dichas instituciones, lo cual exige una base sólida empírica que demuestre los beneficios de las alternativas a la privación de libertad. A tal efecto, como señala el Libro Blanco del Consejo Europeo de Justicia Juvenil, es urgente solucionar las deficiencias que presentan los sistemas de recopilación de datos de numerosos estados europeos.

Igualmente llama poderosamente la atención el que el número de sentencias obtenidas con la conformidad del acusado sea muy superior al de soluciones extrajudiciales obtenidas pese a que ambas instituciones parten de un presupuesto común que es la admisión de hechos. Esta circunstancia es muy reveladora y debiera hacernos reflexionar acerca de si, en la práctica, verdaderamente apostamos por las soluciones extrajudiciales o nos decantamos por el proceso tradicional.

## Bibliografía

- AGNEW, Robert; *¿Why do criminals offend? A general theory of crime and delinquency*, Los Angeles, Editorial Roxbury Publishing Company, 2005.
- ÁLVAREZ RAMOS, Fernando; “Participación de la víctima en la justicia restaurativa juvenil” en *Cuadernos Penales José María Lidón*, Deusto Digital, núm. 9, 2013, 257-277.
- BARBERET, Rosemary, RECHEA ALBEROLA Cristina (et al); *Self- Reported Juvenile Delinquency in England and Wales, the Netherlands and Spain*, Helsinki, European Institute for Crime Prevention and Control, 2004.
- BARBERET, Rosemary; RECHEA ALBEROLA, Cristina; MONTAÑÉS RODRÍGUEZ, Juan; “Self-reported juvenile delinquency in Spain” en *Delinquent Behavior among young people in the Western World*, Nueva York, Kugler Publications, 1994, 238-266.
- BARONA VILAR, Silvia; *Mediación penal. Fundamento, fines y régimen jurídico*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2011.
- BARONA VILAR, Silvia; “Integración de la mediación en el moderno concepto de Access to Justice” en *InDret Revista para el análisis del derecho*, núm. 4, 2014, 1-29.
- BARONA VILAR, Silvia; “Mediación penal. Integración de la mediación en la justicia penal. Supuestos especiales” en (PARDO IRANZO Dir.) *La Mediación: algunas cuestiones de actualidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, 253-301.
- BARONA VILAR, Silvia; “Restorative Justice, víctima y mediación. Tres conceptos en nuevo paradigma de la entrópica penal” en (DE LUCAS Coord.) *Pensar el tiempo presente: homenaje al profesor Jesús Ballesteros Llompart*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, 53-78.

- BARQUIN SANZ Jesús. y CANO PAÑOS Miguel Ángel; “Justicia penal juvenil en España: una legislación a la altura de los tiempos” en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 18, 2006, 37-95.
- BERNUZ BENÉITEZ, María José; “La conciliación y la reparación en la L.O. 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Un recurso alternativo o complementario a la justicia de menores” en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 8, 2001, 263-294.
- CANO PAÑOS, Miguel Ángel; “Posibilidades de diversión por parte del Ministerio Fiscal en el Derecho penal juvenil alemán”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm.13, 2004, 213-268.
- CARMONA SALGADO, Concepción; “*Negativa influencia de algunos medios en las víctimas de delitos graves y en las políticas criminales inspiradoras de las reformas penales de los últimos tiempos*”, en MUÑOZ CONDE, Francisco et al (Dir.) y NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel. (Editor y Coord.); *Un Derecho Penal comprometido, Libro homenaje al Prof. Dr. GERARDO LANDROVE DÍAZ*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, 197-219.
- CERVELLÓ DONDERIS, María Vicenta; “Los principios penales como criterio regulador en la selección de delitos mediables” en (DOMINGO DE LA FUENTE coord.) *Una mirada hacia la justicia Restaurativa. Recuperando el derecho perdido. Criminología y justicia*, núm.4, 2012, 35-44.
- COLÁS TURÉGANO, María Asunción; *Derecho Penal de Menores*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.
- COLÁS TURÉGANO, María Asunción; “Mediación juvenil: el equilibrio entre la reparación a la víctima y el interés superior del menor” en (MONTESINOS GARCÍA coord.) *Tratado de mediación*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, 109-134.
- COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio; “Derechos de la víctima y mediación penal con menores infractores: ¿Un nuevo marco tras el estatuto de la víctima? en (BARONA VILAR, Silvia editora) *Mediación, arbitraje y jurisdicción en el actual paradigma de justicia*, Navarra, Aranzadi, 2016, 233-250.
- CORTINA ORTS, Adela; *¿Para qué sirve realmente la ética?* Barcelona, Editorial Paidós, 2013.
- CUERDA ARNAU, María Luisa y HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Antonio; *Menores y redes sociales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.
- DAPENA, José y MARTÍN, Jaime; “La mediación penal en Cataluña, España”, Barcelona, Dirección General de Medidas Penales Alternativas y de Justicia Juvenil, 1998, en <http://restorativejustice.org/10fulltext/dapena.pdf>
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis; “El enjuiciamiento de menores y jóvenes infractores en España” ,en *Revista Electrónica de la Asociación Internacional de Derecho Penal*, núm. 3, 2006, A03:1-24.
- DE LA ROSA CORTINA, José Miguel; *Los principios del derecho procesal penal de menores: instrumentos internacionales, doctrina de la fiscalía general del estado y jurisprudencia*, Madrid, Centro de Estudios Jurídicos, 2017.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis; “El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana” en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 6-03, 2004, 03:1-34.
- DI PAOLO, Gabriella; “La giustizia riparativa nel procedimento penale minorile”, en *Diritto Penale Contemporaneo*, Milan, Università degli Studi Milano, 16 enero 2019, 1-11.

- DOLZ LAGO, Manuel Jesús.; *Comentarios a la legislación penal de menores*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2007.
- DUNKEL, Frieder (et. al.); *Juvenile Justice Systems in Europe: Current Situation and Reform Developments*, Munich, Mönchengladbach: Forum Verlag Godesberg, 2011.
- DUNKEL, Frieder; “Juvenile Justice in Europe” en PAROSANU, Andrea (et al) *Alternatives To Custody For Young Offenders: And The Influence Of Foster Care In European Juvenile Justice*, 2012, Bruselas, International Juvenile Justice Observatory, 7-25.
- DUNKEL, Frieder; “Restorative Justice in Juvenile and Adult Criminal Law: European Comparative Aspects” en FORNASARI, Gabriele y MATTEVI, Elena (Coord.); *Giustizia riparativa. Responsabilità, partecipazioni, riparazione*, Trento, Università degli Studi di Trento. Facoltà di Giurisprudenza, 2019, 49-142.
- ESCORIHUELA GALLÉN, Carlos Vicente; “*El Ministerio Fiscal y la Responsabilidad Penal de los Menores (Aplicación práctica del Principio de Oportunidad en la fase instructora)*”, Tesis Doctoral, Universidad Jaume I, 2016.
- FARRINGTON, David; “Human Development and Criminal Careers”, en *The Oxford Handbook of Criminology*, Nueva York, Oxford University Press, 2002, 223-244.
- FARRINGTON, David (et al.); “Young Adult Offenders The Need for More Effective Legislative Options and Justice Processing”, *Criminology & Public Policy*, Vol. 11, núm. 4, 2012, 729-750.
- FERREIRÓS MARCOS, Carlos Eloy; *La mediación en el derecho penal de menores*, Madrid, Dykinson, 2011.
- FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO; *Circular 1/2000, de 18 de diciembre, relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, por la que se regula la responsabilidad penal de los menores*, Madrid, Fiscalía General del Estado, 2000.
- FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO; *Circular 1/2007, de 23 de noviembre, sobre criterios interpretativos tras la reforma de la legislación penal de menores de 2006*, Madrid, Fiscalía General del Estado, 2007.
- FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO; *Circular 3/2013, de 23 de julio, sobre criterios de aplicación de las medidas de internamiento terapéutico en el sistema de justicia juvenil*, Madrid, Fiscalía General del Estado, 2013.
- FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO; *Dictamen 4/2012 sobre el cómputo del plazo de ejecución de la suspensión de la ejecución de las medidas privativas de libertad del art. 40 LORPM*, Madrid, Fiscalía General del Estado, 2012.
- FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO; *Memorias 2000 a 2019*, Madrid, Centro de Estudios Jurídicos. Ministerio de Justicia. Fiscalía General del Estado, 2019-2000.
- FONDAROLI, Desiree; *Illecito penale e riparazione del danno*, Milán, Giuffrè, 1999.
- FORNASARI, Gabriele. y MATTEVI, Elena (Coord.); *Giustizia riparativa. Responsabilità, partecipazioni, riparazione*, Trento, Università degli Studi di Trento. Facoltà di Giurisprudenza, 2019.
- FRANCES LECUMBERRI, Paz; “El principio de oportunidad y la justicia restaurativa” en *InDret Revista para el análisis del derecho*, núm. 4, 2012, 4:1-43.
- GERMAN MANCEBO, Isabel y OCARIZ PASSEVANT, Estefanía; “Menores infractores/menores víctimas: hacia la ruptura del círculo victimal”, en *EGUZKILORE*, núm. 26, 2009, 287-300.
- GIL GIL, Alicia, “El sistema penal en cifras” en *Consecuencias jurídicas del delito. Regulación y datos de la respuesta a la infracción penal en España*, Madrid, Dikynson, 2018, 525-548.

- GIMÉNEZ-SALINAS COLOMER, Esther; “La mediación en el sistema de justicia juvenil: una visión desde el Derecho comparado”, en *EGUZKILORE*, núm. 10, 1996, 53-81.
- GIMÉNEZ-SALINAS COLOMER, Esther y GRAUPERA GARCIA-MILÁ, Jordi; “Nuevos jóvenes, nuevas formas de violencia”, en *EGUZKILORE*, núm. 20, 2006, 23-39.
- GÓMEZ RIVERO, María Carmen; *Comentarios a la ley penal del menor*, Madrid, Iustel, 2007.
- IGARTUA LARAUDOGOITIA, Idoia. (et al); *Evaluación del coste de la justicia restaurativa integrando indicadores cuantitativos y cualitativos: el caso de la mediación penal aplicada a las infracciones de menor gravedad* (Álava, 2013), Vitoria, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, 2015.
- JUNGER TAS, Josine; *Delinquent Behavior among young people in the Western World*, Nueva York, Kugler Publications, 1994.
- KILKELLY, Ursula (et al); *Alternatives to detention for juvenile offenders. Manual of good practices in Europe*, Bruselas, International Juvenile Justice Observatory, 2016.
- HERRERO HERRERO, César; *Delincuencia de menores. Tratamiento criminológico y jurídico*, Madrid, Dykinson, 2005.
- LATIMER, Jeff; “The Effectiveness of Restorative Justice Practices: a meta-analysis”, *The Prison Journal*, Vol. 85, núm. 2, 2005, 127-144.
- LIEBMANN, Marian; *Restorative Justice. How it Works*, Londres, Jessica Kingsley Publishers, 2007.
- LOUGHRAN, Edward J., GUARINO-GHEZZI, Susan; *Balancing Juvenile Justice*, New Jersey, Transaction Publishers, 1996.
- MARSHALL, Tony; “The evolution of restorative justice in Britain”, *European Journal on Criminal Policy and Research*, Vol. 4, núm. 4, 1996, 21-43.
- MARTÍNEZ PARDO, V.; *La ejecución de las medidas en el proceso de menores*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.
- MATTEVI, Elena; *Una Giustizia più riparativa. Mediazione e riparazione in materia penale*, Trento, Collana della Facoltà di Giurisprudenza, núm. 14, Università degli Studi di Trento, 2017.
- MAXWELL, Gabrielle.; *Restorative Justice for Juveniles. Conferencing, Mediation & Circles*, Portland, Hart Publishing, 2002.
- MINISTERIO DEL INTERIOR DE ESPAÑA; *Anuario Estadístico del Ministerio del Interior*, 2017, Madrid, Catálogo de Publicaciones de la Administración General del Estado, 2018.
- MOFITT, Terrie Edith; “Adolescence-Limited and Life-Course-Persistent Antisocial Behavior: A Developmental Taxonomy” en *Psychological Review*, Vol. 100, núm. 4, 1993, 674-701.
- MOORE, Marianne; *The European Council for Juvenile Justice White Paper: Save Money, Protect Society and Realise Youth Potential*, Bruselas, International Juvenile Justice Observatory, 2013.
- MULVEY, Edward. P. (et al.); “Theory and research on desistance from antisocial activity among serious adolescent offenders”, *Youth Violence and Juvenile Justice*, Vol. 2 (3), 2004. DOI:10.1177/1541204004265864.
- NISTAL BURÓN, Javier; “El cumplimiento en Centros penitenciarios de la medida de internamiento impuesta a los menores infractores al alcanzar la mayoría de edad: problemática jurídica”, en *La Ley*, núm. 1, 2007, 1852-1862.

- OCARIZ PASSEVANT, Estefanía; “Evaluación de la mediación penal en Justicia Juvenil e impacto en la reincidencia” en *International e-Journal of Criminal Science*, núm. 7, 2013, 3:1-33.
- OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO, *Manual sobre programas de justicia restaurativa*, New York, United Nations, 2006.
- PALI, Brunilda (et al.); *Practical Guide Implementing Restorative Justice with Children*, Bruselas, International Juvenile Justice Observatory, 2018.
- PÉREZ MACHÍO, Ana Isabel; *El tratamiento jurídico-penal de los menores infractores - LO 8/2006- (Aspectos de Derecho comparado y especial consideración del menor infractor inmigrante)*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2007.
- PERIAGO MORANT, Juan José; *La ejecución de la medida de internamiento de menores infractores*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2017.
- POZUELO PEREZ, Laura; “Delincuencia juvenil: distorsión mediática y realidad”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 21, 1er Semestre, 2013, 117-156.
- PRIOR, David (et al.); *Maturity, young adults and criminal justice: A literature review*, Birmingham University, Institute of Applied Social Studies School of Social Policy, 2011.
- REDONDO ILLESCAS, Santiago; *Evaluación y tratamiento de delincuentes. Jóvenes y adultos*, Madrid, Editorial Pirámide, 2017.
- REGOLI, Robert M. y HEWITT, John D.; *Delinquency in society*, Nueva York, Mc Graw Hill, 2006.
- RÍOS MARTÍN, Julián Carlos; “Justicia restaurativa y mediación penal”, *Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, núm. 98, 2016, 103-126.
- ROXIN, Claus; *Derecho Penal. Parte General. Tomo I*, Madrid, Civitas, 1997.
- SÁEZ VALCARCEL, Ramón (et al); *La mediación penal dentro del proceso. Análisis de situación. Propuestas de regulación y autorregulación. Protocolos de evaluación. Documento ideológico: análisis desde la perspectiva de la política criminal y del derecho a la tutela judicial efectiva*, Madrid, CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, 2010.
- SANZ DELGADO, Enrique; “El trabajo penitenciario y el principio de flexibilidad” en *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat* (GARCIA- VALDÉS, Carlos, Coord.et al), Vol. II, Madrid, Edisofer, 2008, 2405-2426.
- SERRANO MAILLO, Alfonso; *Introducción a la Criminología*, Madrid, Editorial Dykinson, 2009.
- SHERMAN, Lawrence.W. (et al.); “Are Restorative Justice Conferences Effective in Reducing Repeat Offending? Findings from a Campbell Systematic Review”, *Journal of Quantitative Criminology*, Vol.31, núm. 1, 2015, 1-24. DOI:10.1007/s10940-014-9222-9
- STEINBERG, Laurence y MONAHAN, Kathryn C.; “Age Differences in Resistance to Peer Influence”, *Developmental Psychology*, Vol. 43, núm. 6, 2007, 1531-1543.
- STEINBERG, Laurence y SCOTT, Elizabeth S.; “Less Guilty by Reason of Adolescence, Developmental Immaturity, Diminished Responsibility”, and the Juvenile Death Penalty, *American Psychologist*, Vol. 58, núm. 12, 2003, 1009-1018.
- SUZUKY, Masahiro.; “Is restorative justice conferencing appropriate for youth offenders?”, *Criminology & Criminal Justice*, Vol. 18, núm. 4, 2018, 450-467.
- TAMARIT SUMALLA, José María; “El nuevo derecho penal de menores: ¿creación de un sistema penal del menor?”, en *Revista Penal*, núm. 8, 2001, 71-89.

- TAMARIT SUMALLA, José María; "Justicia reparadora: ¿Una justicia para la víctima?", *Manual de Victimología*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, 439-462.
- TAMARIT SUMALLA, José María; "La justicia reparadora en el sistema penal de menores" en (SOLA RECHE, Esteban Coord.) *Derecho Penal y psicología del menor*, Granada, Comares, 2007, 137-168.
- VARONA MARTINEZ, Gema; *Justicia restaurativa desde la Criminología: mapas para un viaje inicial*, Madrid, Dykinson, 2018.
- VIVES ANTÓN, Tomás Salvador; "Constitución y derecho penal de menores" en *La libertad como pretexto*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1995.
- VIVES ANTÓN, Tomas Salvador; "La dignidad de la persona", en *El País*, 30 de enero de 2015.
- ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, Rafael; "Los círculos restaurativos como complemento de la justicia", *Revista Penal*, núm. 39, 2017, 200-215.