

UNIVERSITAT DE VALÈNCIA
INSTITUT UNIVERSITARI DE DRETS HUMANS

Código 3013 PROGRAMA DE DOCTORADO
DERECHOS HUMANOS, DEMOCRACIA Y JUSTICIA INTERNACIONAL

TESIS DOCTORAL

RD 1393/2007



Derechos humanos y menores infractores reincidentes:

Un estudio comparado entre España y Alemania

Presentada por:

Lorena Menes Corrales

Dirigida por:

Prof. Dra. Maria Asunción Colás Turégano

Prof. Dr. Manfred Liebel

Mayo, 2017

AGRADECIMIENTOS

A la Profesora Titular Dra. María Asunción Colás Turégano del Departamento de Derecho penal y miembro del Instituto de Derechos Humanos de la Universitat de València, por aceptar que esta tesis doctoral se desarrollara bajo su dirección, así como por el apoyo y la dedicación que siempre me ha brindado en el transcurso de este trabajo de investigación. Sus valiosas sugerencias y consejos siempre han sido de gran utilidad, al igual que el interés mostrado en todo momento.

Al Profesor Dr. Manfred Liebel, Director del Máster de Derechos del Niño de la Freie Universität Berlin, por la orientación y la atención prestada a mis consultas. Así como por la cooperación que me ha brindado siempre, sobre todo en el Capítulo III correspondiente al Principio del interés superior del menor.

Al Profesor Dr. Stefan Harrendorf, Director del Departamento de Criminología, Derecho penal y Ciencias penales comparadas de la Universidad Ernst-Moritz-Arndt de Greifswald (Alemania), por su interés en mi trabajo y su apoyo científico y asesoramiento desde una perspectiva criminológica en relación al menor infractor reincidente en el sistema de justicia penal alemán.

Al Catedrático Dr. Frieder Dünkel del Departamento de Criminología, Derecho penal y Ciencias penales comparadas de la Universidad Ernst-Moritz-Arndt de la Universidad de Greifswald (Alemania), le agradezco especialmente nuestra conversación y su plena disposición en todo momento. Del mismo modo, le doy gracias por la variada bibliografía que me aportó.

Al comisario jefe Andreas Kaminski de la policía berlinesa (Polizeidirektion 6 Dir 6 k 32 TOE) y al detective jefe Oliver Heide del Senado del Interior y Deportes de la Comisión estatal contra la violencia en Berlín y portavoz de la policía de Berlín (Alemania), quiero darles gracias por su disposición sincera en todo momento, y por la información y documentación aportada respecto al programa *TOE* y a los menores «*Intensiv-und Mehrfachtäter*» en Berlín.

Al Dr. Albrecht Lüter y a Sabine Behn de Camino–Werkstatt für Fortbildung, Praxisbegleitung und Forschung im sozialen Bereich gGmbH (Alemania) que me atendieron siempre muy amablemente, respondiendo a mis preguntas y dándome las fuentes y los documentos necesarios en relación a los programas preventivos de reincidencia juvenil en Berlín.

A Don Pedro José López Ferri, Subdirector de la Colonia San Vicente Ferrer de Valencia, trabajador social, sociólogo, educador social y Profesor asociado de Sociología de la Educación de la Universitat de València, quiero especialmente darle las gracias por su inestimable ayuda. Por las veces que me ha recibido y la documentación que me ha facilitado en relación a la reincidencia de menores en la Comunitat Valenciana y en la ciudad de Valencia.

A Don Luis Martínez Curto inspector de la Policía Nacional adscrita a la Comunitat Valenciana, por su ayuda al facilitarme la visión policial sobre la problemática de los menores reincidentes en la Comunitat Valenciana.

A Don Miguel Álvaro Rodríguez Fernández, comisario y jefe de la Unidad del Cuerpo Nacional de Policía adscrita a la Comunitat Valenciana por su ayuda al facilitarme diversos contactos.

A mis amigos de Berlín: Undine, Iva, Trixi, Nora, Fanny, Linda, Vicky, Mandy, Steffi y a mis amigos españoles: Clara, Lucia, Esther, Victor, Rosa, Livia, Maria Jesús, Noelia, Romina, María, Berta, Vanessa, Osita María Jesús, Oliver, Elena, Cris, Mireia, Luz, Ricardo y Los Puchis, les agradezco de todo corazón su paciencia y apoyo, que siempre estuvieron a mi lado y me han animado a continuar. Especialmente, a la Dra. Clara Blasco Igual que me asesoró y revisó un Capítulo de este trabajo, por darme un espacio en su casa y prestarme ese apoyo tan necesario desde que la conocí. A Lucia por estar siempre a mi lado incondicionalmente, en lo bueno y lo malo y por ser tan buena amiga. A Rosa por sus aportaciones, correcciones y por sacar siempre tiempo para mi. A Noelia y Jose por su ayuda con la grabación de la tesis y formato. Todos mis amigos me han acompañado en algún momento de este proceso y solo tengo palabras de agradecimiento hacia ellos. Os quiero.

A mis compañeros y amigos criminólogos Fernando, Santiago, Albert, Amor y al Dr. César Augusto Giner Alegría por ayudarme y aconsejarme en todas mis consultas, al igual que acompañarme en esta última etapa de la escritura. Especialmente, a Fernando Luis Gramaje por sus sugerencias y valiosos consejos en un Capítulo de este trabajo y por ser mi otra pata en el equipo docente, no sé que haría sin ti. Al Dr. Santiago Leganés por sus aportaciones sobre literatura especializada y el interés mostrado en todo momento. A Albert Clemente por su vasto conocimiento, su valía como criminólogo especializado y su gentileza al darme su visión en un Capítulo, a pesar de ser de otra *corriente doctrinal*. A la Dra. Amor Espino, por darme la oportunidad más valiosa de mi vida en el plano laboral, por sus buenas palabras y su disposición para escuchar y ayudar. Al Dr. Cesar Augusto Giner Alegría por facilitarme un contacto y por su buen hacer.

A Undine por su ayuda en la corrección del alemán y estar siempre pendiente de ayudarme con el idioma, y a Inés, Silvia, Livia, Pau, Scott y Carla por la ayuda en la corrección de la traducción en inglés. Sin vosotros no hubiera podido acabar este trabajo.

Por supuesto, gracias a mi familia, padres y hermana por estar a mi lado y acompañarme en todos estos años, cuidándome y queriéndome.

A mi prima Silvia, por ser tan especial y estar siempre ahí. Asturias en el corazón.

Y por último y no menos importante, a Ljubiša, que ha tenido siempre durante todo este recorrido una gran comprensión y paciencia conmigo. Sabiendo motivarme adecuadamente en los momentos más bajos, para recuperar esa confianza perdida. Gracias por estar a mi lado Bubi y ayudarme con el layout y el formato de la tesis. Por estar cerca de mi en esa ciudad oscura.

DANKSAGUNG

Ich danke meiner Doktormutter, Frau Prof. Dr. Maria Asunción Colás Turégano, Leiterin des Lehrstuhls für Strafrecht der Juristischen Fakultät der Universität Valencia und Mitglied des Institutes für Menschenrechte in Spanien, für das Vertrauen, die Hilfe und die Betreuung dieser Arbeit. Ihre wertvollen Anregungen und Ratschläge, sowie die produktive wissenschaftliche Zusammenarbeit haben wesentlich zur Fertigstellung dieser Arbeit beigetragen. Auch für die mühevollen Arbeit des Korrekturlesens möchte ich mich herzlich bedanken.

Herrn Professor Dr. Manfred Liebel, ehemaliger Leiter der M.A. Childhood Studies and Children's Rights der Freien Universität Berlin (Deutschland) danke ich für die wissenschaftliche Betreuung dieser Arbeit als Zweitgutachter und besonders für die wertvollen Diskussionen zum Kapitel III „das Prinzip des besten Interesses des Kindes“.

Mein ganz besonderer Dank gilt Herrn Professor Dr. Stefan Harrendorf, Lehrstuhl für Kriminologie, Strafrecht, Strafprozessrecht und vergleichende Strafrechtswissenschaften der Ernst-Moritz-Arndt Universität Greifswald (Deutschland), für die fortwährende Unterstützung und die hilfreichen kriminologischen Diskussionen zum Thema rückfällige Jugendliche aus einer komparativen Perspektive.

Herrn Professor em. Dr. Frieder Dünkel, ehemaliger Professor am Lehrstuhl für Kriminologie, Strafrecht, Strafprozessrecht und vergleichende Strafrechtswissenschaften der Ernst-Moritz-Arndt Universität Greifswald (Deutschland) danke ich ganz herzlich für die hilfreichen Gespräche und die harmonische und fröhliche Stimmung, sowie für die Bereitstellung relevanter Literatur. Mein größter Dank gilt seiner Zusage als Mitglied der Prüfungskommission an meiner Disputation in Valencia teilzunehmen. Dies ist mir eine große Ehre.

Bei Herrn Andreas Kaminski, Kommissariatsleiter bei der Polizei in Berlin (Polizeidirektion 6, Dir 6 K32 TOE) und Herrn Oliver Heide, Kriminalhauptkommissar bei der Senatsverwaltung für Inneres und Sport der Landeskommission Berlin gegen Gewalt, Referent der Polizei Berlin (Deutschland), will ich mich ganz besonders für die jederzeit tatkräftige Hilfe und das herzliche Entgegenkommen bedanken. Ein besonderer Dank gilt beiden, ohne deren

Unterstützung die Informationsbeschaffung zu Intensiv- und Mehrfachtäter und dem Programm TOE in Berlin nicht möglich gewesen wäre.

Herr Doktor Albrecht Lüter und Frau Sabine Behn, von Camino – Werkstatt für Fortbildung, Praxisbegleitung und Forschung im sozialen Bereich gGmbH (Deutschland), beantworteten mir mehrfach hilfreich Fragen und stellten mir hilfreiche und notwendige Quellen und Dokumente über Gewaltpräventionsprojekte in Berlin zur Verfügung. Hierfür möchte ich mich herzlich bedanken.

Herr Pedro José López Ferri, stellvertretender Direktor von Colonia San Vicente Ferrer Valencia, Sozialarbeiter, Soziologe, Sozialerzieher und Professor für Bildung und Soziologie der Universität Valencia (Spanien) danke ich für jedwede Unterstützung und den großen Beistand, den er jederzeit zu geben bereit war. Ich bedanke mich besonders für die Durchführung der Datenerhebung der Jugendrückfälligkeit in Colonia San Vicente Ferrer in Valencia.

Herr Luis Martínez Curto, Inspektor der Polizei in Valencia (Spanien) hat mir freundlicherweise polizeiliche Informationen zur Verfügung gestellt. Diese, sowie seine Kenntnisse in der Jugendarbeit haben zum guten Gelingen dieser Arbeit beigetragen.

Bei Herrn Miguel Álvaro Rodríguez Fernández, Kommissar und Referatsleiter der Polizei von Valencia (Spanien) möchte ich mich für die Hilfe bei der Knüpfung neuer Kontakte bedanken.

Meinen Kriminologie-Kollegen und Freunde Fernando, Santiago, Albert, Amor und César danke ich für die Hilfe und für die Unterstützung. Bei meinem Freund Fernando möchte ich mich für das sorgfältige Korrekturlesen des ersten Kapitels bedanken. Bei meinem Freund Santiago möchte ich mich für die Literatur bedanken und bei meinem Freund Albert möchte ich mich für die große Hilfe bei allen methodischen und Literaturfragen bedanken.

Meinen deutschen Freunden Undine, Iva, Trixi, Nora, Fanny, Linda, Steffi, Mandy, Vicky und meinen spanischen Freunden Clara, Lucia, Esther, Victor, Rosa, Livia, Maria Jesús, Mireia, Romina, Noelia, Maria, Berta, Vanessa, Maria Jesús, Osita, Oliver, Elena, Cris, Ricardo y Los Puchis danke ich aus ganzem Herzen für alles. Ich danke für die Ausdauer, Ruhe und Geduld, womit sie mir stets zur Seite standen und mich immer wieder aufgemuntert haben. Ich möchte

meiner Freundin Dr. Clara Blasco ganz herzlich für die Korrekturlesung des Kapitels III danken. Zusammen mit meiner Freundin Lucia wussten sie mich in den richtigen Momenten zu motivieren, waren für mich da und haben immer an mich geglaubt.

Vielen Dank Undine für die Hilfe beim Übersetzen ins Deutsche. Vielen Dank Inés, Silvia, Pau, Scott, Livia und Carla für die Hilfe beim Übersetzen ins Englische. Eure Hilfe war wirklich wichtig für meine Arbeit.

Ganz besonders danke ich natürlich meiner Familie für die uneingeschränkte und vielseitige Unterstützung während meines Studiums.

Meiner Cousine Silvia danke ich, weil du so besonders bist und immer für mich da warst.

Ich danke meinem Freund Ljubiša, der meiner Arbeit viel Verständnis und Geduld entgegenbrachte und verstand mich in den richtigen Momenten zu motivieren und mir Mut zu machen. Er war immer an meiner Seite und hat mir außerdem beim Layouten und Formatieren geholfen. Die zahlreichen Korrekturen und Übersetzungen waren Gold wert. Himalaya für immer.

TABLA DE CONTENIDO

ÍNDICE

ABREVIATURAS UTILIZADAS

LISTA DE TABLAS, FIGURAS Y GRÁFICOS

INTRODUCCIÓN

INTRODUCTION

CAPÍTULOS I-V

CONCLUSIONES

CONCLUSIONS

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÍNDICE

ÍNDICE	10
ABREVIATURAS UTILIZADAS	18
LISTA DE TABLAS, FIGURAS Y GRÁFICOS	22
INTRODUCCIÓN.....	24
INTRODUCTION.....	31
CAPÍTULO I. EL MENOR DE EDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO	37
1. Introducción.....	37
2. Aproximación al concepto de menor de edad	38
2.1. Minoría de edad en el ámbito civil.....	40
2.2. Minoría de edad en el ámbito constitucional	41
2.3. Minoría de edad en el ámbito penal	42
2.4. Minoría de edad en el ámbito social	45
3. Tratamiento y protección jurídica del menor de edad	46
3.1. En la legislación internacional	48
3.1.1. Consideraciones introductorias	48
3.1.2. Instrumentos jurídicos internacionales	49
3.2. En la legislación europea	53
3.2.1. Consideraciones introductorias	53
3.2.2. Instrumentos jurídicos europeos	56
3.3. En la legislación española	61
3.3.1. La protección del menor en la Constitución española.....	62
3.3.2. La protección jurídica del menor en la LO 1/1996	64
3.3.2.1. <i>Reformas del sistema de protección a la infancia y a la</i> <i>adolescencia</i>	66

3.3.2.2. <i>Novedades significativas en materia de menores con problemas de conducta y en relación a la creación del Registro Central de delincuentes sexuales</i>	70
3.3.3. La protección penal del menor infractor en la LORRPM	74
3.4. En la legislación alemana.....	78
3.4.1. La protección del menor en la Ley fundamental de Bonn.....	78
3.4.2. La protección del menor en las Constituciones de los «Länder».....	80
3.4.3. La protección del menor en el ámbito de los servicios sociales	83
3.4.4. La protección del menor en situación de riesgo. Tratamiento legislativo del menor en lugares públicos y ante los medios de comunicación	85
3.4.5. La protección penal del menor en la <i>JGG</i>	87
4. Excurso: La edad como componente discriminatorio	89
4.1. Consideraciones generales previas.....	89
4.2. Tipos de discriminación	92
4.3. Aspectos generales del marco legislativo de la lucha contra la discriminación	94
4.4. Discriminación por razón de edad en el ordenamiento jurídico	97
4.4.1. En el ámbito internacional. Especial atención a la CDN.....	98
4.4.2. En el ámbito regional europeo	100
4.4.2.1. <i>Instrumentos internacionales</i>	100
4.4.2.2. <i>Análisis jurisprudencial</i>	104
4.4.3. En el ámbito europeo	106
4.4.3.1. <i>Especial mención a Alemania</i>	107
4.4.3.2. <i>Especial mención a España</i>	110
4.5. Reflexiones sobre la edad como factor de discriminación en la normativa y en el ámbito institucional. Especial mención al menor infractor.....	113
4.6. Posibles prácticas discriminatorias sobre el menor de edad reincidente	117
5. Valoraciones finales	122

CAPÍTULO II. EL MENOR INFRACTOR EN EL SISTEMA JUDICIAL	
JUVENIL	124
1. Introducción.....	124
2. Adolescencia y delincuencia	128
2.1. Conceptualización del menor delincuente	130
2.2. Relación entre edad y delincuencia.....	131
2.3. El menor infractor: Teorías criminológicas	134
2.3.1. Teorías neurobiológicas	135
2.3.2. Teorías del desistimiento.....	136
2.3.3. Teorías de la criminología del desarrollo.....	137
2.3.4. Teorías de la criminología positiva	139
2.3.5. Teorías económicas	140
2.4. El concepto de menor infractor	142
2.4.1. La edad de la responsabilidad penal en el menor infractor	144
2.4.2. El menor infractor y los medios de comunicación	146
3. Normativa internacional en materia de justicia penal juvenil	148
3.1. Sistemas de protección de las Naciones Unidas en materia de justicia de menores y prevención del delito	151
3.1.1. Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia de los menores (Reglas de Beijing)	151
3.1.2. Directrices para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad)	155
3.1.3. Reglas para la protección de los menores privados de libertad (Reglas de la Habana)	158
3.2. Normativa comunitaria en materia de delincuencia y justicia juvenil	159
3.2.1. Recomendación (87)20, de 17 de septiembre de 1987, sobre reacciones sociales ante la delincuencia juvenil.....	161

3.2.2. Recomendación (2000)20, de 6 de octubre de 2000, sobre el papel de una intervención psicosocial temprana para prevenir la criminalidad	163
3.2.3. Recomendación (2003)20, de 24 de septiembre de 2003, relativa a las nuevas formas de tratamiento para la delincuencia juvenil y la función de la justicia juvenil.....	164
3.2.4. Recomendación (2008)11, de 5 de noviembre de 2008, Reglas europeas para infractores menores de edad sometidos a sanciones o medidas	166
4. La regulación de la figura del menor en el ámbito penal	169
4.1. El ordenamiento penal español en relación al menor infractor.....	172
4.1.1. Consideraciones históricas previas.....	172
4.1.2. Mayoría de edad y madurez del menor	175
4.1.3. La LO 5/2000, de 15 de enero, de responsabilidad penal de los menores ...	178
4.1.3.1. <i>Introducción</i>	178
4.1.3.2. <i>Imputabilidad</i>	180
4.1.3.3. <i>Imputabilidad y reincidencia</i>	185
4.1.3.4. <i>Principios de la LORRPM</i>	188
4.1.3.5. <i>Medidas de la LORRPM</i>	191
4.1.4. Reformas de la LORRPM	195
4.1.4.1. <i>Consideraciones previas</i>	195
4.1.4.2. <i>Reformas en la legislación del menor</i>	196
4.1.4.3. <i>El Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio</i>	200
4.2. El ordenamiento penal alemán en relación al menor infractor	201
4.2.1. Consideraciones históricas previas.....	201
4.2.2. Mayoría de edad y madurez del menor	204
4.2.3. <i>Jugendgerichtsgesetz (JGG)</i> , de 4 de agosto de 1953.....	207
4.2.3.1. <i>Introducción</i>	207
4.2.3.2. <i>Imputabilidad</i>	209

4.2.3.3. <i>Imputabilidad y variables psicopatológicas</i>	212
4.2.3.4. <i>Principios de la JGG</i>	213
4.2.3.5. <i>Medidas de la JGG</i>	215
4.2.4. <i>Reformas de la JGG</i>	218
4.2.4.1. <i>Consideraciones previas</i>	218
4.2.4.2. <i>Reformas de JGG</i>	219
4.3. <i>Diferencias y similitudes entre la LORRPM y la JGG</i>	222
5. <i>Valoraciones finales</i>	225
CAPÍTULO III. EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR	226
1. <i>Introducción</i>	226
2. <i>¿Qué es el interés superior del menor?</i>	228
2.1. <i>Interpretación doctrinal en España</i>	228
2.2. <i>Interpretación doctrinal en Alemania</i>	230
2.3. <i>Niveles de concreción del interés del menor</i>	232
3. <i>El interés superior del menor en la legislación</i>	235
3.1. <i>Consideraciones previas</i>	235
3.2. <i>El interés superior del menor en el ámbito internacional</i>	235
3.2.1. <i>El interés superior del menor infractor en la CDN</i>	239
3.2.2. <i>El interés del menor en el ámbito europeo</i>	242
3.3. <i>El interés superior del menor en el Derecho español</i>	244
3.3.1. <i>El interés superior del menor como principio rector en la LORRPM</i>	249
3.3.2. <i>Un apunte sobre el principio de oportunidad atendiendo al interés superior del menor</i>	256
3.4. <i>El interés superior del menor en el Derecho alemán</i>	263
4. <i>El interés superior del menor en la jurisprudencia</i>	268
4.1. <i>En la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos</i>	268
4.2. <i>En la jurisprudencia española</i>	275

4.3. En la jurisprudencia alemana	283
5. Consideraciones sobre el principio del interés superior del menor, los antecedentes penales y la reincidencia en la jurisdicción de menores	288
6. Valoraciones finales	299
CAPÍTULO IV. EL MENOR INFRACTOR REINCIDENTE.....	301
1. Introducción.....	301
2. Observaciones iniciales sobre el fenómeno de la reincidencia	303
2.1. La recaída en el delito. Diferenciación respecto de otros conceptos: <i>Multirreincidencia, habitualidad y profesionalidad.</i>	305
2.2. El concepto de la reincidencia en el ámbito penal	313
2.2.1. Regulación y consideraciones sobre la reincidencia en el Código Penal español.....	314
2.2.2. Regulación y consideraciones sobre la reincidencia en la LORRPM.....	317
2.2.3. Regulación y consideraciones sobre la reincidencia en el Código penal alemán.....	321
2.2.3.1. <i>Posiciones doctrinales</i>	323
2.2.3.2. <i>La custodia de seguridad y el delincuente reincidente peligroso</i>	325
2.2.4. Regulación y consideraciones sobre la reincidencia en la <i>JGG</i>	328
2.3. La reincidencia en el ámbito criminológico.....	332
2.3.1. Variables asociadas a la conducta delictiva y reincidencia.....	336
2.3.1.1. <i>Variables individuales</i>	337
2.3.1.2. <i>Variables sociales</i>	342
2.3.1.3. <i>Variables comunitarias</i>	348
3. La investigación sobre la reincidencia: estudio de la cuestión.....	350
3.1. Estudios de datos documentales: El meta-análisis.....	353
3.2. Estudios propios de reincidencia en España	356
3.3. Estudios propios de reincidencia en Alemania	360

4. La estadística como indicadora de las cifras de la reincidencia	363
4.1. Las estadísticas policiales	367
4.1.1. La estadística policial en el ámbito internacional	367
4.1.2. La estadística policial en España.....	370
4.1.3. La estadística policial en Alemania.....	380
4.1.3.1. <i>Categoría policial de menor reincidente en Berlín.</i> «Intensivtäter» (infractor de intensidad).....	393
4.1.3.2. <i>Categoría policial de menor reincidente en Berlín.</i> «Kiezorientierte Mehrfachtäter» (infractor múltiple orientado al barrio/ vecindario).....	399
4.1.4. Cuestiones relacionadas con las estadísticas policiales en España y Alemania.....	401
4.2. La estadística judicial.....	404
4.2.1. La estadística judicial en España.....	406
4.2.2. La estadística judicial en Alemania.....	416
4.2.3. Cuestiones relacionadas con las estadísticas judiciales en ambos países.....	424
4.3. La estadística penitenciaria	426
4.3.1. Las estadísticas penitenciarias y de medidas en centros de menores en España.....	428
4.3.2. La estadística penitenciaria en Alemania	433
4.3.3. Cuestiones relacionadas con las estadísticas penitenciarias en ambos países	443
5. La cifra negra de la reincidencia en España y Alemania	444
5.1. La utilización de las encuestas de victimización	446
5.2. La valoración de los autoinformes	449
6. Prevención y Justicia Restaurativa en el menor reincidente	454
6.1. La importancia de la prevención terciaria en la reincidencia.....	456
6.1.1. Programas preventivos en el ámbito penitenciario	458

6.1.2. Programas preventivos en el ámbito postpenitenciario.....	460
6.2. La Justicia Restaurativa en la reincidencia desde una perspectiva comparada....	462
6.3. Marco legislativo en la jurisdicción de menores.....	465
6.3.1. En la legislación penal juvenil española. Especial mención a la mediación.	466
6.3.2. En la legislación penal juvenil alemana. Diferenciación de la « <i>Diversion</i> ».	471
6.4. Manifestaciones de la Justicia Restaurativa.....	475
7. Valoraciones finales	484
CAPÍTULO V. MENORES REINCIDENTES EN EL MARCO DE LOS DERECHOS HUMANOS.....	486
1. Introducción.....	486
2. Edad y derechos humanos como «derechos de todos».....	488
3. El menor reincidente en el contexto de los derechos humanos en Europa.....	492
4. La estigmatización del menor reincidente.....	497
4.1. La vulnerabilidad del menor frente al sistema de justicia penal	501
4.2. Los efectos negativos de la intervención del control social formal	503
4.2.1. El efecto de la <i>prisionización</i>	504
4.2.2. Patrones de victimización.....	509
4.2.3. Costos humanos y económicos	514
5. Promoción y perfeccionamiento de las instituciones en la justicia de menores.....	517
6. Actitudes punitivas y reincidencia	521
7. Valoraciones finales	526
CONCLUSIONES.....	529
CONCLUSIONS	539
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	547

ABREVIATURAS UTILIZADAS

Abs.	Absatz (Párrafo)
ADS	Antidiskriminierungsstelle des Bundes (Agencia Federal contra la Discriminación)
AGG	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (Ley general de tratamiento igualitario)
AP	Audiencia Provincial
Art.	Artículo
ATC	Auto del Tribunal Constitucional
BOE	Boletín Oficial del Estado
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil alemán)
BGBI	Bundesgesetzblatt (Boletín Oficial Federal)
BGH	Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo Federal)
BKA	Bundeskriminalamt (Oficina Federal de investigación criminal)
BverfGE	Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional de la República Alemana)
BZR	Bundeszentralregister (Registro Federal Central)
BZRG	Bundeszentralregistergesetz (Ley de la Oficina Federal del Registro)
CATI	Computer Assisted Telephone Interviews with random dialing (entrevistas telefónicas al azar asistidas por ordenador)
CC.AA.	Comunidades Autónomas
CC	Código Civil
CDN	Convención sobre los Derechos del Niño
CE	Constitución española
CEDH	Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales
CEDS	Comité Europeo de Derechos Sociales
CIS	Centro de Investigaciones Sociológicas
CP	Código Penal

CRC	Comité de los Derechos del Niño (del inglés «Committe on Rights of the Child»)
CSE	Carta Social Europea
C.V.	Comunitat Valenciana
DOCE	Diario Oficial de la Unión Europea
DGSFI	Dirección General de Servicios para la Familia y la Infancia
EBMPI	Estadística Básica de Medidas de Protección a la Infancia
EM	Exposición de Motivos
EPU	Examen Periódico Universal
ECOSOC	Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas
FGE	Fiscalía General del Estado
FJ	Fundamento Jurídico
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Ley fundamental de Bonn, Constitución Federal alemana)
GjSM	Gesetz über die Verbreitung jugendgefährdender Schriften und Medieninhalte (Ley sobre la divulgación de contenidos peligrosos para la juventud en medios impresos y electrónicos)
ICCS	Clasificación Internacional de Delitos con Fines Estadísticos
ICVS	International Crime Victims Survey (Encuesta internacional de víctimas de delitos)
INE	Instituto Nacional de Estadística
IT	Intensivtäter (menores infractores de intensidad)
JGGÄndG	Gesetz zur Änderung des Jugendgerichtsgesetzes (Reforma de la Ley de Tribunal de menores)
JGG	Jugendgerichtsgesetz (Ley de Tribunal de menores o Ley alemana reguladora de los Tribunales para la Juventud)
JGH	Jugendgerichtshilfe (Servicios de Protección de la Infancia)
JÖSchG	Jugendschutzgesetz (Ley de protección de menores en público)
JME	Juzgados de Menores

JR	Justicia Restaurativa
JuSchG	Jugenschutzgesetz (Ley de protección de menores)
KJHG	Kinder-und Jugendhilfegesetz (Ley de asistencia a la infancia y la juventud)
KOMT	Kiezorientierte Mehrfachtäter (infractor múltiple orientado al barrio/vecindario)
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LECrIm	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LO	Ley Orgánica
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LORRPM	Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal del menor
LTTM	Ley del Tribunal Tutelar de Menores
MAS	Muestreo aleatorio simple
MIR	Balance de Criminalidad
MF	Ministerio Fiscal
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (nueva anotación jurídica)
NNUU	Naciones Unidas
ODA	Observatorio de la delincuencia
OLG	Oberlandesgericht (Tribunal Superior Regional)
ONU	Organización de las Naciones Unidas
RCSFM	Registro Central Sentencias Firmes de Menores
RD	Real Decreto
Rec	Recomendación
RJGG	Reichsjugendgerichtsgesetz (Ley de Tribunales de menores del Imperio)
RJWG	Reichsjugendwohlfahrtsgesetz (Ley de protección de menores del Imperio)
S.	Seite (Hoja)
SAV	Servicio de atención a las víctimas
SEC	Sistema Estadístico de Criminalidad
SGB	Sozialgesetzbuch (Código Social alemán)

SJME	Sentencia del Juzgado de Menores
ST	Schwellentäter (delincuentes emergentes)
StGB	Strafgesetzbuch (Código Penal alemán)
StPO	Strafprozeßordnung (Ley del procedimiento penal)
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TOA	Täter-Opfer-Ausgleich (mediación penal)
TOE	Täterorientierten Ermittlungsarbeit (trabajo de investigación orientado al infractor)
TS	Tribunal Supremo
UE	Unión Europea
VG	Verwaltungsgericht (Tribunal Contencioso-Administrativo)

LISTA DE TABLAS, FIGURAS Y GRÁFICOS

TABLAS

Tabla 1. Detención e imputación de menores de edad por causa de infracción penal en la Comunitat Valenciana (2015)

Tabla 2. Estructura de edad y de sexo de los sospechosos alemanes y no alemanes (2015)

Tabla 3. *Mehrfachtatverdächtige* agrupados por edad. Alemania (2015)

Tabla 4. *Mehrfachtatverdächtige* menores en Alemania (periodo 2011-2015)

Tabla 5. *Mehrfachtatverdächtige* semiadultos en Alemania (periodo 2011-2015)

Tabla 6. Sospechosos alemanes y *TVBZ*- infracciones penales en total (2015)

Tabla 7. Estructura de edad de sospechosos en relación a la criminalidad violenta (2015)

Tabla 8. *Intensivtäter* en Berlín (periodo 2011-2015)

Tabla 9. *Schwellentäter* en Berlín (periodo 2011-2015)

Tabla 10. *Kiezorientierte Mehrfachtäter* en Berlín (periodo 2011-2015)

Tabla 11. Menores condenados por los Juzgados de Menores en España y en la Comunitat Valenciana (periodo 2011-2015)

Tabla 12. Valores absolutos de menores condenados por infracción penal en virtud de la LORRPM en España (periodo 2011-2015)

Tabla 13. Valores absolutos de menores condenados por infracción penal en virtud de la LORRPM en la Comunitat Valenciana (periodo 2011-2015)

Tabla 14. Valores absolutos de condenas anteriores de menores en virtud de la *JGG* en Alemania (periodo 2011-2015)

Tabla 15. Valores absolutos de medidas notificadas y ejecutadas en los centros de menores de la Comunitat Valenciana (año 2014)

Tabla 16. Reincidencia juvenil por año y número de delitos en la Colonia de San Vicente en Valencia (periodo 2001-2006).

Tabla 17. Reincidencia penitenciaria («*Strafvollzugsstatistik*») en menores de 14 a 17 años en Alemania (serie temporal 2011-2015)

Tabla 18. Reincidencia penitenciaria («*Strafvollzugsstatistik*») en semiadultos de 18 a 20 años en Alemania (serie temporal 2011-2015)

Tabla 19. Estadística presos y preventivos menores en Berlín (serie temporal 2011-2015)

Tabla 20. Estadística presos y preventivos semiadultos en Berlín (serie temporal 2011-2015)

GRÁFICOS

Gráfico 1. Porcentaje de detenciones e imputaciones de menores por principales tipologías delictivas (2015)

Gráfico 2. Detenciones e imputaciones de menores por principales tipologías penales (2015)

Gráfico 3. Detenciones e imputaciones de menores por causa de infracción penal (2015)

Gráfico 4. Total de infracciones penales cometidas por «*Mehrfachtatverdächtige*» excluyendo las violaciones extranjeras (2015)

Gráfico 5. *Intensivtäter* en Berlín (periodo 2011-2015)

Gráfico 6. *Schwellentäter* en Berlín (periodo 2011-2015)

Gráfico 7. *Kiezorientierte Mehrfachtäter* en Berlín (periodo 2011-2015)

Gráfico 8. *IT*, *ST* y *KOMT* menores (14-17 años) en Berlín (serie temporal 2011-2015)

Gráfico 9. Evolución del movimiento de asuntos en la jurisdicción penal de los Juzgados de Menores a nivel nacional (2011-2015)

Gráfico 10. Tasas de resolución, de pendencia, de sentencia y de congestión en España (periodo 2011-2015)

Gráfico 11. Evolución medidas adoptadas en sentencia en la Comunitat Valenciana (periodo 2011-2015)

FIGURAS

Figura 1. Sistema de justicia penal juvenil alemán («*Jugendgerichtsbarkeit*»)

INTRODUCCIÓN

a. Consideraciones previas

El debate sobre la delincuencia juvenil y la figura del menor infractor no es particularmente nuevo para la criminología, ya que supone un elemento de estudio muy atractivo desde hace años tanto para la ciencia criminológica como para otras Ciencias Sociales. Ciertamente, desde la visión multidisciplinar de la criminología se examina la relación del infractor menor de edad con el delito, teniendo en consideración las diferentes tipologías delictivas, la víctima y el control social.

En realidad, la relevancia de fondo en torno al delito juvenil trasciende no solo al ámbito criminológico, sino también al ámbito jurídico-penal, sociológico, educativo, victimológico y político. Partiendo de esta premisa, se reclama un análisis en profundidad no solo para examinar los aspectos relacionados por la presencia de la delincuencia en la sociedad, sino también para enfrentarnos a cualquier otro interrogante. Lo sustancial es precisamente describir y discutir hacia dónde se dirige esa criminalidad. En otras palabras, en los últimos tiempos la asunción sobre cuál es la tendencia actual del delito y la calidad de los actos delictivos se ha erigido como una dimensión con una problemática propia.

No obstante, todo este asunto es de especial interés para nuestro país, aunque también para los países de nuestro entorno sociocultural, los cuales utilizan mecanismos que controlan y minimizan la tasa de delincuencia juvenil en nuestras sociedades. Precisamente, la literatura especializada insiste y demuestra que cuantitativamente los delitos de menor intensidad son los delitos más comunes entre los jóvenes. De hecho, los delitos más graves van a ocupar un pequeño porcentaje dentro del conjunto de la delincuencia juvenil.

Conocido es por tanto este fenómeno en España, lo que lleva a plantearse además como se desarrolla y se comporta en otros países, como es el caso de Alemania. Pues bien, el modelo alemán en materia de derecho penal juvenil sirve como referencia para nuestro ordenamiento jurídico interno y además para nuestras políticas criminales y sociales, las cuales protegerán los derechos humanos de los menores infractores. Es por ello, que ambos ordenamientos jurídicos en el ámbito de menores presentarán ciertas similitudes. La finalidad última de ambos será la reeducación del menor y por consiguiente su reintegración en la sociedad,

priorizando las medidas de carácter educativo ambulatorio frente a las propias del internamiento. Ahora bien, desde una visión crítica por parte de la multiplicidad de actores e instituciones sociales como consecuencia de las sucesivas reformas normativas, subyace la controversia en torno a la ausencia o no de laxitud de la legislación penal juvenil.

Con la aprobación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal del menor en España, se produce un gran avance legislativo al determinar las bases de la responsabilidad penal de los menores a través de una serie de medidas de aplicación sancionadora-educativa. Lo mismo ocurre en el caso alemán, cuya regulación de la responsabilidad penal juvenil está recogida en «*Jugendgerichtsgesetz*» (*JGG*), de 4 de agosto de 1953. La mencionada ley penal evidencia un pensamiento educativo y una mayor flexibilidad al apostar por procedimientos informales como la «*Diversion*». En efecto, en ambos países se ha creado una regulación penal específica y de carácter autónomo cuyas medidas judiciales preventivas de naturaleza educativa persiguen la resocialización y reintegración del menor.

En función del criterio judicial, del déficit educativo del joven y de otros factores que rodean al menor, se impondrá una medida teniendo en cuenta como primera opción aquella menos gravosa. Desde esta perspectiva, se pretende evitar el prejuicio social y la estigmatización del menor debido a un posible proceso de victimización terciaria ocasionado por los diversos efectos que un proceso judicial puede provocar sobre éste. Las necesidades especiales manifiestas que han mostrado los menores como grupo particular de nuestra sociedad han llevado sin duda a la configuración de ese derecho penal de menores, que ha evolucionado hacia el desarrollo y transformación de políticas de protección de los mismos.

Ciertamente, el legislador no puede aplicar la misma normativa a los jóvenes que a los adultos, ya que debe tener en cuenta una serie de consideraciones especiales en relación al desarrollo de la personalidad y al estado de madurez del infractor. En realidad, no todas las conductas cometidas por un menor van a ser objeto de enjuiciamiento, de igual manera que la reacción penal no va a ser la misma que si de un adulto se tratara. En vista de lo anterior, la prevención deberá imponerse al castigo en la medida de lo posible, por lo que ambas legislaciones penales se articulan en base al principio del interés superior del menor.

Este principio como criterio protector y rector servirá también para resolver los conflictos entre derechos en supuestos concretos donde los menores estén implicados. Por tanto, los encargados de velar por sus derechos, de tomar las decisiones que más les beneficien y de garantizar que este principio se interprete y aplique correctamente serán los órganos jurisdiccionales pero también los no jurisdiccionales. El menor es ante todo persona, y por lo tanto está sujeto a derechos que se encuentran regulados en el ordenamiento jurídico interno de cada país, pero también en los instrumentos jurídicos del ámbito internacional, cuyos textos emanan del marco de las Naciones Unidas y también del marco supranacional europeo.

La contextualización de este tema permite poner de manifiesto la relevancia y las cuestiones planteadas ante la criminalidad juvenil, pero sobre todo ante un ente diferenciado que corresponde al de los menores infractores reincidentes. Es el momento de avanzar en el estudio de un concepto clave como es la reincidencia, atendiendo a un análisis teórico-jurídico y doctrinal pero sobre todo criminológico-práctico, ya que por desconocimiento o por marginalización del menor reincidente, se producen ciertas carencias y privaciones que provocan renunciar a oportunidades de intervención, de solución y de mejora en un espacio que aunque complejo, es favorable a un diálogo entre los distintos sectores de la sociedad.

Desde la criminología se formulan varias preguntas: ¿Qué se puede hacer con los menores reincidentes? ¿Cuál es la respuesta más adecuada cuando un menor reincide? ¿Hacemos lo suficiente para ayudarles en el proceso de reintegración? ¿Qué alternativas hay frente a la respuesta penal? ¿Suelen quedar al margen los menores reincidentes del discurso social? ¿Qué puede ofrecerles la criminología?

Ante estos planteamientos, resulta particularmente necesario que quienes nos dedicamos profesionalmente a la criminología o a cualquier otra disciplina perteneciente al campo de las Ciencias Sociales empecemos a hacer frente a este fenómeno criminal para poder explicar de una manera más exhaustiva el porqué de la reincidencia, el porqué del recelo hacia este colectivo, el porqué de utilizar otras fórmulas normativas o el porqué de criminalizarlos.

Tanto el legislador español como el alemán, no reflejan de manera visible en sus ordenamientos jurídicos una respuesta clara al comportamiento del menor reincidente. Por lo que, desde un enfoque amplio, este trabajo de investigación pretende reflexionar sobre algunas de las implicaciones de la reincidencia en menores, derivadas del discurso normativo y

científico. En concreto, el núcleo del trabajo se referirá a examinar desde una concepción jurídica ambas normas penales juveniles y desde una concepción criminológica los diferentes estudios que aportan datos cuantitativos y cualitativos en torno a esta institución en ambos países.

Según lo argumentado y expuesto hasta ahora, no cabe duda expresar que es ineludible enmarcar todo este fenómeno social en el contexto de los derechos humanos. Los derechos de un menor que se somete a un procedimiento penal por la comisión de un hecho delictivo deben ser en todo momento respetados, dando por consiguiente una serie de garantías procesales y sustantivas. El reconocimiento y respecto de los derechos humanos del menor infractor reincidente lleva a proyectar una renovada reflexión desde un enfoque más extenso, alejándose de una concepción meramente política e imponiéndose una más individual en cooperación con las instituciones, en aras de buscar una justicia equitativa para los menores reincidentes a nivel local y regional.

La reincidencia juvenil es, por tanto, la principal línea de investigación que impulsa este trabajo en un contexto comparado. Lo que es obvio, es que el menor infractor reincidente forma parte de una realidad cambiante y notoria y como tal, debe ser continuamente estudiada para en la medida de lo posible delimitarla y reducirla.

b. Objetivos del trabajo de estudio

Como se ha indicado en el apartado de consideraciones previas de esta parte introductoria, el interés por el fenómeno de la delincuencia juvenil suscita amplias cuestiones y aporta interesantes aspectos y matices en el universo de la justicia penal del menor. Entre ellos, lo relativo a la figura del menor infractor reincidente, que, a pesar de ser un colectivo pequeño dentro del abanico de la delincuencia juvenil, reflejan una realidad evidente y compleja.

La idea de llevar a cabo un estudio sobre el menor infractor se configuró inicialmente con la intención de abordar aquellas cuestiones de naturaleza penal y criminológica que tienen que ver con el menor reincidente. A pesar de que hay innumerables trabajos realizados sobre la figura del menor infractor en la jurisdicción penal juvenil, aparentemente son escasas las investigaciones criminológicas sobre el menor infractor reincidente en el contexto del derecho comparado con el telón de fondo de los derechos humanos.

Esto nos lleva inicialmente a dos cuestiones fundamentales que pueden servir como objetivos generales dentro del marco teórico: cómo se trata al menor reincidente por parte del Estado en el ámbito del derecho comparado, y como el derecho penal de menores tanto español como alemán -como instrumento de control social formal- va a responder ante estos menores reincidentes, aunque sin dejar de lado el análisis de otros mecanismos del control social formal (pero también informal).

Al respecto, un primer objetivo específico consiste en examinar y reunir los principales aspectos criminológicos y las variables destacadas relacionadas con la reincidencia en menores. Parece claro que, para profundizar sobre este tema, es preciso además un estudio detenido y un análisis centrado en las estadísticas oficiales de las instancias formales en ambos países. De esta manera, se pretende comprobar durante el desarrollo del examen estadístico si se cumple la máxima que caracteriza a este colectivo, en cuanto a tipología delictiva, prevalencia, medidas impuestas, etc.

Merece especial atención y se presenta como segundo objetivo específico del trabajo, el estudio sobre la protección de los derechos humanos del menor reincidente al ser considerado un grupo *potencialmente vulnerable* en el contexto internacional. Como grupo vulnerable, hay una sensibilidad por parte de las instituciones en potenciar la protección del mismo mediante la aplicación de alternativas a la sanción penal en la búsqueda de un ambiente educativo.

Finalmente se observará como tercer objetivo específico, si se cumple que los menores infractores reincidentes han sufrido una repercusión mediática y política desmedida, y como consecuencia de ello la sociedad demanda mayor castigo y el reincidente recibe mayores trabas en su camino hacia la resocialización.

c. Metodología del estudio comparado

Para la presente investigación, el esquema metodológico corresponde a los diferentes procedimientos utilizados para alcanzar los objetivos tanto generales como específicos de esta investigación en torno al menor reincidente.

La investigación normativa desde una perspectiva comparada y analítica se lleva a cabo mediante una recapitulación de información documental correspondiente a la literatura

especializada, la doctrina y la jurisprudencia (base de datos CENDOJ para España y JURIS para Alemania).

Para conocer los aspectos criminológicos sobre la reincidencia juvenil, se opta por una revisión bibliográfica de los estudios empíricos internacionales, alemanes y españoles. Del mismo modo, se revisan las fuentes estadísticas para inspeccionar la calidad de los datos. El análisis cuantitativo y cualitativo de la figura del menor infractor reincidente se realiza con base en los datos obtenidos de las actuales estadísticas oficiales facilitadas por las instituciones públicas (Policía, Justicia e Instituciones Penitenciarias). Es bien sabido, que la estadística es una pieza clave como sistema de información de una institución y constituye un paso más en el campo de la política jurídica donde se enmarca la criminología.

El modelo práctico de justicia de menores y su relación con los derechos humanos, al igual que la garantía de los mismos como concreción de la idea de justicia, se aborda desde la regulación normativa y la doctrina especializada en derechos humanos.

Finalmente, se examinan los resultados conseguidos tanto en España como en Alemania, para así exponer unas conclusiones y reflexiones finales en relación a la manifestación social de la reincidencia.

Entre las fuentes constatables usadas para la completa realización de este estudio se consideran: libros, artículos científicos, revistas, tesis, instrumentos jurídicos, jurisprudencia, información obtenida de las instituciones públicas, estadísticas, informes elaborados por organismos no gubernamentales, bases de datos de legislación y bibliografía específica.

Para terminar, cabe decir que parte de la metodología de esta investigación ha sido efectiva gracias a la realización de dos estancias en instituciones extranjeras. La primera de ellas en 2014 en Ginebra, a través del programa de formación en derechos humanos organizado por GDH-Global Training, cuya supervisión corrió a cargo de Adrien-Claude Zoller. Esta estancia me permitió la asistencia a las sesiones celebradas por el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Además de ello, pude asistir a las sesiones de los diferentes Órganos que supervisan e implementan los Tratados Internacionales de Derechos Humanos en el ámbito de las Naciones Unidas.

La segunda estancia, ha tenido lugar más recientemente en 2016, bajo la tutela del Prof. Dr. Stefan Harrendorf, titular del Departamento de Criminología, Derecho penal y Derecho Comparado de la Facultad de Derecho Ernst-Moritz-Ardnt de la Universidad de Greifswald, Alemania. Gracias a esta segunda estancia, he podido adquirir y desarrollar un conocimiento más exhaustivo sobre el sistema de justicia penal juvenil alemán. Del mismo modo, pude conocer más en profundidad la realidad de la reincidencia entre los jóvenes y semiadultos en ese país.

INTRODUCTION

a. Previous considerations

The debate on juvenile delinquency and the figure of the juvenile offender is not particularly new for Criminology, because this issue has been an attractive object of study for years, not only for this science but also for other disciplines. A multidisciplinary approach from Criminology certainly examines the relationship of the minor offender with the crime, taking into account the different types of crime, but also the victim and social control.

In fact, the substantive relevance of juvenile delinquency transcends the criminological fields, but also others such as the legal-penal, sociological, educational, victimological and political spheres. Under this premise, we argue for an in-depth analysis not only to study aspects associated with crime in society, but also to face any other question. The essential thing is to describe and discuss where criminality is going. In other words, in recent times the assumption about current crime trends and the quality of criminal acts has become a dimension with its own problems.

This whole matter has a special interest to our country and other countries of our socio-cultural environment which use control mechanisms to minimize the rate of juvenile delinquency in our societies. Specialized literature insists and shows that youth crimes are quantitatively the most common crimes among young people. In fact, the most serious crimes will occupy a small percentage within the whole of juvenile delinquency.

This phenomenon is well-known in Spain, which leads to consider further the development in other countries such as Germany. Our domestic legal system is modeled on the the German pattern of Juvenile Court Law. This pattern, as an example for our criminal and social policies, will protect offender's human rights. For this reason, both juvenile legal systems will present certain similarities. Their ultimate purpose will be the re-education of the child and his reintegration into society prioritizing educational measures as alternatives to traditional punishments. As a consequence of the successive reforms there is a controversy from a multiplicity of social actors and institutions about the lack of laxity under criminal legislation on juveniles.

The Organic Law 5/2000, of January 12 Regulating the Criminal Liability of Minors (hereinafter LORRPM) came into force in Spain. This Law was a great legislative advance to determinate the bases of the criminal liability of minors (between 14 and 18 years of age) through application of sanctioning-educational measures. In Germany the Youth Court Law, translated literally from "Jugendgerichtsgesetz" (hereinafter JGG), was introduced by the law reform on 4 August 1953. The aforementioned Juvenile Criminal Law evidences an educational thinking introducing informal procedures such as "Diversion" (non-intervention). Indeed, in both countries there is a specific and autonomous Criminal Law with judicial educational sanctions to seek re-socialization and reintegration of a child in conflict with the law.

A measure will be imposed depending on judicial criteria, the educational deficit of the young person and other factors of his/her life, taking as the first option the less burdensome measure. From this perspective, it is important to avoid social prejudice and the stigmatization of the minor, due to a possible process of tertiary victimization caused by the many effects derived from all the stages of the criminal procedure. The special needs of juvenile and young adults led to the configuration of this Juvenile Criminal Law towards the development and transformation of policies to protect them.

The policymaker cannot apply the same rules to young people and adults because of their personality development and state of maturity. In fact, not all juvenile behaviours will be subject to prosecution. In this context, prevention should prevail on punishment because both Criminal Laws are based on the best interests of the child principle.

This principle as a protective and guiding criterion will also serve to resolve conflicts between rights in cases where minors are involved. The courts and the nonjudicial institutions have different functions like: ensuring the child's rights, making decisions which best benefit the child and ensuring this principle is correctly interpreted and applied. The child as a person has rights regulated in the domestic legal system of each country, but also in international legal instruments whose texts come from the United Nations and the European supranational framework.

The contextualization of this issue makes it possible to highlight some questions set out on juvenile criminality and mainly on a differentiated core regarding re-offending juveniles and

young adults. Recidivism is a key concept which must be analysed from a theoretical, juridical and criminological perspective. This integral analysis is useful to avoid the marginalization of the recidivist minor offender and to ignore recidivism as a social phenomenon. A dialogue between the different sectors of society will help to prevent some certain deficiencies and privations which lead to the renunciation of opportunities for intervention, solution and improvement of re-offenders.

Criminology inquires into several issues concerning recidivism among young offenders: What can be done with re-offenders? What is the most appropriate response when a minor commits a crime again? Do we help them in their process of social reintegration? What kind of alternatives are there to a criminal response? Are re-offenders excluded from social discourse? What can Criminology offer them?

It is necessary that criminologists and professionals of the social scientists field should begin to deal with this criminal phenomenon in order to be able to explain in a more exhaustive way the causes of recidivism, of mistrust against this group, the need to use other legal methods or the reason to criminalize them.

Neither Spanish nor German policymakers can offer a clear response to the behaviour of the reoffenders. From an interdisciplinary perspective, this research aims to reflect on some implications of recidivism among young offenders derived from legal and scientific discourse. The core of the work examines both Juvenile Criminal Laws from a legal perspective, while the different scientific papers providing quantitative and qualitative data about this matter are analysed from a criminological point of view.

Following the discussion, recidivism among the young has had an impact on human rights. The rights of a minor who is subject to criminal proceedings must be respected at all stages, by means of a series of procedural and substantive guarantees. Recognition and respect of the young re-offender's human rights requires a renewed reflection from a broader perspective that moves away from a purely political conception and is replaced by a closer cooperation with the stakeholders, in order to seek equitable justice for minor recidivists at local and regional levels.

Juvenile recidivism in a comparative context is the main research line of this study. What is obvious is that the minor re-offender is part of a changing and notorious reality which must be continually studied to delimit and reduce it.

b. Objectives

As aforementioned, interest in the phenomenon of juvenile delinquency raises broad questions and introduces relevant aspects and nuances into the universe of juvenile criminal justice. Among them, there are issues concerning the figure of juvenile offender recidivists, who despite being a small group within the range of juvenile delinquency, reflect an evident and complex reality.

The idea of conducting a study on juvenile offenders was initially set up with the intention of addressing those criminal and criminological issues that have to do with the minor offender. Although there are numerous previous works on the juvenile offender in the juvenile criminal jurisdiction, there is apparently little criminal investigation into the juvenile offender in the comparative framework of law and human rights.

This brings us initially to two main goals that can serve as general objectives within the theoretical framework: first, to assess how the child recidivist is treated by the State according to comparative law, and then to analyse how both the Spanish and German Criminal Law of Minors - as instruments of formal social control - would respond to these minor offenders, taking also into consideration other mechanisms of formal (but also informal) social control.

A first specific objective is to study and gather the main criminological factors and the relevant variables related to recidivism in minors. It seems clear that in order to examine this issue in depth, a careful study must be carried out focusing on official statistics of formal bodies in both countries. In this way, in the course of the statistical examination, it will be assessed if the characteristic features of this group recur, as regards type of crime, prevalence, measures imposed, etc.

Particular attention is paid to the study of the protection of re-offenders' human rights as a potentially vulnerable group in the international context. As a vulnerable group, there is an

institutional sensitivity to enhance their protection by applying alternatives to criminal sanctions in the search for an educational environment.

Finally, a third specific goal is to verify if juvenile re-offenders have been excessively exposed in mediatic and political terms, and if, as a consequence, the society demands more severe punishment, which would be an obstacle towards their re-socialization.

c. Methodology of the comparative study

The methodological scheme of this work corresponds to the different procedures used to reach its general and specific objectives.

Legal study from a comparative and analytical perspective is carried out through a recapitulation of documentary information corresponding to specialized literature, doctrine and jurisprudence (CENDOJ database for Spain and JURIS database for Germany).

In order to know the criminological aspects about juvenile recidivism, a bibliographical review of the international, German and Spanish empirical studies is made. Statistical sources are reviewed to inspect the quality of the data. The quantitative and qualitative analysis of the recidivist minors is based on the data obtained from the current official statistics provided by the Public Institutions (Police, Justice and Penitentiary Institutions). It is well known that statistics is a key piece in an institution's information system and constitutes a further step in the field of legal policy where Criminology is framed.

The practical model of juvenile justice and its relation to human rights, as well as the guarantee of them as concretion of the idea of justice, is addressed from regulation and specialized human rights doctrine.

Finally, the results obtained in both countries are examined in order to present conclusions and some final reflections regarding the social manifestation of recidivism.

Among the reliable sources used for this study are: books, scientific articles, journals, theses, legal instruments, jurisprudence, information obtained from public institutions, statistics,

reports produced by nongovernmental organizations, databases of legislation and specific bibliography.

This research has been effective with help of two stays in foreign institutions. The first of them in 2014 in Geneva, through a human rights training program organized by GDH-Global Training and supervised by Adrien-Claude Zoller. This stay allowed me to attend the sessions held by the United Nations Human Rights Council. In addition, I was allowed to attend the sessions of the Core International Human Rights Instruments and their monitoring bodies.

The second stay took place more recently in 2016 under the supervision of Professor Stefan Harrendorf, head of the Chair of Criminology, Criminal Law and Comparative Law of the Faculty of Law Ernst Moritz Arndt of the University of Greifswald, Germany. In this second stay, I acquired and developed a more comprehensive knowledge of the German Juvenile Criminal Justice system. In the same way, I learnt more about the reality of recidivism among juvenile and young adults in Germany.

CAPÍTULO I. EL MENOR DE EDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO

1. Introducción

En este Capítulo es necesario analizar el concepto de menor de edad no solo desde un punto de vista jurídico, sino desde un enfoque mucho más amplio. En consecuencia, se aborda la dimensión de la cuestión objeto de investigación en este apartado desde el ámbito civil, constitucional, penal y social.

Queda entonces planteado el análisis sobre dicha concepción, lo que lleva a estudiar el marco jurídico de protección del menor de edad para el pleno reconocimiento y garantía de sus derechos. Es decir, un reconocimiento en el seno de la legislación internacional, pero haciendo especial hincapié en la española y alemana. No solo, desde el sistema institucional de protección del bienestar del niño y adolescente, sino también desde el ámbito de la Administración de Justicia de menores.

Una vez descrito ese planteamiento, se va a valorar al menor de edad desde un enfoque penal por parte de la doctrina científica. Lo que va a ayudar durante el proceso para el establecimiento de la responsabilidad criminal del menor. En base a criterios variados, donde la fórmula biológica o mixta será la utilizada por los países analizados en este estudio. Por ello, es importante en aras de exigir la responsabilidad penal de un menor, determinar la fórmula que fija la minoría-mayoría de edad en un sujeto. Si bien es cierto, que en el siguiente Capítulo se tratará ampliamente la figura del menor infractor.

Lo fundamental en torno al menor de edad, es la diferenciación respecto al adulto tanto en el ámbito de la legislación internacional como nacional. La proyección del menor de edad a todos estos niveles indica que su tratamiento se adecuará conforme a su edad y a su condición jurídica. Es por ello, que el grupo de menores de edad necesita ese reconocimiento no solo legislativo sino institucional.

Se va a proceder a continuación, a poner de relieve la importancia de la edad como factor de discriminación. Es decir, los menores de edad son un grupo potencialmente vulnerable, por lo que es preciso conocer la situación de los grupos vulnerables a posibles comportamientos discriminatorios con la finalidad de protegerlos.

Para ello, se analizarán los dos tipos de discriminación jurídica existentes, la discriminación directa y la discriminación indirecta. La prohibición de la discriminación es de especial relevancia en el contexto internacional y nacional. La edad como criterio de discriminación en algunos casos es manifiesto, y sobre todo cuando es dada por parte de las instituciones o en el ámbito social, aunque es verdad que en el ámbito laboral mayoritariamente.

Se analizarán asimismo, los aspectos más característicos de la plasmación y configuración del principio de no discriminación e igualdad en la normativa internacional y en las legislaciones de ambos países. Con objeto de conocer si los hubiese, mecanismos legales en la lucha contra esta problemática por razón de edad.

Los menores infractores como integrantes del colectivo de menores de edad, también están expuestos a un posible trato discriminatorio por parte de los operadores jurídicos. Y con mayor intensidad se podría mostrar en los reincidentes. Esto genera un gran miedo social ante el reincidente por la inseguridad que siente la ciudadanía frente a que éste delinca nuevamente. Lo que podría generar un efecto discriminatorio sobre el mismo, no solo por parte del propio sistema judicial, sino también por parte del propio entorno social. Se proyecta, por tanto, una imagen sesgada de la realidad del menor reincidente.

2. Aproximación al concepto de menor de edad

La minoría de edad abarca un periodo transcendental concreto en la vida de una persona. Aunque es verdad, que la consideración del concepto menor de edad va a variar según la disciplina que lo trate.¹ Sin embargo, parece obvio que «el fin de la infancia como paso hacia la mayoría de edad, puede variar substancialmente de unas culturas a otras y que, aún dentro

¹ Hay que tener en cuenta, que terminológicamente hablando, dicho concepto va asociado también a otras palabras como niño, joven o adolescente. Estos términos son usados en numerosos instrumentos internacionales, si bien su significado, no se desvincula del concepto de menor de edad.

de la misma cultura, numerosos factores individualizados pueden adelantar o retrasar ese fin». ²

El concepto menor de edad ha sido profundamente estudiado desde su aparición hasta su posterior evolución mediante las aportaciones de diversos autores contemporáneos. La doctrina dominante destaca que es difícil considerarlo universal. De hecho, las distintas sociedades y culturas han definido tal concepto acorde a sus creencias, a sus valores y a sus formas de vida.

Ya, Garrido Medina distinguía varias acepciones para la adolescencia como término asociado al concepto menor de edad, clasificando al joven o al adolescente como parte de:

- a) Un grupo de edad comprendido entre una franja concreta de años, b) un sector de la población con desarrollo psicobiológico determinado, c) una clase con un estatuto jurídico y/o social diferenciado, d) un valor cultural positivo o negativo y e) un sector o conjunto cultural, marcado por ese valor. ³

En todo caso, desde un punto de vista jurídico es necesario establecer una edad como límite a un determinado periodo de vida. Aunque lo que nos interesa en este trabajo es aproximarnos al concepto de menor de edad desde un punto de vista penal, no es menos cierto que el concepto *menor de edad* dista mucho de abordarse desde un único enfoque. Es por ello que se ponen de relieve, además, otras aproximaciones a este concepto. Téngase entonces presente la minoría de edad desde la perspectiva civil, constitucional y social. Junto a ello, también se muestran las manifestaciones al respecto sobre dicho concepto ofrecidas por las diversas legislaciones de España y Alemania.

² TRINIDAD NÚÑEZ, P. (2003). ¿Qué es un niño?: Una visión desde el Derecho internacional Público. *Revista española de educación comparada*, (9), 13-47, p. 36.

³ GARRIDO MEDINA, L. (1981). Notas sobre adolescencia y sociología. *Revista de Estudios de Juventud*, (4), 99-109, p.101.

2.1. Minoría de edad en el ámbito civil

Ya desde el derecho romano se manifestaba una preocupación por el menor en relación al aspecto civil, donde se analizaba quien podía ser adulto y quién no, para así definir la capacidad de la persona en el proceso de adquisición de derechos y contracción de obligaciones.

Desde esta perspectiva, la edad de una persona se define como una cualidad jurídica usada para establecer la capacidad de obrar de un individuo en términos de responsabilidad. De hecho, la naturaleza jurídica del concepto de menor de edad es de naturaleza civil, siendo por tanto la minoría de edad un estado civil.

El Código Civil español en su Título XI bajo la rúbrica *De la mayor edad y de la emancipación*, proclama con carácter general quienes son las personas consideradas mayores de edad y menores emancipadas. Sin embargo, cabe advertir que la legislación civil no hace referencia en ningún caso a la persona menor de edad. Es por ello, que para tratar de determinar el período de la minoría de edad hay que acudir al art. 315 del CC que proclama «*la mayoría de edad empieza a los 18 años cumplidos*». De lo que se desprende en sentido contrario, que la persona menor de edad es aquella que ostenta una edad inferior a la apuntada.⁴ De tal modo, que coincide la edad civil con la edad penal en 18 años, por debajo de la cual, un menor ya no es respectivamente, capaz o responsable penalmente como adulto.

En el Código Civil alemán «*Bürgerliches Gesetzbuch*» (*BGB*)⁵ se recoge en su §2 bajo la rúbrica «*Eintritt der Volljährigkeit*», que la mayoría de edad también comienza a los 18 años.⁶

⁴ El artículo 315 del Código Civil español de 24 de julio de 1889 redactado por Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, señala que «*La mayoría de edad empieza a los dieciocho años cumplidos. Para el cómputo de los años de la mayoría de edad se incluirá completo el día de nacimiento*». Mediante el Real Decreto-Ley 33/1978, de 18 de noviembre, sobre mayoría de edad, se reformó el Código Civil para fijar la mayoría de edad a los 18 años respecto a los 21 años anteriores (BOE núm. 275, de 17 de noviembre de 1978, páginas 26150 a 26150).

⁵ El *BGB* fue promulgado en 1896, entrando en vigor el 1 de enero de 1900. Este Código, ha servido de fuente en materia de legislación civil para otros países de tradición continental. Es un texto muy sistemático que consta de una parte general y cuatro libros sobre: obligaciones, derechos reales o de bienes, familia y sucesiones. Para

Se fija entonces una edad determinada, a partir de la cual el menor ya alcanza el uso de la razón. Al igual que en el CC español, se entiende que cualquier sujeto por debajo de 18 años es menor de edad. Al alcanzar la mayoría de edad, la capacidad del menor es ilimitada (salvo los supuestos relacionados con la incapacidad jurídica en virtud del §104 BGB).⁷

Bajo este prisma tiene cabida el informe inicial que presentó la República Federal de Alemania ante el Comité de los Derechos del Niño en agosto de 1994. En él, se recogía el alcance de los términos y límites de edad. En concreto, el límite de edad según el régimen jurídico alemán, aunque por supuesto «*como cuestión de principio, una persona no tiene capacidad jurídica antes de nacer (artículo 1 del Código Civil) (...)*».⁸

2.2. Minoría de edad en el ámbito constitucional

En consonancia con esta disposición, el artículo 12 de nuestra Carta Magna fija la mayoría de edad estableciendo que «*los españoles son mayores de edad a los 18 años*». De esta manera, se equipará dicha norma suprema a los países de nuestro entorno político y cultural. El elemento minoría de edad es relevante en cuanto a la titularidad y al libre ejercicio de los derechos fundamentales del menor. La Constitución tiene en cuenta la salvaguarda de los mismos en relación a su falta de capacidad de obrar.

Desde el nacimiento hasta los 18 años, el menor va a ser titular de todos los derechos recogidos en nuestra Constitución, excepto el derecho de sufragio. La protección del menor

saber más, WACKE, A. (2013). Las reformas más importantes del BGB desde su promulgación en 1900, con especial referencia al derecho de obligaciones. *Rev. chil. Derecho*,40(2), 699-710.

⁶ §2 BGB: «*Die Volljährigkeit tritt mit der Vollendung des 18. Lebensjahres ein*» (la mayoría de edad se alcanza con la finalización de los 18 años). Traducción propia.

⁷ §104 BGB:«*1.wer nicht das siebente Lebensjahr vollendet hat, 2.wer sich in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustand krankhafter Störung der Geistestätigkeit befindet, sofern nicht der Zustand seiner Natur nach ein vorübergehender ist*». («*1. Quien no haya completado el séptimo año de vida, 2. Quien tenga perturbado el libre ejercicio de su voluntad por causas exclusivas de su actividad mental, al menos que este estado sea transitorio*»). Traducción propia.

⁸ Informe Inicial de la República Federal de Alemania presentado con arreglo al apartado a) del párrafo 1 del artículo 44 de la Convención sobre los Derechos del Niño. CRC/C/11/Add.5, p.7.

queda por tanto en manos de los poderes públicos. También, de todas aquellas instituciones que están relacionadas con los menores. Al igual, que de aquellos que son titulares de su patria potestad, para así garantizar su asistencia y su amparo.

Uno de los modelos a seguir en nuestra Constitución es la Ley Fundamental de Bonn.⁹ Este texto, no recoge en su articulado explícitamente el establecimiento de la mayoría de edad penal como en el caso español. Sin embargo, las únicas dos menciones específicas a la edad, «son las encontradas en §12.a y §38.2 en relación al cumplimiento del servicio militar o en su defecto a la prestación social civil y al de derecho de sufragio respectivamente».¹⁰ Es por ello, que, en el ordenamiento jurídico alemán, los menores de edad tendrán los mismos derechos constitucionales que los adultos, excepto el del derecho a sufragio.

El Estado alemán desde una perspectiva constitucional también protege a los menores de edad y los hace titulares de los derechos fundamentales recogidos en la misma desde el momento de su nacimiento.¹¹ La protección del menor atañe a los poderes públicos y a las instituciones de guarda y custodia, como en el caso español.

2.3. Minoría de edad en el ámbito penal

Como ya es sabido, desde una perspectiva penal la edad del menor es un elemento determinante en la capacidad de obrar de la persona, a efectos de establecer la responsabilidad de la misma sobre un injusto penal. La implementación de una edad mínima desde el punto de vista jurídico-penal, se basa en criterios de carácter biológico/cronológico, de carácter

⁹ Esta Ley promulgada el 23 de mayo de 1949 para la Alemania Occidental, modificada por el artículo 1 de la Ley de 23/12/2014 (*BGB I*, p. 2438). La versión en español en el siguiente enlace. Recuperado (12.04.2017) de: <http://ocw.um.es/cc.-juridicas/derecho-internacional-publico-1/ejercicios-proyectos-y-casos-1/capitulo4/documento-20-constitucion-de-alemania.pdf>.

¹⁰ ELÍAS MÉNDEZ, C. (2001). La protección de los menores de edad en Alemania desde una perspectiva constitucional. *Revista de Estudios políticos (Nueva Época)*, (111), 101-140, p.18.

¹¹ La protección y garantía que concede esta Ley a los derechos fundamentales («*Grundrechte*») se recoge en los §§1-19. Para saber más sobre este texto *constitucional* en UNGER, M. (2009). Sesenta años de la Ley Fundamental alemana- de un provisorio con una larga vida. *Estudios Constitucionales*, (2), 301-316.

intelectual/psicológico o de carácter mixto/biosociológico. A través de estos sistemas para determinar la edad mínima penal de un menor, se establecerá y determinará la responsabilidad penal del sujeto, pero asimismo, la relevancia jurídica de la conducta delictiva del menor.

La edad biológica y la edad mental de un sujeto no tienen necesariamente por qué coincidir. La posible discrepancia planteada entre ambas debe ser valorada en cada caso concreto para ver si una edad se adecua a la otra. Es decir, si cuando se comete una acción delictiva se ajusta la edad biológica o natural del menor infractor que tenía en el momento de la comisión de tal infracción a la edad mental del mismo.

Si examinamos los países de este estudio, observamos que en el caso español el legislador se ha decantado por un criterio biológico o cronológico. Esta fórmula biológica pura o cronológica «fue adquirida por nuestro Código Penal de 1928 para dar soluciones a la discrecionalidad y vaguedad del criterio de discernimiento que había sido asumido históricamente en nuestro país hasta la fecha».¹² En este sentido, Sanz Hermida señala que este criterio «se fundamenta en los principios de seguridad jurídica y *practicabilidad* sin tomar en consideración el grado de madurez del sujeto».¹³ En la misma línea, para la determinación de la minoría de edad, se manifiesta Ríos Martín ya que «la adopción de un criterio cronológico ofrece más seguridad jurídica».¹⁴

El criterio biológico puro responde a un determinado momento en la vida de una persona a la hora de establecer la minoría de edad penal, y «solo a partir de esa determinada edad se puede responder como sujeto imputable, y no antes».¹⁵ Es decir, esta fórmula atiende a la edad

¹² RÍOS MARTÍN, J.C. (1993). *El menor infractor ante la ley penal*. Granada: Comares, p.135.

¹³ SANZ HERMIDA, A.M., (2002). *El nuevo proceso penal del menor*. Universidad de Castilla- La Mancha: Colección Monografías, p.187 y ss. En la misma línea, LANDROVE DÍAZ, G. (2000). Marco operativo de la Ley orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores. *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, (4), 1667-1673, pp. 1670. También en GÓMEZ TOMILLO, M. (dir.) (2010). *Comentarios al Código Penal*. Valladolid: Lex Nova, p.141. VENTAS SASTRE, R. (2002). *Estudio de la minoría de edad desde una perspectiva penal, psicológica y criminológica*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, p.21.

¹⁴ RÍOS MARTÍN, J.C. *El menor infractor ...*, op. cit. p.136

¹⁵ DE LA ROSA GUTIÉRREZ, G. (2007). *Imputabilidad y edad penal*, p. 10. Recuperado (30.04.2017) de

natural o física del menor de edad. Al fijar una edad concreta acorde a ese criterio, se presume que por debajo de dicha edad el sujeto no es responsable penalmente, con independencia de su grado de madurez.

La doctrina penal española coincide unánimemente en interpretar legalmente el cómputo de la edad. Por un lado, calculando de momento a momento. Por otro lado, teniendo en cuenta la edad del menor en el momento de la acción delictiva a efectos de valorar la imputabilidad de un menor. Mientras que, en Alemania, el legislador ha preferido seguir un criterio mixto o biopsicológico. El criterio mixto refiere a la facultad de discernimiento de la persona. Por tanto, lo importante es valorar la capacidad de discernimiento del menor para que pueda ser o no considerado responsable de sus actos.

Esta facultad de discernimiento está formada por dos elementos: el primer elemento es la capacidad del menor de edad para comprender el injusto penal, y el segundo elemento es la capacidad del menor para actuar como consecuencia de esa comprensión.¹⁶ La combinación de ambos elementos en la actual regulación del menor establece por tanto una responsabilidad jurídico-penal. Concretamente, cuando en el momento de comisión del hecho delictivo el sujeto es suficientemente maduro acorde a su desarrollo mental y moral. De esta manera, le permite una comprensión del injusto penal y actuar conforme a esa comprensión.

Aunque una corriente doctrinal ha mostrado que «al exigirse una prueba de madurez en cada caso individual, la mayoría de las veces los Tribunales prescinden del examen individual de la capacidad del menor y parten de la presunción generalizada de la misma».¹⁷ En cualquier caso, el Juez de Menores alemán facultativamente en base a ese criterio, es quien dictamina si

http://porticolegal.expansion.com/pa_articulo.php?ref=271.

¹⁶ El derecho penal juvenil («*Jugendgerichtsgesetz*», *JGG*) contempla el criterio de discernimiento a la hora de determinar la responsabilidad penal del menor. En cualquier caso, sobre este asunto se hablará más adelante en el Capítulo correspondiente al menor infractor (Capítulo II).

¹⁷ ALBRECHT, P.A. (1990). *El derecho penal de menores*. Traducción por BUSTOS, J. Barcelona: PPV, p.131. El problema como mantiene una parte de la doctrina, radica en la falta de juicio individualizado por parte del órgano jurisdiccional, la ausencia de trato igualitario y la falta de seguridad jurídica. Cfr. BARQUÍN SANZ, J., y CANO PAÑOS, M.A. (2006). Justicia penal juvenil en España: una legislación a la altura de los tiempos. *Revista de derecho penal y Criminología*, (18), 37-95.

un menor es o no responsable penalmente conjugando la edad del menor con la capacidad de culpabilidad del mismo. Es por ello, que el órgano jurisdiccional debe establecer la base de la punibilidad del menor, determinando cuando éste es capaz de entender y adecuar su comportamiento a dicho entendimiento.

Para finalizar, y tras aproximarnos sucintamente al concepto de minoría de edad en ambos países, cabe decir que existe una diferencia en la consideración del cómputo de la edad penal de un menor atendiendo a criterios concretos según el país. La división jurídica de los sujetos en el ámbito penal como imputable e inimputable, es en parte a pesar de algunos matices, al establecimiento de la minoría de edad atendiendo a los criterios antes mencionados.

2.4. Minoría de edad en el ámbito social

En el ámbito social, el concepto de menor de edad es un término relevante que ha ido evolucionando junto a nuestra historia y a la configuración de los diferentes tipos de sociedades. La dimensión cronológica de la edad en el contexto sociológico no va a determinar por sí sola la condición de la persona. Ya que, precisará de otros elementos como por ejemplo las circunstancias socio-ambientales, la educación o la familia.

En el siglo XIX se consideraba adolescente a la persona que alcanzaba la madurez biológica, y tres acontecimientos ayudaron a la configuración de este concepto: la legislación laboral infantil, la educación obligatoria y los procedimientos procesales especiales para la juventud (especialmente la configuración jurídica de la minoría de edad).¹⁸ Ahora bien, en un contexto sociológico, el menor de edad forma parte de un grupo social integrado en la vida de una sociedad que está «delimitado por una construcción histórica y cultural determinada y que, desde un punto de vista cronológico, no ha llegado aún a la edad adulta pero que está en fase de crecimiento para alcanzar ese estado de deseable (*adultez*)».¹⁹ Para autores como Van

¹⁸ BRÍGIDO, A.M. (2006). *Sociología de la educación: Temas y perspectivas fundamentales*. Córdoba: Brujas, p.74.

¹⁹ PÁVEZ SOTO, I. (2012). Sociología de la Infancia: las niñas y los niños como actores sociales. *Revista de*

Bueren, la infancia es un «constructo social»²⁰ que como tal, tiene unos derechos particularizados e inherentes a la misma, de aplicación durante este periodo. Además, la autora continúa con que cualquier intento para definir o desmarcar este concepto es inevitablemente artificial.

En verdad, para finalizar es evidente matizar que la configuración de este concepto lleva no solo a una interpretación jurídica (ámbito penal, civil, constitucional), sino también a una interpretación desde una perspectiva social más amplia como ya se había puesto de manifiesto en la parte introductora.

3. Tratamiento y protección jurídica del menor de edad

El menor de edad requiere de una especial protección porque es un grupo especialmente vulnerable en comparación con otros grupos que integran la sociedad. Por este motivo, hay una obligación de proteger y garantizar sus derechos por parte de los poderes públicos. Los poderes públicos deberán disponer de recursos que aseguren la efectividad y el disfrute de esos derechos. De hecho, la referencia a la titularidad de los mismos se encuentra regulada en diferentes textos normativos. En consecuencia, el tratamiento jurídico y la protección del menor en el plano estatal han sufrido un impulso considerable mediante el reconocimiento de los derechos que le asisten. Gracias a ello, es un colectivo que afortunadamente va cobrando mayor protagonismo en la sociedad.

Se pone así de manifiesto, la participación de las instituciones públicas y de las instituciones específicas relacionadas con los menores, en la adecuada asistencia para el pleno ejercicio de sus derechos y libertades. Junto a estas instituciones, van a tomar parte asimismo los padres o familiares y la ciudadanía en general. La cooperación de todos los actores sociales que integran la comunidad, será fundamental para que los postulados de la normativa de

Sociología, (27), 81-102, p. 86.

²⁰ VAN BUEREN, G. (1995). *International law of the rights of the child*. Amsterdam: Kluwer Law Publishing, p.32.

protección a los menores se cumplan. En suma, mediante la previsión de las medidas necesarias que exijan el cumplimiento de dichas leyes.

La protección del menor de edad es por tanto una cuestión que vincula a los poderes públicos, tanto a nivel de la Administración del Estado como a nivel de las Comunidades Autónomas en España. La evolución y el desarrollo en materia de la infancia han coincidido también con «el despegue o la expansión de las Comunidades Autónomas que en gran medida han ido marcando su *territorio* en lo que respecta a las políticas de infancia, a través de la actividad legislativa».²¹

El menor en Alemania alcanza un protagonismo merecido, cuya idiosincrasia se concibe en un ámbito jurídico particular dotado de una protección especial y singular, cuyo tratamiento jurídico ha evolucionado con rapidez en los últimos tiempos. También, tras la reunificación de los Estados Federados («*Länder*»), teniendo en cuenta las particularidades y diferencias entre los «*Länder*» orientales y occidentales. El sistema de protección de la infancia en la legislación y en la práctica se fue construyendo sobre un modelo deficiente de la antigua República Democrática, hasta conseguir un sistema político de atención más efectivo con una protección actual satisfactoria.²²

Existen numerosas leyes y disposiciones jurídicas en España y Alemania, que como ocurre en la legislación de buena parte de otros países europeos, contienen preceptos legislativos que giran en torno a la protección y promoción de los derechos de los menores. Además, a nivel internacional y europeo ha tenido un importante desarrollo que se manifiesta asimismo en su extensa legislación, y en sus políticas de infancia y de juventud.

A continuación, se citan en los siguientes apartados la amplia normativa que existe en el ámbito internacional, europeo, español y alemán en relación a la protección del menor de

²¹ LÁZARO GONZÁLEZ, I. E. (coord.) (2002). *Los menores en el derecho español*. Madrid: Tecnos, p.28.

²² ALCÓN YUSTAS, M.A. (1998). La protección de los derechos del niño en la constitución española y en las constituciones de nuestro entorno. En J. RODRÍGUEZ TORRENTE (ed.), *El menor y la familia: conflictos e implicaciones* (pp. 189-208). Madrid: Universidad Pontificia Comillas, p.200.

edad. En cualquier caso, no se pretende hacer un análisis exhaustivo de la normativa aprobada a favor del menor, sino abordar la protección a la infancia. Del mismo modo, que el tratamiento jurídico del menor de edad en los diferentes instrumentos internacionales, europeos y nacionales.

3.1. En la legislación internacional

3.1.1. Consideraciones introductorias

Numerosos son los textos internacionales vigentes relacionados directa o indirectamente con el menor de edad que constituyen el «*corpus iuris*» del derecho internacional de los derechos humanos del derecho internacional público. Los instrumentos internacionales en relación a la infancia y adolescencia deberán ser ratificados por los Estados de la comunidad internacional. Posteriormente, se deberán transponer a sus ordenamientos jurídicos internos para aumentar la eficacia de dicha protección.

Si esta protección no se hace efectiva y los Estados no garantizan la satisfacción de las necesidades básicas de los menores, entonces no se puede dar un adecuado desarrollo de la personalidad del menor para convertirse en un adulto. Por lo que, cualquier discurso alrededor de los menores de edad carece de sentido y se vuelve trivial.

Esta afirmación, es válida asimismo en el caso de los menores infractores cuyo sistema de protección debe estar destinado a la prevención y a su protección frente a la Administración de Justicia. No obstante, la protección implica evitar que el menor entre a formar parte de un proceso penal. Llegado el caso, en el marco penal y procesal, la comparecencia del menor infractor ante las instituciones judiciales requiere de una especial protección jurídica frente a la vulnerabilidad en la que se encuentra, y más siendo reincidente.

Por ende, estos textos internacionales deberán integrar mecanismos adecuados y adaptados a los menores en general y a los menores infractores en particular, para ofrecer de este modo soluciones duraderas y satisfactorias. En este caso, sobre todo, cuando se habla de instrumentos en relación a la protección del menor infractor, se espera la promoción de sus

derechos y la construcción de sinergias con todas las instituciones implicadas para facilitar una completa rehabilitación del mismo.²³

3.1.2. Instrumentos jurídicos internacionales

Es cierto, que la primera referencia al menor como persona en desarrollo la encontramos en la Declaración de Ginebra de 24 de septiembre de 1924.²⁴ Esta Declaración Internacional no era de carácter obligatorio y fue adoptada como consecuencia de la Primera Guerra Mundial. Este texto fue pionero ya que incluía preceptos relativos a la protección del menor, siendo la sociedad y el Estado responsables del mismo. Como apunta Blasco Igual, este documento constaba de cinco principios, «reconociendo al menor de edad, por primera vez, como un sujeto individual que debe ser considerado por sí mismo, poniendo de manifiesto la situación de evolución de su persona, y tendiendo a asegurar las condiciones idóneas para su protección y desarrollo».²⁵

Años más tarde, en la Declaración de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1959, ya se mencionan los derechos del menor. Esta Declaración fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la Resolución 1386 (XIV). Se amplían de cinco a diez principios los derechos del niño. Sus principios básicos supusieron un avance significativo en la protección del niño al incluir disposiciones como: el principio de no discriminación o el derecho al desarrollo personal. Sin embargo, tanto esta Recomendación como la anterior Declaración carecían de carácter vinculante, siendo entonces insuficiente la proporción de protección al menor en el caso concreto.

²³ De todas formas, los instrumentos de carácter internacional referentes a los derechos de los menores y a su protección en el ámbito penal, se tratarán en el Capítulo II.

²⁴ En palabras de Blasco Igual, «la idea de elaborar un instrumento que ofrezca protección especial al menor es propuesta por Eglantyne Jebb, fundadora de Save the Children en 1919 en Londres y de la Unión Internacional de Auxilio al niño en 1920 en Ginebra». En BLASCO IGUAL M.C. (2015). *Consentimiento informado, madurez del menor de edad y derechos humanos* (Tesis doctoral). Universidad de Valencia, Valencia, p.22.

²⁵ BLASCO IGUAL M.C. *Consentimiento informado, madurez...*, op.cit., p.23.

Con la aparición de la Convención sobre los Derechos del Niño, se conceden a los menores derechos propios, siendo el Tratado Internacional hasta la fecha más relevante en materia de menores. La Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989 fue aprobada en Resolución A44/25 por la Asamblea General de las Naciones Unidas.²⁶ Se trata de un instrumento internacional vinculante «semejante a una Constitución de derechos de diversa naturaleza, (...) teniendo en cuenta la singular situación del niño (...), necesitado de cuidados especiales y de cauces para el desenvolvimiento de esa personalidad en formación».²⁷

Como queda dicho, es la primera norma jurídica vinculante en el ámbito internacional de los derechos humanos. Va a incorporar los derechos humanos sociales, culturales, civiles, políticos y económicos de los menores de edad. Asimismo, incluye por primera vez la definición de niño en el marco del derecho internacional. La ratificación de esta Convención por los diferentes Estados parte supuso un hito histórico. No solo se reconocen los derechos de protección y de provisión de los niños, sino que también se recogen los derechos de participación. De esta manera, los niños son considerados como ciudadanos jurídicamente independientes.

La CDN se caracteriza por dos cuestiones: «por su naturaleza normativa y la delimitación que lleva a cabo del bien protegido».²⁸ Este texto es de naturaleza normativa al plasmar y normativizar los derechos de los niños de manera uniforme y aceptada, mayoritariamente por el conjunto de la comunidad internacional. Respecto a la segunda cuestión, la Convención establece límites mínimos de edad y límites superiores de edad. Partiendo de la base, que es considerado niño todo ser humano menor de 18 años.²⁹ A pesar de que hay países que tienen

²⁶ Tanto España como Alemania han ratificado dicha Convención y sus Protocolos adicionales. Concretamente, España el 6 de diciembre de 1990 y Alemania el 6 de marzo de 1992.

²⁷ LÁZARO GONZÁLEZ, I. *Los menores en el derecho...*, op.cit., p.127.

²⁸ SOROETA LICERAS, J. (2011). Los derechos del niño. En C. FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE (coord.), *Derecho internacional de los derechos humanos* (pp. 451-474). Madrid: Dilex, p.294.

²⁹ Art. 1 de la CDN: «Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad».

alguna divergencia respecto a este planteamiento, se toma como referencia la edad de 18 años lo que se consideraría mayoría de edad.

El compromiso de dicha Convención es la promoción y la protección de los derechos de la infancia. Por otro lado, el deber del Comité de los Derechos del Niño como órgano de vigilancia del ejercicio de los derechos del niño (art. 43 de la Convención) es monitorizar a los Estados parte³⁰ que han ratificado dicha Convención, para que cumplan con sus obligaciones. Gracias a ello, se velará por la aplicación en el derecho interno de los deberes y compromisos que han asumido estos Estados parte.

Con la CDN, se ha dado un paso más allá en la protección universal de los derechos humanos, garantizándose de este modo la protección de la dignidad de todos los niños. De hecho, la importancia de la CDN se debe a la consagración de los derechos de los niños, ya que las necesidades de los mismos se reconocen *positivizando* los derechos. El reconocimiento de los derechos implica la asunción de los Estados parte sobre la adopción de medidas para garantizar que sus derechos sean respetados. Debido a la característica especial de este grupo, no solo es importante la amplitud normativa en el ámbito internacional, sino también prever medidas que ayuden a la implementación y al cumplimiento de dicha normativa.

Ahora bien, existen otros documentos globales emanados de las Naciones Unidas que certifican la preocupación de la comunidad internacional por los menores a lo largo de la historia. Entre ellos, destaca la Carta Internacional de Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, cuyo conjunto comprende: la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966 y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 16 de diciembre de 1966. A pesar del carácter universal de estos textos, no están destinados a los menores de edad. Sin embargo, contienen algunas disposiciones específicas que son aplicables a éstos.

³⁰ Son Estados parte (actualmente 196) que han ratificado la CDN, excepto EEUU que aún no lo ha ratificado (aunque si firmado el 16 de febrero de 1995). Consúltese el mapa actual con la ratificación de los países. Recuperado (12.04.2017) de: <http://indicators.ohchr.org/>.

En la Declaración Universal de los Derechos Humanos se hace mención al reconocimiento e interpretación de todos los derechos para todas las personas sin importar la edad, siendo igualmente los niños y niñas titulares de derechos, los cuales son garantizados por dicha Declaración. Concretamente, en su artículo 25.2³¹ *«se proclama el derecho a recibir prestación social sin discriminación por razón de nacimiento y a disfrutar de los cuidados y asistencia especiales que corresponden a la infancia»*.³²

Por otro lado, en el artículo 24.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se hace alusión a la protección legal del menor.³³ Junto a éste, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su artículo 10.3 atesora lo relativo a las medidas de protección y asistencia de los niños.³⁴

De especial interés en el ámbito penal y de la Administración de Justicia de menores son las Reglas de Beijing, adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1985. En este documento se plasma por primera vez una justicia específica de menores, diferenciándola de la justicia aplicada a los adultos. En esta misma línea, destacan otros textos internacionales aprobados en el seno de las Naciones Unidas como son las Directrices Riad y las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, ambas adoptadas también por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1990.³⁵ Es relevante constatar

³¹ Art. 25.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos: *«La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social»*.

³² ESCOBAR, G. (dir.) (2005). *Niñez y adolescencia: III Informe sobre derechos humanos*. Madrid: CICODE, p.23.

³³ Art. 24.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: *«Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado»*.

³⁴ Art. 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: *«Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social. Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal, será sancionado por la ley. Los Estados deben establecer también límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado por la ley el empleo a sueldo de mano de obra infantil»*.

³⁵ El análisis de estos instrumentos jurídicos va a ser tratado en el siguiente Capítulo.

que posteriormente a la aprobación de la CDN, se ha adoptado numerosa normativa tanto vinculante como no vinculante en el marco del derecho internacional público. Estos instrumentos están referidos y destinados específicamente a la protección de la infancia. Muchos de ellos recogen y reflejan el interés por la protección y la promoción global de sus derechos o de un sector de los mismos. Principalmente, se manifiestan en diferentes ámbitos como el ámbito laboral, en casos de conflictos armados, en el seno del ámbito civil y de las relaciones paterno-filiales, en el ámbito de la migración o en el del asilo.

En consecuencia, de todo ello podemos concluir que el tratamiento y la protección del menor en el ámbito internacional no solo se enmarcan en el ámbito de los derechos humanos, sino también se amplía a otros ámbitos. La finalidad última en todos los textos normativos es proteger al menor. En suma, «los textos internacionales reconocen al menor como sujeto de derechos, teniendo en cuenta que no pertenece a un grupo homogéneo y que, atendiendo a su heterogeneidad, la concesión de derechos es graduable y gradual».³⁶

3.2. En la legislación europea

3.2.1. Consideraciones introductorias

Las instituciones europeas se han visto fortalecidas entre otras cosas, por la evolución que han experimentado los diferentes países del marco comunitario europeo y por el progreso acaecido en los diversos sistemas de protección de menores. De ahí, que la protección del menor en el marco de la Unión Europea es uno de los objetivos claves de la misma, al ser considerado el elemento más vulnerable de la sociedad.³⁷ Junto al hecho que los menores de edad representan

³⁶ PURDY, L. (1992). *In their best interest? The case against equal rights for children*. New York: Cornell University Press, p.33.

³⁷ De hecho, se han realizado diferentes estudios cualitativos e investigaciones de diferente índole sobre la población de menores de edad en los 28 miembros que conforman la UE y su relación con los organismos de la misma. Véase a modo de ejemplo entre otras: EUROPEAN COMMISSION (2011). *Children's rights, as they seem*. Luxemburgo: Publications Office of the European Union. BROŽAITIS, H. (2011). *The evaluation of the impact of the UE instruments affecting children's rights with a view to assessing the level of protection and*

uno de los sectores más frágiles de la sociedad, se suma la predicción de que «la población menor de 18 años en la UE, supondrá aproximadamente un 15% en el año 2050».³⁸

Es por ello que el objetivo de la UE se dirige a la creación e implementación de un marco legal y de un régimen práctico dirigido a los menores de edad y orientado a la intervención de las Administraciones Públicas. En este sentido, se dota considerablemente de una mayor protección a este sector de la población. De hecho, la UE ha colaborado y colabora a día de hoy con otros organismos internacionales para la protección de los derechos de los niños como, por ejemplo, con UNICEF.

La Unión Europea impulsa y apoya las políticas llevadas a cabo por los Estados miembros en materia de la infancia. Del mismo modo, refuerza la protección de los derechos de los menores de edad y el fortalecimiento del bienestar del menor. También, promueve políticas en materia de justicia y de seguridad en el ámbito comunitario.

El Consejo de Europa («*Council of Europe*»)³⁹ es una organización internacional que se creó en 1949, para defender los derechos humanos y las libertades fundamentales de los ciudadanos dentro de un Estado de Derecho. Este organismo ha ido creciendo y ampliando su alcance geográfico hasta desarrollar un papel fundamental en la orientación de las políticas generales de la UE. Fue la primera organización europea independiente en reconocer los derechos de la infancia en el continente europeo, al mismo tiempo que reconocía la protección de los mismos. Dicho Consejo, partió de la base del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales⁴⁰ que a su vez se basaba en la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

promotion of children's rights in the EU. Vilnius: Public Policy and Management Institute. JAMES, M. & VAN BUEREN, C. (2010). *Local regional cooperation to protect the rights of the child in the European Union*. European Union Book Shop.

³⁸ STALFORD, H. & DRYWOOD, E. (2009). Coming of age? Children's rights in the European Union. *CML Rev.*, 46,143-172, p. 151.

³⁹ El Consejo de Europa está actualmente integrado por 47 países de los cuales 28 son miembros también de la UE.

⁴⁰ El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales o la

El Consejo de Europa está formado por dos órganos reglamentarios que son el Comité de Ministros y la Asamblea Parlamentaria. Además, tiene otros órganos como son la Secretaría General y el Consejo de Poderes Locales y Regionales de Europa. En cambio, es el Comité de Ministros quien «toma las decisiones del Consejo de Europa, monitorizando los compromisos alcanzados por los Estados, cuyos preceptos están recogidos en los Convenios de carácter vinculante».⁴¹ La Asamblea como órgano parlamentario está formada por diez Comisiones cuyas competencias abarcan diversas áreas. Entre estas áreas están, la de protección a la infancia. Algunas instituciones de la UE remiten asuntos del ámbito de los derechos humanos a la propia Asamblea. De hecho, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa ha adoptado numerosas Recomendaciones y Resoluciones en relación a los derechos de los menores, y concretamente en materia de justicia juvenil. De esta manera, se reconoce el papel de éstos en Europa, a través de la promoción y protección efectiva de sus derechos

En definitiva, en materia de protección de la infancia el Consejo de Europa ha sido un pilar fundamental, ya que se ha valido de la ayuda de los diferentes instrumentos autónomos propios que la conforman, entre los cuales se encuentra el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.⁴² La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia general de protección de menores, manifiesta la prevalencia del interés superior del menor en las sentencias emanadas de este órgano.

El Consejo de Europa puso en marcha en el año 2006 el programa *Construir Europa para y con niños*,⁴³ adoptando así una nueva estrategia en la promoción y protección de los niños en toda Europa, con la ayuda de los cuerpos del Consejo de Europa y de otras instituciones. En este programa, se recogían buenas razones dirigidas a la salvaguarda de los niños que iban

también llamada Convención Europea de Derechos Humanos, fue firmado en Roma el 4 de Noviembre de 1950. Recuperado (07.01.2017) de: http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf.

⁴¹ FERNÁNDEZ TESORO, C. (2014). *La protección contemporánea de los derechos de la infancia en Europa: regulación jurídica y práctica del Consejo de Europa y la Unión Europea*. Madrid: CEIB, p.18.

⁴² El Tribunal Europeo de Derechos Humanos se estableció el 3 de septiembre de 1953 en Roma para garantizar los derechos humanos y libertades fundamentales en toda Europa.

⁴³ Una breve descripción de este programa transversal europeo puede verse en el siguiente enlace. Recuperado (07.01.2017) de: <http://www.coe.int/t/dg3/children/other%20langauges/Booklet%20ES.pdf>.

desde el reconocimiento y el respeto de sus derechos en todos los países de Europa, hasta la protección de éstos frente a la violencia. Esto se llevaba a cabo, mediante la creación de estrategias nacionales con la ayuda de todos los actores de la sociedad que participaban durante el proceso. Asimismo, se requería del establecimiento de una cooperación internacional con otros organismos e instituciones fuera del continente europeo.

3.2.2. Instrumentos jurídicos europeos

Con respecto a los instrumentos jurídicos europeos más importantes referidos a la promoción y protección de los niños encontramos, tanto textos especiales dedicados específicamente a los menores como textos de carácter más general. Los instrumentos más importantes y significativos para la atención de los grupos más vulnerables, entre los que se encuentran los menores de edad, son los emanados del Consejo de Europa. Algunos de los textos tienen carácter vinculante (Tratados y acuerdos internacionales). En cambio, otros no tienen carácter obligatorio, sino que adoptan la forma de Recomendaciones.

En primer lugar, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales fue promulgado el 4 de noviembre de 1950. Este Convenio es el primer Tratado regional Europeo sobre Derechos Humanos principalmente de carácter civil y político. Igualmente, constituye uno de los pilares más sólidos del Consejo de Europa. Aunque no es un Tratado orientado al ámbito de los derechos del menor, se incluyen algunos artículos que hacen mención a la infancia en relación al sistema de justicia penal.

Este Convenio debe ser ratificado obligatoriamente por los 47 Estados miembros que conforman el Consejo de Europa. En resumen, fue «el primer instrumento internacional jurídicamente vinculante que estableció un control internacional de la aplicación de los derechos civiles y políticos en el ámbito estatal».⁴⁴

⁴⁴ GARCÍA JIMÉNEZ, M. E. (1998). *El Convenio Europeo de Derechos Humanos en el umbral del siglo XXI*. Valencia: Tirant lo Blanch, p.106.

El artículo 5.1.d señala expresamente la figura del menor en relación al derecho a la libertad y a la seguridad, cuando hay una privación de la libertad por una imposición de una medida de internamiento.⁴⁵ En el artículo 6 relativo al derecho a un proceso equitativo, se menciona la protección de los intereses del menor por medio de la restricción de la publicidad en el transcurso de un proceso judicial.

Por otro lado, destaca en este instrumento regional europeo una amplia y significativa jurisprudencia emanada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). Dicha jurisprudencia, pone de manifiesto la prevalencia del interés superior del menor en las reiteradas sentencias emanadas de este organismo.

Conviene también tener presente la Carta Social Europea (CSE) de 18 de octubre de 1961, también llamada Carta de Turín.⁴⁶ Esta Carta tiene un carácter complementario al CEDH. Va a incluir referencias y disposiciones de los menores de edad, que de forma directa e indirecta inciden sobre el interés y amparo de los mismos. De manera indirecta, gran parte de su articulado podrá ser aplicado en la protección de los derechos de la infancia. La mención explícita a la infancia, se debe a que numerosas disposiciones están orientadas a la consecución y mejora del bienestar de los menores.

De manera directa, se recoge exactamente la preocupación por los menores como consecuencia de la vulnerabilidad que conlleva la minoría de edad. Concretamente, en los artículos 7 y 27 de la Parte I de la Carta. De las cinco Partes que contiene la CSE, la Parte I gira en torno a los derechos sociales y económicos.⁴⁷ El artículo 7 menciona y recoge la

⁴⁵ Art. 5.1 de la CEDH: «*Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la ley: d) Si se trata de la privación de libertad de un menor en virtud de una orden legalmente acordada con el fin de vigilar su educación o de su detención, conforme a derecho, con el fin de hacerle comparecer ante la autoridad competente*».

⁴⁶ España ratificó la Carta Social Europea revisada y sus Protocolos el 23 de octubre de 2000. Mientras que Alemania el 29 de junio de 2007. La Carta Social Europea fue revisada el 3 de Mayo de 1996. Recuperado (07.01.2017) de: <https://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/presentation/escrbooklet/Spanish.pdf>.

⁴⁷ Para conocer en mayor profundidad el reconocimiento del menor en la CSE. *Vid.* ELÍAS MÉNDEZ, C. (2003). El menor de edad en la Carta Social Europea. *Revista de Derecho*, (2), 1-27.

protección a los niños y a los adolescentes, aunque de aplicación en el plano laboral. El artículo 27 distingue la protección social y económica de los niños y de sus madres, garantizando el pleno ejercicio de sus derechos⁴⁸. En ambos artículos, se dota de una protección especial a los menores de edad, asegurándose así una justicia social en materia de protección laboral y económica de niños y adolescentes.

Las instancias de control de ambos instrumentos europeos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso del CEDH, y el Comité Europeo de Derechos Sociales en el caso de la CSE, han desarrollado una amplia jurisprudencia. De hecho, la infancia ha sido defendida en innumerables ocasiones en la jurisprudencia en el seno de ambos organismos. En concreto, de las decisiones del CEDS como manifiesta Jimena Quesada, «reviste interés no solo la cuestión de la indivisibilidad de todos los derechos humanos, (...) en conexión con lo anterior- que se hagan eco de la complementariedad de las demás normas y decisiones jurisprudenciales del Derecho internacional de los Derechos Humanos».⁴⁹

Además de la normativa anterior, conviene tener presente otra Convención Internacional en el marco del Consejo de Europa. Se trata del Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños de 25 de enero de 1996 (también llamado Convenio de Estrasburgo).⁵⁰ Este instrumento jurídico vinculante promueve los derechos de los menores de 18 años, haciendo mención a la salvaguarda de los mismos en los procedimientos judiciales. Como Tratado Internacional específico no incluye nuevos derechos sustantivos. Al menos, asegura el derecho de los menores a participar en estos procedimientos ante las autoridades judiciales. En él, se incluyen los derechos procedimentales de los que dispone un menor en el transcurso de

⁴⁸ Art. 17 de la CSE: «Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de las madres y los niños a una protección social y económica, las Partes Contratantes adoptarán cuantas medidas fueren necesarias y adecuadas a ese fin, incluyendo la creación o mantenimiento de instituciones o servicios apropiados».

⁴⁹ JIMENA QUESADA, L. (2010). La protección de los grupos vulnerables por el Consejo de Europa. En S. SANZ CABALLERO (ed.), *Colectivos vulnerables y derechos humanos. Perspectiva Internacional* (pp. 15-42). Valencia: Tirant lo Blanch, p.26.

⁵⁰ Se trata de un Tratado multilateral que ha sido ratificado ya por 19 países. Alemania lo ratificó el 10 de abril de 2002, entrando en vigor el 1 de agosto de 2002. España lo ha ratificado el 11 de noviembre de 2014, entrando en vigor el 1 de abril de 2015.

un proceso judicial. Del mismo modo, están incluidos los derechos específicos de los jueces que deben juzgar aquellos asuntos en los que intervienen menores.

En cuanto a las medidas de mayor relevancia emanadas de la UE, encontramos la Resolución del Parlamento Europeo A3-0172/92, de 8 de julio de 1992, sobre una Carta Europea de los Derechos del Niño.⁵¹ En ella, se reconoce la importancia de la infancia en el contexto europeo y se introducen aspectos relacionados con la minoría de edad penal. Concretamente, en el artículo 17 de dicha Resolución, se menciona a los menores de edad que han cometido un hecho delictivo, reconociéndose las garantías penales y procesales de los mismos.⁵² Al mismo tiempo, en este artículo se exponen los criterios y principios que inspiran las sanciones que se van a imponer a un menor y que serán de gran ayuda durante su tratamiento.

La Carta Europea de los Derechos del Niño «es un proyecto de Carta comunitaria de los derechos del niño (...) y que considera que la infancia de todo individuo y las particulares circunstancias de su entorno familiar y social determinan en gran medida su vida posterior de adulto».⁵³ Los preceptos incluidos en esta Carta abogan por el cumplimiento de unos principios mínimos que afecten a la población menor de 18 años, reconociéndose así sus derechos y estableciéndose unas medidas de protección.

Es notable señalar, el alcance de la Recomendación A4-0393/96, sobre medidas de protección de menores en la Unión Europea, de 25 de noviembre de 1996.⁵⁴ En ella se subrayan los derechos y libertades inherentes al niño. Además, se indica la conveniencia de mencionar a éstos en los Tratados para que se lleve a cabo su salvaguarda por parte de las instituciones comunitarias europeas.

⁵¹ DOCE nº C 241, de 21 de septiembre de 1992.

⁵² En el artículo 17 se recoge «(...) los niños presuntos autores de un delito tiene derecho a beneficiarse de todas las garantías de un procedimiento regular, incluyendo el derecho a gozar de una asistencia jurídica especial y adecuada para la presentación de su defensa (...)».

⁵³ OCÓN DOMINGO, J. (2006). Normativa Internacional de protección de la infancia. *Cuadernos de Trabajo Social*, 19, 113-131, p. 127.

⁵⁴ Esta Recomendación puede ser consultada en español en el siguiente enlace. Recuperado (07.01.2017) de: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A51996IP0393>.

La salvaguardia del menor se recoge explícitamente en el Tratado de Lisboa, que entró en vigor el 1 de diciembre de 2009.⁵⁵ Dicho Tratado, «refuerza la democracia en la UE y defiende a todos los ciudadanos, situándolos en el centro de atención de todas las políticas europeas».⁵⁶ Así pues, los derechos del menor se congregan en el artículo 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.⁵⁷ Este artículo reconoce la titularidad y la independencia de tales derechos. Al mismo tiempo, considera el interés superior del menor como un elemento necesario para las autoridades públicas y las instituciones privadas. La Carta de los Derechos Fundamentales de la UE⁵⁸ pasó a ser jurídicamente vinculante con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa. Al aplicar el derecho de la UE, tanto los Tribunales nacionales como las instituciones europeas están empujados a respetar dicha Carta.⁵⁹

En definitiva, todos los pasos llevados a cabo por las instituciones de la Unión Europea y del Consejo de Europa han supuesto una mayor intervención proactiva en este ámbito, mediante estrategias de implementación de políticas sociales dirigidas al menor de edad. En esta línea, se han desarrollado asimismo campañas de sensibilización para conseguir una afinidad de la sociedad por este sector poblacional.

Para terminar, y tras señalar el alcance de la protección y tratamiento del menor de edad en el ámbito de la legislación europea más representativa, cabe reseñar que el Comité Económico y Social Europeo publicó el 15 de febrero de 2011 la Comunicación de la Comisión Europea

⁵⁵ El Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Unión Europea, fue firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007. Dicho Tratado puede ser consultado en español en el Diario Oficial de la Unión Europea, C306, 17 de diciembre de 2007.

⁵⁶ Vid. España. COMISIÓN EUROPEA (2014). *Comprender las políticas de la Unión Europea: Justicia, ciudadanía y derechos fundamentales*. Luxemburgo: Oficina de publicaciones de la Unión Europea.

⁵⁷ El artículo 24 dedicado a los derechos de los menores señala que: «1. Los menores tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar. Podrán expresar su opinión libremente. Ésta será tomada en cuenta en relación con los asuntos que les afecten, en función de su edad y de su madurez. 2. En todos los actos relativos a los menores llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del menor constituirá una consideración primordial. 3. Todo menor tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si son contrarios a sus intereses».

⁵⁸ La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea puede consultarse en el Diario Oficial de la Unión Europea C.303, de 14 de diciembre de 2007.

⁵⁹ España. COMISIÓN EUROPEA. *Comprender las políticas de la Unión Europea...op.cit.*, p.6.

titulada *Una Agenda de la UE en pro de los Derechos del Niño*. Anteriormente a esta Comunicación, en el año 2006, fue publicada tras cuatros años de preparación, la Comunicación de la Comisión Europea titulada *Hacia una Estrategia de la Unión Europea sobre los Derechos de la Infancia*.⁶⁰ En ésta, se explica la manera de desarrollar una amplia estrategia a largo plazo de la UE para promover y proteger los derechos del niño. De acuerdo con dicha Comunicación tienen lugar ciertas acciones como: a) la construcción de un foro europeo sobre los derechos del niño, b) la coordinación entre las partes interesadas pertinentes en el marco de las relaciones exteriores y c) la consideración de los derechos del niño en todas las políticas internas y externas de la UE.

3.3. En la legislación española

Gracias a los instrumentos internacionales que han sido ratificados por España, se ha podido modificar el sistema de protección de menores en nuestro ordenamiento jurídico. Consecuentemente, como resulta evidente, debido a la consagración de la protección constitucional del menor en nuestra Carta Magna.

Haciendo un breve recorrido histórico, se observa que hoy en día, la protección del menor infractor prima con respecto a tiempos pasados, cuando los Tribunales Tutelares de Menores⁶¹ daban respuesta a las infracciones cometidas por los niños. Además, «en estos Tribunales bajo el eufemismo de la tutela, se escondían auténticas privaciones de derechos fundamentales».⁶² Seguían un modelo paternalista, con funciones protectoras y de tutela que abarcaban a los que delinquían, pero también a aquellos que no, siendo la intervención por parte de los jueces arbitraria y represiva.

⁶⁰ COM(2006) 367 final, DO C 325 de 30.12.2006, 65–70.

⁶¹ La Ley de Tribunales Tutelares de Menores y su Reglamento (LTTM) se aprobó por Decreto el 11 de junio de 1948, estableciendo el sistema de la jurisdicción especial para menores. Eran organismos administrativos-judiciales que enjuiciaban a los menores de 16 años.

⁶² GARCÍA RIVAS, N. (2005). Aspectos críticos de la legislación penal del menor, *Revista Penal*, (16), 88-105, p. 91.

Según esta ley, los órganos competentes que se encargaban de enjuiciar al menor que había cometido un ilícito penal, seguían una triple función (artículo 9). Esta triple función correspondía a una «función reformadora (enjuiciar conductas antisociales y delictivas), función protectora (protección contra el indebido ejercicio del derecho a la guarda y a la educación) y función represiva (enjuiciar determinadas faltas cometidas por mayores de edad penal)». ⁶³ Como señala Blanco Barea,

La STC 36/1991, de 14 de febrero declaró inconstitucional algunas normas de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores, ya que vulneraba principios fundamentales algunos existentes incluso antes de la aprobación de la Constitución española y, desde luego, derechos ya constitucionales como la presunción de inocencia, principio acusatorio, derecho a un Juez imparcial, diferenciación procesal entre instrucción y proceso sentenciador etc. ⁶⁴

En consecuencia, gracias además a la ratificación por parte de España de la CDN se contribuyó a la derogación de esta Ley. Lo que dio paso a la LO 4/92, de 5 de junio, sobre reforma de la Ley reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores, ⁶⁵ y a la nueva Ley Orgánica de protección jurídica del menor de 1996.

3.3.1. La protección del menor en la Constitución española

Con la llegada de la década de los 80 y la incorporación de España como Estado parte en numerosos Tratados Internacionales, se pone de manifiesto el principal cambio en relación al menor y a su tratamiento jurídico. De esta manera, la política de protección de la infancia en

⁶³ SANZ HERMIDA, A.M. *El nuevo proceso penal...*, op.cit., p. 135.

⁶⁴ BLANCO BAREA, J.A. *Responsabilidad penal del menor: principios y medidas judiciales...*, op.cit., p.1.

⁶⁵ Vigente hasta el 13 de Enero de 2001 y que separa la función de reforma de la de protección del menor, introduciendo también una serie de garantías. Se establecía un mínimo de edad en 12 años para una intervención judicial específica respecto de infractores menores de 16 años, estableciendo de manera provisional un sistema híbrido tutelar, penal y social. Este sistema se basaba en el principio del interés superior del menor, dejando de lado el castigo y la represión en toda intervención con menores infractores.

España se elabora en referencia al cumplimiento de la normativa internacional en materia de protección de los derechos de los menores.

En nuestra Constitución, se recoge en el artículo 39, el cual hace mención a una protección integral.⁶⁶ De manera explícita, también en el artículo 20.4⁶⁷ que salvaguarda a la infancia y juventud. Por otro lado, el artículo 27 hace referencia al desarrollo de la personalidad del menor mediante la educación. Es por ello, que, en esa consideración constitucional de la minoría de edad, se inscribe el amparo de los menores, «pues la titularidad de los derechos fundamentales y de las libertades de los mismos, se recogen también en dicha Carta Magna».⁶⁸ De esta manera, se convierte la atención al menor por parte de los poderes públicos en algo necesario e indispensable. Además, se establece un nuevo marco ideológico y social de fondo, que ensalzará el interés del menor junto con los valores individuales (libertad, dignidad, respeto y autonomía).

Como queda dicho, en nuestro ordenamiento jurídico, está establecido el reconocimiento pleno de los derechos de los menores como ciudadanos, ya que el menor actual será el futuro adulto y ciudadano. Esta interpretación debe inspirarse en los Tratados Internacionales como se recoge en el artículo 10.2 que señala *«las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, los Tratados y acuerdos Internacionales sobre las mismas materias ratificados por España»*.

En palabras de Aláez Corral,

⁶⁶ De manera manifiesta, los números 2 y 3 de este artículo hacen referencia al principio de protección especial de los hijos menores de edad. Mientras que el número 4 del artículo 39 hace mención a la infancia. En dicho artículo, se evidencian los deberes y obligaciones de los poderes públicos de protección del menor, pero también de la protección de la familia

⁶⁷ El artículo 20.4 de la CE recoge lo siguiente: *«Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia»*.

⁶⁸ Concretamente en el artículo 10.1 de la CE en relación a la dignidad de la persona y en el artículo 14 en relación a la igualdad de los españoles ante la ley.

El menor como persona que es, tiende a auto-protegerse mediante el ejercicio de sus derechos fundamentales compatibilizándolo con la heteroprotección (que se impone en determinados estadios de inmadurez del menor), la cual es un instrumento de la primera, cuya expresión legal es el concepto del interés del menor». ⁶⁹

Por ello, «a partir del reconocimiento constitucional, se inicia un periodo legislativo dirigido a regular y a establecer los derechos de la infancia como conjunto de garantías sociales, civiles y políticas para todos los menores españoles». ⁷⁰

3.3.2. La protección jurídica del menor en la LO 1/1996

La aparición de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pone de manifiesto la evolución y progresión de la concepción de los menores de edad como sujetos activos y participativos en nuestra sociedad. Con esta ley «se reguló la acción protectora de la Administración a través de las pautas procedimentales con objeto de alcanzar cierta uniformidad en la aplicación de los preceptos de la Norma y garantizar así el cumplimiento del principio de igualdad». ⁷¹ Se modificaron determinadas instituciones de protección del menor (básicamente tutela, guarda administrativa y acogimiento). Asimismo, determinados preceptos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En su Exposición de Motivos, se pone de manifiesto una apuesta por reconocer al menor de edad como entidad que desempeña un papel importante en la sociedad, reclamando así un mayor protagonismo para el mismo. Los derechos de los menores se rubrican en el Título I *De los derechos de los menores* (artículos 3-9). En el Capítulo II de esta ley se regula esta

⁶⁹ ALÁEZ CORRAL, B. (2003). *Minoría de edad y derechos fundamentales*. Madrid: Tecnos, p.68.

⁷⁰ ALEMÁN BRACHO, C. (2014). Políticas públicas y marco de protección jurídica del menor en España. *UNED. Revista de Derecho político*, (90), 97-134, p. 103.

⁷¹ TEJEDOR MUÑOZ, L., y POUS DE LA FLOR, M.P. (coords.) (2010). *Legislación estatal y autonómica sobre la protección jurídica del menor*. Madrid: UNED Publicaciones, p.151.

materia. Concretamente, su artículo 3 va a remitir de una forma genérica a aquellos derechos fundamentales del menor reconocidos en la CE y en los Tratados Internacionales.

De esta manera, queda recogido el nuevo enfoque dado a los derechos humanos en relación a la infancia. Éste consiste en «el reconocimiento pleno de la titularidad de los derechos de los menores de edad y de la capacidad para ejercerlos».⁷² De ahí, que «el planteamiento de esta ley deba entenderse en el sentido de recalcar la necesaria sobreprotección de determinados derechos por la circunstancia de ser ejercidos por menores».⁷³

No se tiene una intención exhaustiva, sino solo la pretensión de señalar en este punto que, en relación a la protección jurídica del menor, los menores extranjeros que se encuentren en España también van a gozar de dicha protección. Haciendo especial hincapié en aquellos grupos de menores especialmente vulnerables como los menores extranjeros no acompañados, con discapacidad, necesitados de protección internacional o víctimas de abusos.⁷⁴ Es por ello, que igual que en Alemania, las Administraciones públicas van a tener como objetivo la plena integración de estos menores en la sociedad española y alemana, respectivamente.

Esta ley supuso asimismo un nuevo marco jurídico de protección que vincula a la familia y a los poderes públicos para dar un mayor amparo a los menores. Todo ello mediante el disfrute de sus derechos y el desarrollo de su personalidad. De igual modo, protege al menor ante situaciones de riesgo o desamparo. Obliga tanto a las instituciones públicas como a los profesionales, al igual que a los ciudadanos en general a denunciar tales situaciones. Esta

⁷² VICENTE GIMÉNEZ, T. (2007). Los derechos de los niños, responsabilidad de todos. Valencia: Tirant lo Blanch, p.189.

⁷³ MONTÓN GARCÍA, M. (2003). *Derechos y garantías del menor en el ámbito civil, su protección procesal en la Ley Orgánica 1996 de 15 de enero*. Madrid: Universidad Complutense. Servicio de publicaciones, p.41.

⁷⁴ Número 3 del artículo 10 redactado por el apartado cinco del artículo primero de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia: «*Los menores extranjeros que se encuentren en España tienen derecho a la educación, asistencia sanitaria y servicios y prestaciones sociales básicas, en las mismas condiciones que los menores españoles. Las Administraciones Públicas velarán por los grupos especialmente vulnerables como los menores extranjeros no acompañados, los que presenten necesidades de protección internacional, los menores con discapacidad y los que sean víctimas de abusos sexuales, explotación sexual, pornografía infantil, de trata o de tráfico de seres humanos, garantizando el cumplimiento de los derechos previstos en la ley*».

normativa lo que pretende formalmente es la incorporación en un texto único de los derechos del menor y la modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Para conseguir esto, aborda como está recogido en la Exposición de Motivos *«una reforma en profundidad de las tradicionales instituciones de protección al menor»*.

Ahora bien, se fijan dos grandes bloques: «medidas para su eficacia y actuaciones de la Administración Pública en los supuestos de desprotección social y reformas reformulando la protección del menor en su condición de sujeto de derechos, de plena titularidad y capacidad progresiva para ejercerlos».⁷⁵ Además, es destacable en esta ley la potenciación de un principio que debe estar presente y regir en aquellas actuaciones en las que haya un menor implicado. En efecto, para que puedan así prevalecer los intereses del mismo con respecto a cualquier otro interés que pudiera concurrir. Este principio es el ya conocido como interés superior del menor. Debe tenerse en cuenta que este principio va a ser un condicionante en todas las actuaciones públicas que afecten a menores de edad, por lo que será explicado con mayor detenimiento más adelante.

3.3.2.1. Reformas del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia

Con el fin de mejorar la protección jurídica del menor de edad, tanto durante la infancia como la adolescencia, se produce 20 años después una reforma de la Ley 1/1996, iniciándose así una nueva etapa. La finalidad de la misma era solicitar a nivel estatal que se incidiera sobre la situación de los menores de edad y que se perfeccionaran los instrumentos de protección jurídica. Además, se configuró un marco de referencia para nuestras Comunidades Autónomas que ayudaría en el proceso de desarrollo de la legislación autonómica sobre esta materia. Pero en todo caso, lo cierto es, que las modificaciones⁷⁶ además de referirse a la Ley

⁷⁵ MADRID VIVAR, D., MAYORGA FERNÁNDEZ, M.J., y RODRÍGUEZ GARCÍA, A. (2009). *Los menores en un Estado de Derecho: normativa Internacional, nacional y autonómica. Prevención de la delincuencia infanto-juvenil*. Madrid: Dykinson, p.29.

⁷⁶ Modificaciones en el ámbito civil y administrativo, pero también familiar y social en particular.

1/1996, también atañen al Código Civil, a la Ley de Adopción Internacional o a la Ley de Enjuiciamiento Civil.

La reforma de la Ley 1/1996 después de ese largo proceso legislativo dió lugar a una Ley Orgánica y a una Ley ordinaria, de modificación del sistema de protección de la infancia y la adolescencia. Respectivamente, la LO 8/2015, de 22 de julio,⁷⁷ y la Ley 26/2015, de 28 de julio.⁷⁸ La razón por la cual, la reforma se haya realizado en dos leyes es que «todo lo que afecte a derechos fundamentales y a libertades públicas debe ser aprobado por Ley Orgánica y las demás cuestiones que no afectan a tales derechos han sido reguladas por Ley ordinaria».⁷⁹ De esta forma, se aprueban dos normas que difieren sustancialmente en las materias que abordan y regulan.

Esta reforma es de especial comprensión, ya que no hace otra cosa sino seguir la senda marcada por la normativa internacional y la jurisprudencia tanto española como europea. Además, se adoptan las Recomendaciones del Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas, especialmente las Recomendaciones comprendidas en la Observación General N° 14 de 29 de mayo de 2013. En ellas, ya se señaló de manera inequívoca que «el interés superior del menor será un derecho sustantivo del menor, un principio interpretativo y una norma de procedimiento».⁸⁰

En el Preámbulo de la Ley 26/2015, se recoge particularmente la necesidad de revisar el sistema de protección español de menores, a la luz de la normativa de carácter internacional que nuestro país había suscrito. Esta reforma se produce, como consecuencia de los cambios sociales ocurridos en los últimos años y con la exigencia de adaptar la normativa de

⁷⁷ Publicado en el BOE núm.175, de 23 de julio de 2015, páginas 61871 a 61889.

⁷⁸ Publicado en el BOE núm.180, de 29 de julio de 2015, páginas 64544 a 64613.

⁷⁹ MORENO-TORRES SÁNCHEZ, J. (2015). *Modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Guía para profesionales y agentes sociales*. Málaga: Save the children, p. 7.

⁸⁰ MUÑOZ GARCÍA, C. (2014). Anteproyecto de Ley de protección a la infancia: mejorar la situación de la infancia y adolescencia y garantizar una protección uniforme. *Diario La Ley*, (8310),1-6, p. 1.

protección del menor a los estándares internacionales, en consonancia con el contenido del artículo 39.4⁸¹ de la CE.

Como antes se apuntaba y como bien se desarrolla en el Preámbulo de la LO 8/2015, y en consonancia con la finalidad de tal reforma legislativa, lo que se pretende es mejorar los instrumentos de protección de la infancia y la adolescencia. De esta manera, se garantiza la uniformidad de la misma en todo el territorio nacional. Pero también, sirve de referencia a las Comunidades Autónomas en su propia legislación, en materia de protección de menores, asistencia social y servicios sociales. El trabajo conjunto del Gobierno con las Comunidades Autónomas es fundamental en la coordinación para la aplicación de ambas leyes respetando mínimos estándares y criterios comunes (apartado VII del Preámbulo).

La Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, alude en su articulado al principio del interés superior del menor (concretamente se modifica el artículo 2). Debido a su relevancia, (esta cuestión será tratada en profundidad en el Capítulo III), parte del contenido del texto normativo gira en torno a la concreción del concepto jurídico indeterminado del interés superior del menor. No obstante, en relación a la determinación del interés del menor, ésta se basará en circunstancias concretas y en criterios reconocidos por el legislador. Estas circunstancias y criterios se deben valorar en el momento de la ponderación. Entre los que hay que tener en cuenta para ponderar, estarán tanto la edad como la madurez del menor. De hecho, se sustituye en ambas leyes como se recoge en el apartado II del Preámbulo de la LO, el término juicio por el de madurez. Se corresponde a un término más ajustado al lenguaje jurídico y forense. Además, este término es usado mayoritariamente por la legislación internacional en la materia.

En dicha reforma, se incorpora, además, la jurisprudencia del TS junto a la referencia a los instrumentos internacionales (como son los criterios recogidos en la Observación general N° 14 antes mencionada). No obstante, esta referencia corresponde a la modificación del artículo

⁸¹ Artículo 39.4 de la CE: «Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos».

3 de la LO 1/1996. Cabe reseñar también, como se incluye en la Disposición Transitoria única, que *«aquellos procedimientos judiciales que se iniciaron con anterioridad a la entrada en vigor de esta ley se van a regir por la normativa vigente que estaba en el momento de su inicio»*.

Es importante, asimismo, la modificación que se lleva a cabo del artículo 9 en relación al derecho a ser oído y escuchado sin ningún tipo de discriminación entre otros criterios, por razón de edad durante un procedimiento judicial. Siendo esta audiencia con el menor para que sea escuchado de carácter preferente. Por lo que, si no se oye al mismo se produce una vulneración de sus derechos en los términos del artículo 24 de nuestra CE. En relación a la tutela judicial efectiva por parte de los jueces y los Tribunales. Junto a lo anterior, se establece una profunda reforma de las instituciones de protección a la infancia y la adolescencia. De hecho, la modificación de la ley de protección de la infancia en términos de participación del menor se traduce en dos documentos importantes, uno del Defensor del Pueblo de 2014 (Estudios sobre la escucha y el interés superior del menor) y otro, el Plan Estratégico Nacional de Infancia y Adolescencia (PENIA) 2013-2016.⁸²

Además de aquellos mecanismos que ya estaban regulados en el artículo 10, se introducen nuevos preceptos. Uno de ellos refiere a la presentación de denuncias del menor a título individual ante el Comité de los Derechos del Niño. Esta acción debe llevarse a cabo, en los términos de la CDN y de la normativa que se desarrolle. Por otro lado, el menor puede solicitar asistencia legal y reclamar un defensor judicial (es el menor quien expresamente puede solicitar su nombramiento). De esta manera, se pueden emprender acciones judiciales o administrativas, a pesar de que el Ministerio Fiscal actúe en defensa de los menores.

En la legislación española, ha habido una manifiesta evolución en el marco jurídico en relación a la protección de los menores infractores. Ahora bien, este intento de armonizar

⁸² MARTÍNEZ GARCÍA, C. (2016). Reconocimiento y alcance del derecho de participación infantil en el ordenamiento jurídico español. A. PICORNEL LUCAS, y E. PASTOR SELLER (coords.), *Políticas de inclusión social de la infancia y la adolescencia. Una perspectiva internacional* (pp. 37-50). Madrid: Ciclo Grupo 5, pp.44 y ss.

estándares internacionales y de construir un nuevo sistema de protección jurídica de la infancia, contrasta con las voces críticas y que a nuestro juicio afectan, al tratamiento de los menores de edad, y particularmente de los menores infractores. Nos referimos a: las medidas de internamiento con menores que tienen problemas de conducta y a la creación *-para proteger a los menores-* del registro de delincuentes sexuales. Estas cuestiones se van a abordar a continuación.

3.3.2.2. Novedades significativas en materia de menores con problemas de conducta y en relación a la creación del Registro Central de delincuentes sexuales

La LO 8/2015, de 22 de julio, introdujo el Capítulo IV del Título II por los artículos 25 al 35 bajo la rúbrica *Centros de protección específica con problemas de conducta*.⁸³ Este artículo va a regular el ingreso de los menores de edad en los centros específicos creados a tal efecto. Debido a la sensibilidad de este asunto y a la dificultad para abordar el control y la supervisión de los centros destinados a estos menores, la Fiscalía General del Estado y el Defensor del Pueblo elaboraron por separado directrices y estudios al respecto. Esto es, para garantizar el correcto funcionamiento de los centros en cuanto a su infraestructura y a su dotamiento pedagógico, y la aplicación de las normas de fondo y del procedimiento.⁸⁴

La Circular 2/2016 de la Fiscalía General del Estado,⁸⁵ sobre el ingreso de los menores con problemas de conducta en centros de protección específicos, recoge por un lado la

⁸³ Además, se introduce por el apartado I del artículo segundo de la LO 8/2015 en la Ley de Enjuiciamiento Civil, el artículo 778 bis bajo la rúbrica *Ingreso de menores con problemas de conducta en centros de protección específicos*.

⁸⁴ Vid. el Protocolo de la Unidad de Menores de la FGE de inspecciones a centros de protección de 5 de febrero de 2009 (apartado 21). También la Circular 8/2011, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de protección de menores (apartados IX y XV.8). Junto a lo anterior el DEFENSOR DEL PUEBLO (2009). *Centros de protección de menores con trastornos de conducta y en situación de dificultad social*, 1-469.

⁸⁵ Circular 2/2016, de 24 de junio, sobre el ingreso de menores con problemas de conducta en centros de protección específicos. Recuperado (08.01.2017) de: <http://s03.s3c.es/imag/doc/2016-09-12/Fiscalia.Circular22016.pdf>.

fundamentación de la privación de libertad en base a lo articulado en el CEDH (concretamente en el art.5.1 d). Es decir, en cuanto a la admisibilidad de la privación de libertad de un menor acorde a la *vigilancia de su educación* (en un sentido amplio, al abordar aspectos del ejercicio de los deberes propios de la responsabilidad parental respecto a la protección del menor). Todo ello, apoyado con la jurisprudencia del TEDH que se ha reflejado en numerosas sentencias. Ya, que se considera la privación de libertad regular y conforme a la legalidad. Aunque bien es cierto, que como último recurso cuando se hayan desechado otras medidas menos restrictivas que surtieran el mismo efecto. Por tanto, las medidas de seguridad deben tener una finalidad educativa y deben aplicarse como último recurso.

Sin embargo, por otro lado, del artículo 25.1 de la LO 8/2015 se desprende que *«los centros estarán destinados al acogimiento residencial de menores que estén en situación de guarda o tutela de la Entidad Pública, diagnosticados con problemas de conducta, que presenten conductas disruptivas o disociales recurrentes, transgresoras de las normas sociales y los derechos de terceros (...)*». El concepto *«diagnosticados por problemas de conducta»*, tal como recoge la Circular al igual que un sector crítico de la doctrina ofrece confusión, ya que está lejos de obtener un consenso por parte de la comunidad científica.

Bien es cierto, que la solicitud de ingreso como señala la norma, debe estar valorada desde una perspectiva psicosocial. También, los criterios para determinar que se entiende por *«conducta transgresora de las normas sociales y los daños de terceros»*. Existe una amplia interpretación en relación al uso de diversas expresiones sobre tal concepto. En parte, por la variopinta referencia al mismo que hace la normativa específica de protección de la infancia de las propias CC.AA.

No pueden olvidarse tampoco, las quejas y las críticas vertidas sobre los centros de acogida residencial de estos menores en relación a su funcionamiento, en efecto, muchas CC.AA. lo han privatizado. Por otro lado, en relación al trato de sus profesionales hacia los menores también ha habido ciertas quejas, ya que *«no hay orden judicial en base a un ilícito penal para*

un internamiento de por medio, por lo que no han cometido delito alguno».⁸⁶ Tampoco hay un establecimiento de un límite mínimo de edad para ingresar en el centro. En la misma Circular se promueve un control por parte de los Señores Fiscales en casos de menores con una edad inferior a 12 años recién cumplidos. A pesar, de que algunas CC.AA. lo han establecido ya en su normativa de protección de la infancia.

En resumen, en el caso que nos ocupa, es el Juez⁸⁷ quien decide en base a los intereses del menor ponderar si es necesario o no que éste ingrese en un centro de tales características. Lo que es fundamental, es la especial atención que se debe prestar a un menor que tiene este tipo de conducta. No se trata de un menor infractor, por mucho que la conducta disocial o disruptiva se repita. No quiere decir que es un sujeto reincidente, ya que no ha infringido ninguna norma penal ni tiene antecedentes penales por condenas previas. Se trata de una medida de carácter administrativo, autorizada por el Juez de la jurisdicción civil. Por lo que se debe «autorizar el ingreso en el centro de manera excepcional al menor, mediante un mecanismo menos restrictivo de derechos».⁸⁸ No hay que olvidar en cualquier caso, que los derechos del menor al estar ingresado en el centro, quedan limitados.

Siguiendo lo enumerado en cuanto a las novedades en relación a la protección de la infancia, destaca la segunda cuestión referente a la creación de un registro para delincuentes sexuales con la finalidad de proteger al menor de edad. Este tema delicado y extenso será tratado en el Capítulo III sobre el principio del interés del menor y los menores infractores, pero por la materia que estamos tratando en estas líneas, es coherente mencionar que a efectos de

⁸⁶ BELAZA, M. (4 de febrero de 2009). Era un sufrimiento diario, un horror, el reformatorio a su lado era la gloria [Periódico El País], Recuperado (08.01.2017) de : http://elpais.com/diario/2009/02/04/sociedad/1233702013_850215.html.

⁸⁷ En cambio, es el organismo público y el Ministerio Fiscal quienes pueden solicitar ante el órgano jurisdiccional para promover el ingreso del menor con problemas de conducta en el centro.

⁸⁸ DELGADO CASTRO, J. (2016). Aspectos procesales de la protección de la infancia y la adolescencia. En V. CABEDO MALLOL, y I. RAVETLLAT BALLESTÉ (coords.), Comentarios sobre las leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y la adolescencia (pp. 361-380).Valencia: Tirant lo Blanch, p.370. El autor manifiesta además, que se trata de una medida de carácter administrativo que debe ser monitoreado con informes periódicos del organismo público y del director del centro dirigidos al MF y al Juez.

prevención se ha creado el Registro Central de Delincuentes Sexuales.⁸⁹ Como ya es sabido, el sistema jurídico español configura el interés superior del menor como prioritario. Por ello, se afirma que la creación del Registro está inspirada en dicho principio. Así, el legislador ha considerado conveniente incorporar este Registro en aras de la prevención y de la protección del niño.

El Registro contendrá la información y el perfil genético de aquellos condenados por sentencia firme contra crímenes contra la libertad e indemnidad sexual que por su profesión tengan contacto habitual con menores y esto, afecta a la totalidad de las profesiones. Mediante Real Decreto 1110/2015, de 11 de diciembre, por el que se regula el Registro Central de Delincuentes Sexuales, se regula la organización y contenido del Registro Central de Delincuentes Sexuales. Así como, los procedimientos de inscripción, acceso, cancelación, rectificación y certificación de la información en él contenida, configurando un instrumento eficaz para los fines perseguidos.

A día de hoy, esta medida presenta dos puntos débiles dignos de mención. En primer lugar, hay que tener en cuenta que, como se ha distinguido brevemente, lo que reconoce la ley es la creación de un Registro para identificar determinadas circunstancias individuales que van de la mano de una situación profesional particular. Esto es así, con la finalidad de prevenir y evitar, es decir, con la finalidad de proteger al niño. Pues bien, en este caso el punto débil queda determinado en la importancia de no confundir la medida de régimen de certificación que contempla la norma, con la exigencia de solicitar a los profesionales un certificado de antecedentes penales previo.

En segundo lugar, con el objetivo de respetar los derechos de todo individuo, tanto si es menor como si es mayor de edad, es importante no señalar a ningún profesional bajo el lema del

⁸⁹ Ley 25/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Como consecuencia del «Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007, ratificado por España el 22 de julio de 2010 y de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos». En AGUDO FERNÁNDEZ, E., JAÉN VALLEJO, M., y PERRINO PÉREZ, A.L. (2016). *La víctima en la justicia penal. (El Estatuto jurídico de la víctima del delito)*. Madrid: Dykinson, p.56.

interés del menor. Parece conveniente hacer un estudio exhaustivo sobre todas aquellas profesiones y especialidades que durante el desarrollo de una actividad tengan contacto y relación directa con menores. A raíz de esa circunstancia, valorar si puede existir un riesgo objetivo para el niño y como consecuencia, valorar si se debe incluir a esa profesión concreta en un Registro. Es necesario aclarar que sino, bajo el lema *interés superior del niño*, es posible que se consiga incluso transformar una parte del contenido del interés del menor.

Con la finalidad preventiva contra los delitos de naturaleza sexual con independencia de la edad de la víctima, de aquellos que han sido condenados y que van a trabajar o realizar alguna actividad con menores, no accederá al Registro los datos de la víctima, pero si su condición de menor de edad.

Es cierto que, en este Registro, se incluyen aquellos autores menores de edad que han cometido un delito de naturaleza sexual. Esto supone un estigma sobre el menor, a efectos de valorar los antecedentes del mismo por este tipo de delitos. Si un sujeto va a trabajar o tener contacto con menores de edad- habiendo sido condenado previamente por un delito de esta naturaleza cuando hubiera sido un menor- se produce un cuestionamiento inmediato por el peso de esos antecedentes en el desempeño del ejercicio profesional. Lo que implica una cierta dificultad en su desarrollo personal y profesional, en parte por el control ejercido. Es por ello, que la inscripción en este Registro de un menor condenado por sentencia firme deriva en una fundamentación moral que produce unos efectos agravatorios ocasionando probablemente una marginación del mismo en el plano laboral. En fin, es interesante por tanto aclarar que, a mi juicio, los antecedentes penales en este caso concretos afectan considerablemente a sus intereses y necesidades. En todo caso, conviene tener presente en todo momento la garantía de la protección de su interés superior, atendiendo a tal exigencia para proceder adecuadamente a su concreción

3.3.3. La protección penal del menor infractor en la LORRPM

No puede olvidarse que la tutela y protección de los menores de edad en España también puede articularse dentro del derecho penal. Esta intervención protectora como consecuencia de la responsabilidad penal del menor, se lleva a cabo gracias a la entrada en vigor de la LO 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores de edad. En esta ley se

consolida la figura del menor como sujeto de derechos en el sistema penal, estableciéndose un marco regulador de los menores infractores en todo el territorio español. No obstante, la LORRPM complementará a la normativa en materia de protección de la infancia, al ser un texto cuya regulación específica gira en torno a la protección del menor infractor. En todo caso, para un completo estudio de la protección del menor hay que analizar también la norma penal.

Además de la LORRPM, mediante el Real Decreto 1774/2004⁹⁰, de 30 de julio, se aprueba el Reglamento de ejecución de medidas de la propia ley. De esta manera, se amplía la regulación referente a las medidas y a la ejecución de las mismas otorgando una mayor seguridad jurídica. En este nuevo escenario, la proyección del menor en el ordenamiento jurídico español adquiere una nueva dimensión, ya que se crean nuevos mecanismos de reforma para aquellos que hayan cometido un injusto penal.

El principio de presunción de inocencia, la tutela judicial efectiva, el Juez predeterminado por la ley y el derecho a la defensa son también principios esenciales que están presentes en la legislación de menores. Es por ello, que además de los derechos constitucionales inherentes en todas las personas junto a los derechos concretos del menor, hay un reconocimiento expreso de las garantías basadas en esos cuatro principios.

La protección de estos menores y el establecimiento de diferentes tratamientos normativos en función del tramo de edad del menor, según se recoge en esta ley se llevan a cabo mediante medidas educativas que están orientadas a preservar el interés superior del menor. De hecho, como se recoge en el artículo 1.2 de la ley, las personas a las que se le aplique ésta, tendrán reconocidos los derechos que están recogidos tanto en la CE como en la Ley 1/1996, en la CDN y en los Tratados Internacionales en materia de protección de menores celebrados por España.

⁹⁰ El Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio, puede consultarse en el BOE núm.209, de 30 de agosto de 2004, págs.30127 a 30149.

Por ejemplo, en el caso de los menores de 14 años que son inimputables y por lo tanto están exentos de responsabilidad penal, se promoverán medidas protectoras por parte del Ministerio Fiscal a instancias de las Administraciones públicas. Entre estas medidas destacan a modo de explicación: el seguimiento de un menor que esté en situación de exclusión y riesgo social, la tutela por parte de la Administración del menor, el nombramiento de un tutor o la declaración de desamparo.

Estas medidas de protección a cargo de la entidad pública con competencia en materia de protección de menores, «no se basan en un reproche penal, sino que se establece un régimen jurídico que incluye: a) normas de acogimiento del Código Civil, b) normas sobre el acogimiento previstas en la LO 1/1996 y c) normas sobre protección de menores dictadas por las Comunidades Autónomas».⁹¹

De todas formas, el artículo 8.6 del RD 1774/2004 expone que *«cuando de conformidad con la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, el Juez de Menores o el Ministerio Fiscal remitan a la entidad pública de protección de menores testimonio de particulares sobre un menor de 14 años, será dicha entidad la competente para valorar la situación y decidir si se ha de adoptar alguna medida, conforme a las normas del Código Civil y la legislación de protección de menores»*. Esto quiere decir, que, tras la valoración de la situación del menor, la decisión de una posible respuesta institucional será tomada por parte de las entidades de protección de la infancia, que se encargarán de proteger los derechos del mismo y de velar por sus intereses y necesidades.

No puede olvidarse que, en el internamiento de un menor infractor, no solo hay que tener en cuenta las circunstancias y la gravedad de los hechos cometidos. Asimismo, hay que considerar las circunstancias que rodean al menor, sus necesidades y su entorno familiar y social. El principio de interés del menor junto al criterio educativo en la aplicación de las

⁹¹ Vid. VÁZQUEZ BERDUGO, I. (2015). *Protección del menor infractor*. Fiscalía Provincial de Sevilla. Recuperado (01.05.2017) de: https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/I.%20V%C3%A1zquez%20Berdugo.pdf?idFile=5f7a8dc4-a579-46a7-b631-663b380610f2.

medidas impuestas, son dos pilares fundamentales que conforman el componente protector del menor infractor en la ley penal juvenil (los cuales serán desarrollados en profundidad en el Capítulo siguiente).

Nos interesa también resaltar, que otro de los puntos que recoge la ley penal en materia de protección, es la protección a la intimidad del menor infractor. Es relevante en el sentido de lo estipulado en el artículo 35.2. Si el Juez lo considera oportuno y en aras del interés del menor, que para preservar la identificación de éste no se obtengan o difundan sus imágenes. Conviene también tener presente, que el tratamiento informativo del menor debe inspirarse en el derecho a la intimidad y a la propia imagen, y que, en el supuesto de una ponderación, el principio del interés del menor (en consonancia con el artículo 2 de la LO 1/1996) debe prevalecer sobre cualquier otro.⁹² Pues bien, a este respecto, en la actualidad como señala Colás Turégano,

No es fácil el papel que desempeñan los jueces ya que sus resoluciones se ven constantemente cuestionadas por una sociedad espoleada por el ansia punitiva de la que hacen gala algunos medios, siendo el derecho penal de menores expuesto al espectáculo mediático de una manera particularmente intensa pudiendo influir en las resoluciones judiciales.⁹³

Con todo, «el fenómeno criminal como han defendido varios autores, es capaz de provocar y dirigir un debate público en el que se enfrenten los distintos planteamientos sobre las causas y las medidas de acción que han sido presentados como existentes por los medios».⁹⁴ Planteada la cuestión, el menor tendrá un reconocimiento y protección legal dentro del derecho penal al imperar el principio del interés superior del menor, del mismo modo, que los principios garantistas, los cuales están recogidos en nuestra Constitución.

⁹² Ver Instrucción de la Fiscalía General del Estado 2/2006, de 15 de Marzo, sobre protección del derecho al honor, intimidad y propia imagen del menor.

⁹³ COLÁS TURÉGANO, M.A. (2015). La influencia de los medios de comunicación en la Administración de Justicia. A propósito de un caso mediático. Comentario a la Sentencia del Juzgado de menores de Sevilla, Núm. I, Sentencia de 24 de marzo de 2011 (ARP 2011, 2870). *Rev. boliv. de derecho*, 19,726-747, p. 730.

⁹⁴ FUENTES OSORIO, J.L. (2005). Los medios de comunicación y el derecho penal. *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (16), 1-51, p.3.

3.4. En la legislación alemana

Es cierto, que la protección a la infancia y la práctica asistencial llevada a cabo en Alemania ha evolucionado en los últimos tiempos, alcanzando su punto álgido con el proceso de reunificación del país en el año 1989. Aunque, esto trajo consigo enormes costos económicos, pero también políticos. Adquieren particular relevancia a lo largo de la historia, los cambios realizados para que «el aparato administrativo se corresponda con las diferentes configuraciones que el Estado moderno alemán ha ido consiguiendo, concretizándose con la evolución del sector público alemán y las políticas adoptadas».⁹⁵

De hecho, en la actualidad hay un amplio número de leyes y de disposiciones jurídicas que incluyen en sus articulados aspectos y particularidades en relación a la protección del menor de edad en el país germano. En cualquier caso, la protección de los menores de edad en Alemania se afronta no solo desde una perspectiva constitucional sino también civil y penal.

3.4.1. La protección del menor en la Ley fundamental de Bonn

Retomando la protección del menor desde un marco constitucional en Alemania, las disposiciones de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania («*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*», GG), de 23 de mayo de 1949, reconocen la salvaguardia de este sector poblacional mediante diversos mecanismos que están regulados en dicho texto. En él se otorga cierta protección a los menores de edad. La protección de los mismos, por parte del Estado y de la familia se recoge respectivamente en los § 6.1 («*Ehe und Familie stehen unter dem besonderen Schutze der staatlichen Ordnung*») y § 6.2 («*Pflege und Erziehung der Kinder sind das natürliche Recht der Eltern und die zuvörderst ihnen obliegende Pflicht. Über ihre Betätigung wacht die staatliche Gemeinschaft*»)⁹⁶.

⁹⁵ POLI, M.D. (2013). La Administración pública en Alemania: principios, etapas evolutivas y sostenimiento del sistema frente a la crisis. *ReDCE*, (20), 123-162, p.130.

⁹⁶ §6.1GG: «*El matrimonio y la familia se encuentran bajo la protección especial del orden estatal*» § 6.2 GG: «*El cuidado y la educación de los hijos son el derecho natural de los padres y el deber que les incumbe*»

Sin embargo, a juicio de algunos, el niño no es portador de un derecho fundamental, por lo que es asignado por los derechos de los padres que garantizan la norma constitucional del § 6.2 GG. Aunque, siendo «esta circunstancia restablecida en repetidas ocasiones por el Tribunal Constitucional Federal, al recoger en su jurisprudencia los derechos del niño».⁹⁷

Es cierto que la Ley Fundamental de Bonn, el equivalente a la Constitución (Federal) alemana -por cuestiones históricas se explica que exista una Ley fundamental que es aceptada como una Constitución federal- coexiste con otras Constituciones. Estas Constituciones conciernen a los 16 Estados Federados o Estados miembros de la Federación que integran el país. Es por ello, que estas normas constitutivas y vinculantes de rango fundamental conviven en el marco de ese ordenamiento jurídico-político federal.

La Ley Fundamental de Bonn es la *Constitución* de toda la República Federal de Alemania, es decir, tanto de la Federación como de los «*Länder*» que la integran. En consecuencia, constituye «la norma superior del ordenamiento jurídico germano, sin que admita, por tanto, ser contradicha por ninguna otra norma, so riesgo de invalidez de esta última».⁹⁸ Sin embargo, las Constituciones de cada «*Länder*» son normas superiores dentro de cada ordenamiento jurídico del Estado Federado. Cualquier otra norma que la contradiga, será declarada nula por el Tribunal Constitucional correspondiente de cada estado.

Puede decirse, por tanto, que tanto algunos derechos de los menores como su protección están garantizados en varias de las Constituciones de los «*Länder*», siendo éstos, entes soberanos dentro del entramado estructural federal alemán. En cualquier caso, el contenido relativo a la gran mayoría de los derechos fundamentales ya está recogido en la GG, si bien «hay normas supremas más actuales de algunos Estados Federados que complementan los derechos

prioritariamente a ellos. La comunidad estatal velará por su cumplimiento». Traducción propia.

⁹⁷ LEIBHOLZ, G., RINCK, H.-J., y HESSELBERGER, D. (2005). *Grundgesetz, Loseblattsammlung, Bd. I, 43*. Köln: Beck, p. 100. Traducción propia.

⁹⁸ ARROYO GIL, A. (2012). Calidad estatal, soberanía y autonomía constitucional y competencia en la República Federal de Alemania: Las Constituciones de los Länder. *REAF*, (16), 30-73, p. 68.

fundamentales o civiles recogidos en la Ley de Bonn».⁹⁹ Cada Estado Federado va a tener una Constitución escrita, sin que la Federación se involucre en la elaboración y en la reforma de las Constituciones propias de cada estado. Solo cabe en caso de que haya una desobediencia de principios básicos recogidos en la GG o en el caso de que se produzca una violación de otras leyes federales.

3.4.2. La protección del menor en las Constituciones de los «Länder»

Sin entrar a profundizar en las diferentes Constituciones de los «Länder», merece la pena señalar algunos ejemplos representativos de Constituciones propias. Por ejemplo, la Constitución de Brandeburgo, de 22 de abril de 1992, establece concretamente en su §27, el cuidado de los niños y los adolescentes.¹⁰⁰ Esta Constitución junto con otras, como por ejemplo la Constitución de Berlín, de 23 de noviembre de 1995, pero cuya última modificación es de 22 de marzo de 2016, reconocen a grandes rasgos los derechos particulares de los menores (§13.1: «*Jedes Kind hat ein Recht auf Entwicklung und Entfaltung seiner Persönlichkeit, auf gewaltfreie Erziehung und auf den besonderen Schutz der Gemeinschaft vor Gewalt, Vernachlässigung und Ausbeutung. Die staatliche Gemeinschaft achtet, schützt und fördert die Rechte des Kindes als eigenständiger Persönlichkeit und trägt Sorge für kindgerechte Lebensbedingungen*»).¹⁰¹

Esto es debido en palabras de Elías Méndez, ya que «tienen en cuenta su desarrollo y personalidad porque otorgan protección a los derechos fundamentales de sus ciudadanos».¹⁰²

⁹⁹ PESTALOZZA, C. (2014). *Verfassungen der deutschen Bundesländer*. München: Beck, p. 235. Traducción propia.

¹⁰⁰ Además de esta Constitución destacan otras Constituciones, como la de Berlín (§§12 y 13), Bremen (§§ 21 y ss.) o Sajonia-Anhalt (§§11 y 24). Cabe reseñar, que tanto Hamburgo como Hesse y Niedersachsen son los tres únicos Estados, que no han incorporado explícitamente los derechos de los niños en sus respectivas Constituciones.

¹⁰¹ §13.1 *Verfassung vom Berlin*: «Cada niño tiene el derecho a la evolución y al desarrollo de su personalidad, y a la particular protección de su crianza y a la especial protección de la comunidad contra la violencia, el abandono y la explotación. El Estado respeta, protege y promueve los derechos del niño como una personalidad independiente y se preocupa por las condiciones de vida adaptados a los niños». Traducción propia.

¹⁰² ELÍAS MÉNDEZ, C. *La protección de los menores de edad...*, op.cit., pp. 104 y ss.

Concretamente, la Constitución de Berlín en su §12 concibe la protección de la familia (considerándola como el conjunto de padres y niños) («*Ehe und Familie stehen unter dem besonderen Schutz der staatlichen Ordnung. Andere auf Dauer angelegte Lebensgemeinschaften haben Anspruch auf Schutz vor Diskriminierung. Pflege und Erziehung der Kinder sind das natürliche Recht der Eltern und die zuvörderst ihnen obliegende Pflicht*»).¹⁰³ Esta protección se comprende desde una doble concepción: «como un derecho de libertad («*Freiheitsrecht*») que obliga al Estado a la protección de la misma, y como una garantía institucional («*Institutsgarantie*») que asegura las normas del derecho de familia».¹⁰⁴

Además de la Constitución de Berlín, ha habido grandes cambios en los últimos tiempos en torno a los derechos y protección de los niños en las Constituciones de Baviera, Bremen y Renania de Norte-Westfalia. Estos cambios fueron debidos en parte por la presencia de organismos, asociaciones y grupos activos de la vida política y social que estaban a favor de incluir determinados regímenes de derechos fundamentales de los menores para mejorar y fortalecer su protección. A pesar de que, un sector crítico hablara sobre la suficiente protección general de los menores de edad ya existente, en la Ley Fundamental de Bonn y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán.¹⁰⁵

Así pues, como queda reflejado en los diversos informes gubernamentales, la protección de los niños y los jóvenes goza de plena jerarquía constitucional en virtud de la legislación vigente.¹⁰⁶ Protección del menor, que queda recogida en el ámbito de los derechos humanos en el seno de las Naciones Unidas mediante el desarrollo de los Exámenes Periódicos

¹⁰³ §12 *Verfassung vom Berlin*: «El matrimonio y la familia están bajo la protección especial del Estado. Otras maneras estables de vida conyugal a largo plazo tienen el derecho a la protección contra la discriminación. El cuidado y la educación de los hijos son el derecho natural de los padres y principalmente les corresponde a ellos como deber». Traducción propia.

¹⁰⁴ PFENNING, G., y NEUMANN, M.J. (2000). *Verfassung von Berlin. Kommentar*. Berlin: de Gruyter Recht, p. 53. Traducción propia.

¹⁰⁵ Al respecto, se indican los diferentes cambios en las Constituciones de los distintos «*Länder*». Recuperado (09.01.2017) de: <https://www.bundestag.de/blob/423810/05e65851d51edca875a7724794cc9324/wd-3-317-06-pdf-data.pdf>.

¹⁰⁶ A tenor de lo expuesto, el documento elaborado por la Cámara Baja del Parlamento alemán titulado *Bundestag (BT-Drs.) 12/6000*, (1993), p. 60. El documento puede ser examinado en el idioma original. Recuperado (09.01.2017) de: <http://dipbt.bundestag.de/doc/btd/12/060/1206000.pdf>.

Universales (EPU)¹⁰⁷ tercero y cuarto que presentó el Gobierno Federal Alemán ante el Comité de Derechos del Niño el 20 de octubre de 2010.¹⁰⁸

En cualquier caso, conviene tener presente que en el año 1991 se aprobó una ley nacional inspirada en la Convención de los Derechos del Niño que garantizaba la protección integral de la infancia en todo el territorio nacional. De hecho todas las leyes nacionales y de los «Länder» están en consonancia con las directrices de la CDN. Del mismo modo, que se han incorporado los derechos de los niños en la Ley fundamental de Bonn. No obstante, el Comité de los Derechos del Niño matiza concretamente en el punto 9 de dicho informe periódico lo siguiente: « (...) que los derechos de los niños aún no hayan sido reconocidos expresamente en la Constitución federal».

Uno de los debates sociales y políticos en Alemania, es si realmente se han reforzado los derechos de los niños reconociéndose éstos en la normativa constitucional vigente a través de su promoción, protección y participación. O también se abordan los aspectos relativos al fortalecimiento de la política de la infancia, con la finalidad de dar más peso a los menores en la toma de decisiones. Junto a esto, asimismo «la diversidad otorgada por el debate político en la figura de dos organizaciones como son: el organismo de supervisión de la Convención de los Derechos del Niño («die Monitoringstelle zur UN-Kinderrechtskonvention») y la Comisión del Niño del Parlamento («die Kinderkommission des Bundestages»)».¹⁰⁹

Hubo una iniciativa en el año 2007 llamada «Kinderrechte Stärken-Armut bekämpfen» (Fortalecer los derechos de los niños- Luchar contra la pobreza), donde se remarcaba la disposición de una manera más explícita de tales derechos en la mayoría de los diferentes

¹⁰⁷ El Exámen Periódico Universal (EPU) es un proceso que se ofrece a los Estados para que tengan la oportunidad de declarar sobre las medidas adoptadas para mejorar los derechos humanos del país pudiendo así cumplir con sus obligaciones en la materia. Fue creada en virtud de Resolución 60/251, de 15 de marzo de 2006, de la Asamblea General de las Naciones Unidas, que estableció también el Consejo de Derechos Humanos.

¹⁰⁸ CRC/C/DEU/3-4.

¹⁰⁹ Vid. BAER, S. (2016). *Stärkung der Kinderrechte:Anträge BT-Drs. 18/5103 und 18/6042*. Berlin: Humboldt Universität zu Berlin. Traducción propia. Recuperado (09.01.2017) de: <https://www.bundestag.de/blob/403232/de395a1d2d0eeb46f580d73647da6234/18-13-68g-wapler-data.pdf>.

Estados. Esto se alcanzaba a través de sus «*Landesverfassung*» (Estatutos autonómicos de los Estados Federados, similares a una Constitución), concediéndoles así una mayor presencia y participación en la vida social.

3.4.3. La protección del menor en el ámbito de los servicios sociales

La Ley Pública de Asistencia Infantil y Juvenil («*Kinder-und Jugendhilfegesetz*», *KJHG*) entró en vigor el 26 de junio de 1990 en los viejos Estados Federados y el 1 de enero de 1991 en los nuevos Estados Federados. Se trata de una ley que promociona y protege a los menores de edad desde una perspectiva social. Esta Ley, es la base jurídica de los servicios sociales alemanes («*Sozialgesetzbuch*», *SGB VIII*), conocido también como el Código Social. Es decir, esta ley de la República Federal alemana fue incorporada al octavo libro del Código Social. La finalidad de la misma es la protección de los menores y la promoción de sus derechos.

De hecho, en su §1.1 se recoge que «*Jeder junge Mensch hat ein Recht auf Förderung seiner Entwicklung und auf Erziehung zu einer eigenverantwortlichen und gemeinschaftsfähigen Persönlichkeit*». ¹¹⁰ Esto abarca hasta los 18 años, para las fases de transición se cuenta con etapas jurídicamente diferenciadas: «a los adolescentes entre 18 y 21 años de edad (excepcionalmente hasta los 27 años) debe ofrecerse la asistencia pertinente, en particular en formación, cuando persistan déficits educativos sustanciales pasada la edad de 18 años». ¹¹¹

En este texto legal se distinguen cuatro grupos de edades diferenciados: a) los niños que no han alcanzado los 14 años, b) los jóvenes que tienen los 14 años, pero no aún los 18 años, c) los adolescentes mayores de edad que tienen los 18 años, pero no los 27 años, y por último d) los jóvenes adultos (que aún no tienen los 27 años). Cabe decir, asimismo, que «las tareas de

¹¹⁰ §1.1 *KJHG*: «*Cada persona joven tiene derecho a una promoción de su desarrollo y educación para adquirir una personalidad autoresponsable y para ser capaz de integrarse en la sociedad*». Traducción propia.

¹¹¹ RÖSSNER, D. (1999). El derecho penal de menores en Alemania con especial consideración de los adolescentes. En E. GIMÉNEZ-SALINAS (dir.), *Legislación de menores en el siglo XXI: análisis de derecho comparado* (pp. 305-328). Madrid: Estudios de Derecho Judicial, p.311.

la asistencia juvenil no se circunscriben a personas jóvenes de nacionalidad alemana, sino que abarcan a todos los que tienen su residencia efectiva en Alemania».¹¹²

La protección de los menores es preventiva y educativa, siendo declarada dicha protección como la base principal de la asistencia a los niños y a los jóvenes. Destaca a nivel educativo, no solo centrándose en los destinatarios de tal protección, sino que abarca además a sus padres y a los profesionales que intervienen y se encargan de la educación del menor. Por lo tanto, esta ley supone un apoyo educativo a los menores y a sus padres.

Dicha legislación nacional, se desarrolló de manera diferente en los «*Länder*» que configuran el Estado Federal. Aunque al tratarse de una Ley Federal de ámbito estatal, la protección y atención al menor se amplía a todo el territorio. Finalmente, cabe decir que con esta ley se establece un marco donde se circunscribe la competencia de los servicios sociales y de la educación en Alemania, que es exclusiva de los 16 Estados Federados. Por lo que la responsabilidad política recae sobre cada Estado, a pesar de que es compartida entre los diferentes estamentos del gobierno alemán.

Bajo esta normativa, los menores no son meros objetos, sino que se promueve y apoya su autorrealización. Hay un especial énfasis en que «la juventud exprese sus deseos en aras del principio del bienestar de la juventud en términos de derecho y política social».¹¹³ En resumen, esta Ley sentó un precedente a nivel federal en relación a la toma de decisiones donde los menores y adolescentes estuvieran involucrados.

¹¹² SEIDENSTÜCKER, B., y MUTKE, B. (2000) Servicios sociales para menores en Alemania. *Alternativas. Cuadernos de Trabajo Social*, (8), 19-41, p. 25.

¹¹³ SPITZL, M., KRETSCHMES, S. & SCHWARZ, B. (2003). *Care planning in youth welfare in European comparison*. München: Deutsches Jugendinstitut e. V., pp. 9 y ss. Traducción propia.

3.4.4. La protección del menor en situación de riesgo. Tratamiento legislativo del menor en lugares públicos y ante los medios de comunicación

Es significativa la Ley *KICK* («*Kinder- und Jugendhilfeweiterentwicklungsgesetz*») que entró en vigor el 1 de octubre de 2005. Entre sus objetivos, resaltan claramente dos: la protección del bienestar de los menores y de los jóvenes en situación de riesgo y el reforzamiento del control de las Oficinas de la Juventud («*Jugendamt*»). Se amplía de esta manera el alcance del §8a del *SGB VIII*, ya que es el personal del «*Jugendamt*» quien hace la evaluación del riesgo. Esta evaluación se lleva a término teniendo en cuenta, por ejemplo: la edad, el nivel de desarrollo o los recursos del menor. De esta manera, se puede ofrecer ayuda y protección a éste cuando está en peligro.

Resalta además para nuestro interés, la inclusión de numerosas disposiciones entre las que destaca, «la obligación general del §72a¹¹⁴ para que se realice un examen más estricto a aquellas personas que tengan antecedentes penales («*Verschärfte Prüfung von Personen mit bestimmten Vorstrafen*»)¹¹⁵. Mediante la solicitud de un certificado de buena conducta («*Führungszeugnis*») bajo la rúbrica del §30.5 de «*Bundeszentralregistersgesetz*» o *BZRG* (Ley Federal del Registro Central), se pretende que aquellos sujetos que han sido condenados

¹¹⁴ §72a *KICK* «*Tätigkeitsausschluss einschlägig vorbestrafter Personen*» (actividad de exclusión de las personas condenadas): «*Die Träger der öffentlichen Jugendhilfe sollen hinsichtlich der persönlichen Eignung im Sinne des § 72 Abs. 1 insbesondere sicherstellen, dass sie keine Personen beschäftigen oder vermitteln, die rechtskräftig wegen einer Straftat nach den §§ 171, 174 bis 174c, 176 bis 181a, 182 bis 184e oder § 225 des Strafgesetzbuches verurteilt worden sind. Zu diesem Zweck sollen sie sich bei der Einstellung und in regelmäßigen Abständen von den zu beschäftigenden Personen ein Führungszeugnis nach § 30 Abs. 5 des Bundeszentralregistergesetzes vorlegen lassen. Durch Vereinbarungen mit den Trägern von Einrichtungen und Diensten sollen die Träger der öffentlichen Jugendhilfe auch sicherstellen, dass diese keine Personen nach Satz 1 beschäftigen*» («*Los cuerpos de los servicios públicos juveniles deben respetar la idoneidad de la persona de conformidad con el § 72 párr. 1, en particular, asegurar que no se empleen aquellos que han cometido una infracción según el §§ 171, 174 a 174c, 176 a 181, 182 a 184e o § 225 del Código Penal, si han sido condenados. Con este fin, debe estar durante la contratación y en los intervalos regulares de la contratación de personas la posesión de un certificado de conformidad con el § 30 párr. 5 que puede proporcionar la Ley Federal del Registro Central. A través de acuerdos con las instituciones y servicios públicos, se debe dar apoyo al bienestar de la juventud, asegurándose también de que no empleen a personas condenadas*»). Traducción propia.

¹¹⁵ WIESNER, R. (2006). *§8ª SGB III.Herausforderung bei der Umsetzung*. München: Deutsches Jugendinstitut IKK, p.8. Traducción propia.

previamente por delitos de diversa naturaleza¹¹⁶ o sujetos con inclinaciones pedófilas u otro tipo de delincuentes sexuales potenciales, se mantengan lo más lejos posible de trabajar o de hacer un voluntariado en los servicios públicos juveniles.

En esta misma línea, se restringe como ocurría en el caso español, a aquellas personas que han sido condenadas por delitos de naturaleza sexual a trabajar o hacer voluntariado con menores de edad para proteger de esta forma su bienestar. Una de las críticas al modelo alemán, es que no se tienen en cuenta toda la lista de delitos, básicamente solo los de naturaleza sexual y que la lista de delitos no está completa, debiendo ampliarse a otras tipologías delictivas de cierta gravedad. Tampoco se incluyen los procedimientos penales que están en curso, en ese caso habrá que acudir al ámbito laboral para rescindir la relación contractual con alguien que luego resulte condenada. También, se plantea la cuestión respecto a la periodicidad para presentar el certificado de buena conducta, porque solo se desprende del §30.5 y del §30.a de *BZRG*, que los afectados lo deben presentar en intervalos regulares, pero no se habla de plazos concretos en ninguno de los dos artículos.

Siguiendo con la legislación de protección de la juventud, destacan otras disposiciones de interés contenidas en la Ley de protección del menor, que entró en vigor el 1 de abril de 2003 («*Jugendschutzgesetz*» o *JuSchG*) que versa sobre los derechos y las responsabilidades de los niños y adolescentes. Tanto del grupo de menores de 14 años, como de aquel que abarca a los menores de 14 años, pero que no hayan cumplido 18 años. Esta ley nació de la fusión entre dos textos legales que hasta la fecha eran independientes. Por un lado, la Ley sobre la divulgación de contenidos peligrosos para la juventud en medios impresos y electrónicos, para la protección de menores ante los peligros de los medios de comunicación («*Gesetz über die Verbreitung jugendgefährdender Schriften und Medieninhalte*» o *GjSM*) y por otro lado, la Ley de protección de la juventud en lugares públicos («*Gesetz zum Schutze der Jugend in der Öffentlichkeit*» o *JÖSchG*). De hecho, se fundamenta en la protección del menor y el derecho al honor, trazándose un sistema de protección del menor. Esta protección se hace frente a los

¹¹⁶ Los recogidos en el Código Penal alemán (*Strafgesetzbuch*): §§ 171, 174-174c, 176- 181a, 182,184e-o y § 225.

contenidos de carácter perjudicial que contienen publicaciones impresas, obras cinematográficas y audiovisuales o videojuegos. Sobre todo, porque el contenido de los mismos puede influir en el desarrollo y en la educación de los menores.

Esta nueva ley, por ejemplo, va a incluir disposiciones en referencia a la minoría de edad en relación con el consumo de alcohol, y la participación y uso de medios audiovisuales. Dicha regulación, se ha incorporado a la legislación vigente de manera que se protege otras esferas del menor. Concretamente en su Título II, se resalta la protección de los menores en público («*Jugendschutz in der Öffentlichkeit*»), mientras que el Título III engloba la protección de los menores en el área de los medios de comunicación («*Jugendschutz im Bereich der Medien*»). Ha sido modificada en numerosas ocasiones, siendo la última reforma, modificada por el §3 de la Ley del 31 de octubre de 2008, en relación a la obligación de publicar las disposiciones vigentes en establecimientos y eventos públicos.¹¹⁷

3.4.5. La protección penal del menor en la *JGG*

La protección del menor en Alemania al igual que en España no es entendida solo desde un punto de vista de salvaguarda del menor en situación de riesgo o de desamparo. Se precisa que aborde además la prevención, la intervención y el tratamiento de las conductas delictivas cometidas por éstos. La protección de los menores en el derecho penal juvenil alemán se limita a regular aquellas conductas sociales que originan hechos ilícitos y punibles tipificados¹¹⁸ en el Código Penal general o en las leyes penales especiales.

El derecho penal juvenil está regulado por la «*Jugendgerichtsgesetz*» o *JGG*, y que gira en torno a la exigencia de responsabilidad penal¹¹⁹ a aquellos menores de entre 14 y 18 años, y

¹¹⁷ Para consultar la Ley alemana de protección de la juventud (*JuSchG*) en español. Recuperado (10.01.2017) de: <https://www.bag-jugendschutz.de/gesetze/JuSchGSpan.pdf>.

¹¹⁸ Delitos («*Verbrechen*») y faltas («*Vergehen*»).

¹¹⁹ La responsabilidad civil derivada del delito no es objeto de regulación en esta normativa, sino que hay que acudir a la propia legislación civil.

aplicable además a semiadultos o adultos jóvenes de 18 a 21 años, aunque existen unos supuestos concretos.

Como legislación penal específica en el ámbito de la justicia penal juvenil, esta ley ha servido para proporcionar asistencia al menor. El componente educativo es necesario en la protección del menor infractor y, de hecho, es manifiesto y está presente a lo largo del texto. Al final, el sistema juvenil alemán tiene ese tipo de orientación. El principio educativo y la resocialización del menor son necesarios (§2 *JGG*). A través de las medidas que se imponen al menor infractor se promulga ese efecto educativo propio de las mismas. Del mismo modo, se pretende que el menor desarrolle plenamente su personalidad con la ayuda por supuesto de elementos de socialización adecuados. Por lo tanto, se entiende que el componente protector en el marco de la ley *JGG*, en relación con el menor infractor, se da en un contexto de prevención especial positiva, aunque también negativa.

Más que en el derecho penal de adultos, el principal objetivo del derecho penal juvenil es la recuperación de un comportamiento social adecuado. La importancia de aprender las normas y los códigos de la socialización están enfatizados. Los objetivos (el control del derecho penal) se calculan dentro de los límites del estado constitucional y de los derechos básicos. El «*Bundestag*» (Cámara Baja del Parlamento alemán) instó a que se reformara la *JGG*, para ampliar entre otras cosas el tratamiento jurídico-penal de los adolescentes. Mejorando, además, el funcionamiento de la asistencia, orientación y protección del menor en el proceso penal de menores. En las sucesivas reformas de la Ley se fueron incluyendo tales propuestas.

Los esfuerzos reformistas que promulgó el Gobierno Federal, iban dirigidos «a mejorar también las medidas de reeducación y de orientación del menor, con el fin de integrarlo plenamente en el proceso reeducador del derecho penal de menores».¹²⁰

Alemania ha desarrollado un sistema efectivo de las instituciones privadas y de las instituciones estatales de bienestar. Así, como de las instituciones de justicia en el ámbito de

¹²⁰ RÖSSNER, D. *El derecho penal de menores en Alemania...*, op.cit., p.320. Traducción propia.

la prevención de la delincuencia juvenil y de la justicia de menores. Sobre ese sistema se organizan, por un lado: las oficinas de bienestar juvenil («*Jugendamt*») y por otro lado, los servicios juveniles en los procedimientos penales («*Jugendgerichtshilfe*»). Estas agencias organizadoras tienen una «doble función» en palabras de Dünkel,

(1) Cumplen puramente tareas de orientación de bienestar (la ayuda de la familia y la protección de los niños que necesitan cuidados) y (2) apoyan el Fiscal de menores y a los Tribunales mediante la entrega de información personal y familiar de base para el juicio, y son en parte responsables de la ejecución de medidas educativas (mediación, entrenamiento social, etc. basado en el Fiscal de menores o en la decisión del Juez).¹²¹

En consecuencia, el fundamento de la *JGG* además del pensamiento educativo, es el principio de protección del menor («*Schutzprinzip*»). La integración de ambos es fundamental en la legislación penal juvenil. Ese principio de protección del menor implica por un lado, el tratamiento jurídico diferenciado entre un menor y un adulto infractor, un proceso de socialización del menor infractor y una adaptación de las sanciones al desarrollo y madurez del menor infractor (más indulgentes que las de un adulto).

4. Excurso: La edad como componente discriminatorio

4.1. Consideraciones generales previas

Según datos del último Eurobarómetro¹²² publicado en octubre de 2015 en relación a la «*Percepción de la discriminación en la sociedad de la UE*», una gran mayoría de europeos no perciben la existencia de una discriminación entre los jóvenes menores de 30 años.

¹²¹ DÜNKEL, F. (2016). *Youth justice in Germany*. Oxford: Oxford Handbooks Online, p. 8. Traducción propia.

¹²² Vid. EUROPEAN COMMISSION (2015). *Special Eurobarometer EBS 437. Discrimination in the EU in 2015*, 1-396. Correspondiente al estudio realizado entre los periodos de mayo a junio del mismo año. Recuperado (11.01.2017) de: <http://ec.europa.eu/COMMFrontOffice/PublicOpinion/index.cfm/Survey/getSurveyDetail/instruments/SPECIAL>

Los datos del estudio revelan que un 58% de los encuestados consideran que la discriminación no está extendida entre la población de esa edad. Concretamente para este sector poblacional, es bastante raro que se produzca discriminación en términos generales por razón de edad, en el grupo de menores de 30 años. De hecho, de los dos países sometidos a análisis en este trabajo, Alemania destaca como uno de los dos únicos países de los 28 de la UE (junto a Dinamarca), que perciben raramente la discriminación sobre ese grupo concreto de edad.

Por otro lado, con respecto a las medidas y a las políticas que ha llevado a cabo un determinado país para luchar contra la crisis económica causando una exclusión de un determinado grupo (menores de 30 años), hay un porcentaje del 50 % de encuestados en España que creen que dichas medidas han rechazado a este grupo de personas. En cambio, respecto a esta misma cuestión, Alemania es el país que presenta un porcentaje más bajo (14%), respecto a la exclusión de este grupo poblacional.

En relación al conocimiento que tiene el propio sujeto de sus derechos respecto a la discriminación en general, algo más de la mitad respondió desconocer los mismos (47%). Aunque, las posibles víctimas tuvieran claro recurrir a la policía como primera opción para denunciar las situaciones discriminatorias (35%). Finalmente, una gran mayoría cree que se deben implementar políticas para combatir cualquier tipo de discriminación, aumentando así la protección de los grupos vulnerables en situación de riesgo (62%).

En el anterior Eurobarómetro de 2012, incluso se iba más allá, y un porcentaje del 23 % de los encuestados,¹²³ no consideraba que el grupo de edad que abarcaba de 15 a 24 años tuviera un problema de discriminación por razón de edad. Se refiere, respecto a otras causas de discriminación, lo cual supondría un trato desfavorable sobre ellos. En ese mismo informe, cuando se preguntaba sobre si los propios encuestados se habían sentido discriminados en los últimos 12 meses, solo un 2% de los menores de 30 años contestaron que sí.

/surveyKy/2077.

¹²³ Vid. EUROPEAN COMMISSION. (2012). *Special Eurobarometer EBS 393. Discrimination in the EU in 2012*, 1-238. Recuperado (11.01.2017) de: http://ec.europa.eu/public_opinion/archives/ebs/ebs_393_en.pdf.

Siguiendo esta línea de estudios relativa a la discriminación en Europa, cabe destacar una investigación elaborada por Age UK¹²⁴ en 28 países europeos. En este estudio que estuvo mayormente centrado en examinar la discriminación por razón de edad, pero en personas mayores, se tuvo también en cuenta a la población juvenil que abarcaba de los 15 a 24 años. En este caso, se puso de manifiesto, sin embargo, que un 49,5 % de los jóvenes encuestados, en algún momento habían sido discriminados (esto se traduce en una falta de respeto o en un trato desfavorable). De hecho, si se tiene en consideración otros factores como el sexo o la raza/etnia, la edad como factor discriminatorio prevalecía por encima de los otros dos.

Respecto a esta cuestión, no puede olvidarse que para medir la discriminación es fundamental la recolección de datos, lo que permitirá en base a su estadística conocer la naturaleza, las causas y los efectos de la misma. La recopilación de datos permite entre otros, conocer la situación de los grupos vulnerables a la discriminación, como es el caso del grupo de menores de edad. En cambio, también permite cumplir las obligaciones emanadas de los instrumentos internacionales de derechos humanos para perseguir e investigar aquellos casos sospechosos de discriminación.¹²⁵ Del mismo modo, que elaborar e implementar leyes que promuevan la igualdad.

Las investigaciones mostradas anteriormente son significativas, ya que fueron llevadas a cabo en numerosos países de nuestro entorno europeo. Por lo tanto, se demuestra que, aunque no haya una percepción expresa de discriminación por razón de edad, en concreto sobre la minoría de edad, ésta existe. En ocasiones, dependiendo de las situaciones concretas se manifiesta de una manera evidente, aunque otras veces más implícita. Por ende, gracias en parte a estos estudios extendidos a nivel europeo, se puede mejorar la situación del menor dentro de nuestro entorno social. Gracias a la creación de políticas de igualdad, favoreciendo

¹²⁴ Vid. RAY, S. & ROBINSON, N. (eds.) (2011). *Ageism in Europe: findings from the European Social Survey*. Londres: Age UK.

¹²⁵ MAKKONEN, T. (2007). *Measuring discrimination: Data collection and EU equality law*. Bruselas: Office for official publications of the European Communities, p.84. Ver también MAKKONEN, T. (2007). *European handbook of equality data*. Bruselas: Office for official publications of the European Communities, p. 21.

que no haya ningún trato discriminatorio del menor en el ordenamiento jurídico interno de cada país.

Si lo extrapolamos a los menores infractores como subgrupo dentro del colectivo de menores de edad, no debe darse tampoco ningún trato discriminatorio por su condición. En la línea de lo que mantiene Martínez Riera, se parte de un «perjuicio criminalizador donde los jóvenes son los culpables».¹²⁶ En parte, como el autor expresa porque son los sujetos más vulnerables cuyas conductas se expresan en ocasiones de una manera mucho más trágica y explosiva que en otros sectores. Y más aún, cuando se es reincidente.

4.2. Tipos de discriminación

La discriminación puede entenderse en sentido jurídico o en sentido cognitivo. La discriminación en sentido cognitivo implica la visibilización de las diferencias existentes entre los grupos para entender sus necesidades especiales. En contraposición, la discriminación jurídica va a combatir el trato discriminatorio para conseguir y garantizar la igualdad entre los individuos y grupos.

Cuando se habla de discriminación jurídica (legal) se van distinguir dos tipos: la discriminación directa y la discriminación indirecta. Si bien es cierto, que la primera ha sido estudiada más en profundidad (sobre todo en el ámbito laboral y civil). Esto es debido, a la evidente manifestación y visibilidad de la misma.

La discriminación directa se produce de «manera injustificada e intencionada sobre aquellas personas que tienen un atributo manifiesto, lo que implica una causa visible de exclusión».¹²⁷ Mientras, «la discriminación indirecta es aquella que deriva de leyes, reglamentos o medidas

¹²⁶ MARTÍNEZ PIERA, E. (2008). Reflexiones en torno a la intervención de los poderes públicos para la protección e inserción de los menores. En J.M. ASECIO MELLADO, y O. FUENTES SORIANO (dirs.,coords.), *Nuevos retos de la justicia penal* (pp. 359-375). Madrid: La Ley, p.368.

¹²⁷ LIEBEL, M. (2010). Diskriminiert, weil sie Kinder sind: ein blinder Fleck im Umgang mit Menschenrechten. *Diskurs Kindheits- und Jugendforschung*, 5(3), 307-319, pp. 306 y ss. Traducción propia.

que a priori son de aplicación para todos, pero que finalmente discrimina a una persona o grupos de personas».¹²⁸

La discriminación indirecta abarca «medidas, disposiciones, criterios o prácticas que aparentemente no son problemáticas pero que posteriormente tienen un efecto discriminatorio sobre un grupo determinado de personas, siendo aceptables a nivel abstracto pero confuso a nivel concreto»¹²⁹. La discriminación indirecta también es conocida como discriminación institucionalizada, caracterizándose por seguir un criterio aparentemente neutral que formalmente no está prohibido.

En todo caso, la discriminación indirecta es más difícil de detectar «porque los criterios neutros son objetivos y pueden estar justificados».¹³⁰ Concretamente en el debate actual, Fredman admite que «casi cualquier criterio o práctica puede ser potencialmente discriminación indirecta».¹³¹

En definitiva, debe tomarse en cuenta que la edad como causa de discriminación, es en realidad, una de las más difíciles de delimitar porque opera según Requena Casanova,

A dos niveles (edad máxima legal y edad mínima), porque puede tener dos vertientes (positiva y negativa) y porque abarca múltiples estereotipos y generalizaciones acerca de las habilidades y capacidades personales que no están necesariamente ligadas a la edad cronológica, sino más bien a la biológica.¹³²

¹²⁸ LIEBEL, M. (2010). Diskriminiert, weil sie Kinder sind: ein blinder Fleck im Umgang mit Menschenrechten. *Diskurs Kindheits- und Jugendforschung*, 5(3), 307-319, pp. 306 y ss. Traducción propia.

¹²⁹ TOBLER, C. (2008). *Limits and potential of the concept of indirect discrimination*. Bruselas: Office for official publications of the European Communities, p.8. Traducción propia.

¹³⁰ CHAHIN, A., y MORALES, S. (2013). *Invertir en igualdad y no discriminación: hacia unas políticas públicas más eficientes e inclusivas*. Madrid: Centro de Publicaciones del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, p.31.

¹³¹ FREDMAN, S. (2004). The age of equality. En S. FREDMAN & S. SPENCER (eds.), *Age as an equality issue: legal policy perspectives* (pp. 21-69). Oxford: Hart Publishing, p.108. Traducción propia.

¹³² REQUENA CASANOVA, M. (2013). La discriminación por razón de la edad en la Unión Europea: la expansión del principio de no discriminación a través de la jurisprudencia. *Revista General de Derecho Europeo*,

La diferenciación de ambos tipos de discriminación (directa e indirecta) no está en el conjunto de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, pero sí en los Tratados discriminatorios específicos de Derechos Humanos, sobre los que hablaremos a continuación.

4.3. Aspectos generales del marco legislativo de la lucha contra la discriminación

Las desigualdades normalmente son el resultado de factores económicos, sociales, culturales, geográficos o étnicos. Además, las desigualdades «son un problema por el sufrimiento que acarrearán, y porque pueden socavar, además, la solidaridad que la ciudadanía democrática requiere».¹³³ Los poderes públicos deben comprometerse mediante políticas sociales igualitarias entre todos sus ciudadanos. A través de unas políticas de igualdad, tienen la obligación de proteger a aquellos colectivos que están afectados por una realidad discriminatoria. El hecho de pertenecer a un grupo vulnerable va a determinar la posible concurrencia de un factor discriminante. La protección a los grupos desfavorecidos frente a un trato discriminatorio se lleva a cabo mediante leyes y políticas antidiscriminatorias.

En principio, las personas que integran estos grupos vulnerables, no van a poder disfrutar de los derechos correspondientes en las mismas condiciones de igualdad que el resto de personas que no pertenecen a ese grupo concreto. Es por ello, que los sujetos que conforman el grupo vulnerable tienen las mismas características o rasgos que lo identifican como tal. Prácticamente, el grupo vulnerable ha sufrido «una historia de discriminación y ha sido marginado del proceso político de la toma de decisiones y existen una serie de prejuicios sociales contra los miembros de esa clase».¹³⁴

Los principios de no discriminación e igualdad van a constituir la piedra angular de los Tratados Internacionales en Derechos Humanos. Estos principios van unidos, pero realmente

(31), 1-30, p. 6.

¹³³ RODRÍGUEZ PALOP, M.E. (2017). Reformular los derechos humanos desde una visión relacional. *Derechos y Libertades. Revista de Filosofía del Derecho y Derechos humanos*, (36), 135-166, p. 143.

¹³⁴ GIMÉNEZ GLUCK, D. (2004). *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*. Barcelona: Bosch, p.232.

son entidades independientes y con criterios propios. Ambos, estarán presentes en todos los ámbitos posibles y en cualquier grupo de individuos. Sobre todo, dentro del marco normativo de las Naciones Unidas. De hecho, tanto las provisiones en relación a los menores recogidos en la CDN, como los comentarios generales emanados del Comité de los Derechos del Niño en relación a la no discriminación e igualdad, apuntan en esta dirección.

Los principales Tratados Internacionales de Derechos Humanos reúnen aspectos de carácter general que pueden simbolizar la comisión de actos discriminatorios. La Declaración Universal de los Derechos Humanos sentó las bases de esos aspectos o rasgos que pueden estar sujetos a acciones discriminatorias por el mero hecho de poseer alguno de ellos.¹³⁵ Del mismo modo, albergan preceptos que garantizan el principio de igualdad.

El marco internacional afortunadamente es un reflejo de las modificaciones que han tenido lugar en el derecho interno de numerosos países. Todo ello, en relación a sus legislaciones de ámbito general, pero también en aquellas de carácter más específico. Esto supuso un punto de apoyo a aquellos individuos que sufren una conducta discriminatoria. En la actualidad, «prácticamente todas las Constituciones en el mundo han incluido una cláusula antidiscriminatoria y han desarrollado algún tipo de norma secundaria para combatir este fenómeno».¹³⁶

En el ámbito de la Unión Europea, se pone de manifiesto en la legislación vigente la preocupación por combatir la discriminación y promover la igualdad a nivel general. De hecho, la Carta de los Derechos fundamentales de la UE establece la prohibición de toda discriminación por razón de cualquier índole. Así mismo, se han aprobado varias Directivas antidiscriminación que establecen los parámetros mínimos para los Estados miembros. De modo, que éstos los incorporen en su ordenamiento jurídico interno. Esta idea, es indicadora

¹³⁵ Más tarde, aparecieron el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

¹³⁶ GUTIÉRREZ RIVAS, R. (2014). La categoría de discriminación y su relación con el paradigma de los derechos humanos: un apunte crítico. *Instituto de investigaciones jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México*, 1-13, p.7.

de que la lucha contra toda forma de discriminación es una de las piedras angulares de la política social de la Unión Europea. Por lo que, «se debe establecer un marco jurídico arbitrado para la lucha contra la discriminación».¹³⁷

Por otro lado, en el ámbito del derecho regional, algunos de los instrumentos jurídicos existentes, hacen referencia a las distintas causas de discriminación, pero incluyendo una cláusula notoria que hace mención a cualquier otra condición o estatus («*other status*»). De esta forma, se usan fórmulas genéricas en la normativa internacional. Por lo que, en dichos textos, no se hace referencia a la edad como circunstancia impeditiva de un trato desigual.¹³⁸

Es cierto, que en el marco de la legislación actual en palabras de Añón Roig,

Se observan algunas dificultades por parte del ordenamiento jurídico a la hora de identificar de una manera correcta las categorías específicas relativas a quien son discriminados, por lo que hay que identificar por un lado a los sujetos, clases y categorías; y por otro hay que reconocer las claves de la discriminación que residen en las estructuras sociales de opresión, dominación y subordinación.¹³⁹

En las siguientes líneas y en relación al fenómeno de la discriminación, se van a analizar sucintamente los aspectos regulados dentro del marco normativo en relación al tratamiento jurídico sobre la igualdad y la lucha contra la discriminación por razón de edad. Lo cual, se tratará de ejemplificar tanto en el acervo internacional, comunitario, español y alemán.

¹³⁷ SUSO ARAICO, A., y CASTILLO CHARFOLET, M. (2013). *Estudio diagnóstico de fuentes secundarias sobre discriminación en España*. Madrid: Centro de Publicaciones del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, p.17.

¹³⁸ A modo de ejemplo, véase la Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículo 2.1) o al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 2.2).

¹³⁹ AÑÓN ROIG, M.J. (2013). Principio antidiscriminatorio y determinación de la desventaja. *Isonomía*, (39), 1-14, p. 6.

4.4. Discriminación por razón de edad en el ordenamiento jurídico

La adopción de un cuerpo legal viene a reiterar la protección de grupos específicos de la población a los que de manera sistemática se han vulnerado sus derechos. Simplemente, por el mero hecho de formar parte de un grupo concreto. Es el caso del grupo de los niños y de los adolescentes. Los Tribunales, además, se han pronunciado en numerosas ocasiones en casos donde ha habido una clara discriminación por razón de la edad. No obstante, principalmente en los casos de discriminación por razón de edad en el ámbito laboral.

La edad como atributo manifiesto puede ser un factor de discriminación, del mismo modo que el color de piel, el sexo o el estatus social de una persona. La edad es una condición psicosomática que incluye en dicha categoría tanto a los menores de edad como a los ancianos. Aunque, por ser el objeto de estudio del presente trabajo los menores, el foco se pone en la minoría de edad como factor de discriminación.

Hay que distinguir, que la discriminación basada en la minoría de edad se entiende de diferente manera que la discriminación por cualquier otra razón. En efecto, como es el caso de la discriminación por razón de género o por razón de raza u origen étnico. La edad representa a un «grupo fijo delineado» (esto quiere decir que el menor eludirá esta categoría al pasar a la edad adulta).¹⁴⁰ Es por ello, que la discriminación durará el periodo de tiempo que el menor de edad forme parte de esta categoría. Al ser una categoría variable, la discriminación será temporal y sujeta al estatus legal y social del menor. Esto es, como parte integrante de este grupo antes del paso a la adultez. No obstante, «el alargamiento moderno cuantitativo y cualitativo de la vida ha aportado un cambio a la intensidad de la discriminación entre los jóvenes y adolescentes».¹⁴¹

¹⁴⁰ BREEN, C. (2006). *Age discrimination and children's rights: Ensuring equality and acknowledging difference (International studies in Human Rights)*. Boston: Martinus Nijhoff Publishers, p.22. Traducción propia.

¹⁴¹ SAGRERA, M. (1992). *El edaísmo contra "jóvenes" y "viejos". La discriminación universal*. Madrid: Fundamentos, p.98.

Teniendo en cuenta al colectivo de estudio, los menores de edad que han entrado en contacto con el sistema de justicia juvenil y por lo tanto tienen condenas previas, es probable tener en consideración la influencia directa de su *condición* de reincidentes al acceder al mercado laboral. Puede darse un efecto negativo que influye en el menor infractor reincidente, haciéndole más vulnerable. Esto se explica en base a una posible relación causal que origine una discriminación en el trato dado. Por lo que las barreras legales o de cualquier otro tipo para acceder al mercado laboral, van a ser aún más grandes para aquellos que han reincidido.

Es definitiva, posibles comportamientos discriminatorios en el acceso al mercado laboral por razón de edad, y más si tienes antecedentes penales por ser reincidente. De hecho, «la credencial negativa asociado a los antecedentes penales lleva consigo un mecanismo de estratificación, donde el estado certifica particularidades individuales en diversas formas que califican a los sujetos en base a una discriminación o una exclusión social».¹⁴² Aunque este asunto, lo desarrollaremos más adelante.

4.4.1. En el ámbito internacional. Especial atención a la CDN

Con la adopción de la CDN, se pone de manifiesto la transposición en el derecho positivo de la dogmática de los Derechos Humanos del niño, consustancial a las Naciones Unidas. El CDN como instrumento jurídico vinculante aplicable a la protección, promoción y garantías de todos los menores de 18 años, va a asegurar los derechos de éstos como derechos inalienables, indivisibles y universales.

Uno de los cuatro principios rectores que rigen dicha Convención y que va a ser el soporte del resto de derechos contenidos en la misma, es el principio de no discriminación. Este principio está recogido en el artículo 2, que amplía el concepto del mismo añadiendo en su articulado « (...) *impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales*». Dentro de «*cualquier otra condición*», lo que pretende la

¹⁴² PAGER, D. (2003). The mark of a criminal record. *AJS*, 108(5), 937-975, pp. 940 y ss. Traducción propia.

Convención es dar protección a aquellas posibles conductas discriminatorias que no están previstas.

El discurso proteccionista de este principio queda manifiesto en relación al grupo menos aventajado, que por tradición ha acompañado siempre a la infancia. Este principio tiene una «doble vertiente, en primer término, se recoge la aplicación igualitaria de los derechos consagrados en la CDN sin distinción alguna y enunciando, luego, la prohibición de algunos criterios específicos de discriminación».¹⁴³

En palabras de Carmona Luque, la Convención muestra su «carácter de instrumento de codificación y desarrollo progresivo (...) en relación al niño, y enmarca el principio de no discriminación bajo nota de universalidad que inspira el sector del ordenamiento jurídico internacional y del que ella resulta una manifestación concreta».¹⁴⁴

Como queda reflejado, el alcance de la prohibición de tal discriminación afecta a todos los niños bajo la jurisdicción de los Estados parte que han suscrito el Convenio. Es por ello, que se han de respetar todos los derechos que están recogidos en tal texto normativo. De hecho, se amplía la protección no solo a los niños, sino también al entorno familiar del menor. Es decir, a los padres, a los familiares o a los tutores.

La ratificación por parte de España y de Alemania de la CDN, implica una adecuación de los ordenamientos jurídicos de ambos países en relación a la protección del menor. Sobre todo, cuando se enfrentan a situaciones de discriminación. Como norma internacional de derechos humanos dirigida a los menores, va a justificar la igualdad entre aquellos que por razones de edad se encuentran en una situación diferente a la de los adultos. El hecho de diferenciarlos de los adultos, no debe implicar un acto discriminatorio sino un trato diferenciado.

¹⁴³ CILLERO BRUÑOL, M. (2011). Infancia, autonomía y derechos: una cuestión de principios. *Revista pensamiento penal*, 1-15. p. 8.

¹⁴⁴ CARMONA LUQUE, M.R. (2012). *La Convención sobre los derechos del niño: instrumento de progresividad en el Derecho internacional de los derechos humanos*. Madrid: Dykinson, p.83.

El Comité de los Derechos del Niño como órgano de control y supervisión de la CDN, por ejemplo, ha ordenado medidas para luchar contra la discriminación para mejorar y poder hacer efectivos los derechos de los menores de edad. Las medidas y propuestas deben incluir acciones legislativas y políticas. Del mismo modo, se deben promover campañas de sensibilización y educativas. Los Estados protegerán a los menores de edad ante tal discriminación, garantizando la salvaguarda de sus derechos mediante la implementación de medidas protectoras. Hay un reclamo, por tanto, para que los Estados se comprometan y hagan cumplir el artículo 2 del CDN.

En España, por ejemplo, se creó hace unos años un Observatorio de la Infancia.¹⁴⁵ Su configuración y trabajo a lo largo de este tiempo ha sido alabado por el Comité de los Derechos del Niño, reflejándose en sus Observaciones Finales en su 55º periodo de sesiones referente a los informes tercero y cuarto.¹⁴⁶ Desde ese punto de vista, hay que destacar asimismo el importante papel que viene desempeñando la «Estadística Básica de Medidas de Protección a la Infancia (EBMPI), uno de los instrumentos estadísticos creados en colaboración con las CC.AA., (...) esencial para el conocimiento de la protección a la infancia (...), y único instrumento estatal sobre la materia».¹⁴⁷

4.4.2. En el ámbito regional europeo

4.4.2.1. Instrumentos internacionales

En el marco del derecho comunitario, la mayoría de la normativa antidiscriminatoria gira en torno a la discriminación por razón de sexo y por razón del origen racial o étnico. Aunque, en los últimos años esto haya cambiado, por lo que se reconocen otras causas de discriminación entre las que está incluida la discriminación por razón de edad.

¹⁴⁵ Web del Observatorio de la Infancia. Recuperado (13.04.2017) de: <http://www.observatoriodelainfancia.msssi.gob.es/>

¹⁴⁶ CRC/C/ESP/CO/3-4, p.11 y 17.

¹⁴⁷ CASTELLANOS DELGADO, J.L. (2015). Estadísticas de protección a la infancia. *Índice*, 21-23, p. 21.

La Carta de los Derechos Fundamentales de la UE establece la prohibición de toda discriminación por razón de cualquier índole. En concreto, el artículo 21.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE se refiere a la prohibición de « (...) *toda discriminación y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual*».

Junto a lo anterior, cabe mencionar el artículo 19 del Tratado de Funcionamiento de la UE¹⁴⁸ que establece la adopción de medidas y acciones encaminadas a luchar contra la discriminación por diversos motivos, entre los que se encuentra la edad.¹⁴⁹ Se incluyen así numerosos Reglamentos y Directivas de carácter vinculante que luchan activamente contra todas formas de discriminación. Éstas, establecen un marco jurídico para la igualdad en diversos sectores en relación a la edad o con independencia de ésta. Las que han sido aprobadas, establecen los parámetros mínimos para los Estados miembros de modo que éstos los incorporen en su ordenamiento jurídico interno.

En materia de empleo y prestaciones sociales hay varias Directivas que combaten la discriminación por razón de edad. Son, la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa al principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición).¹⁵⁰

¹⁴⁸ Para consultar la versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la UE en el Diario Oficial nº C 326 de 26/10/2012 p. 0001 – 0390.

¹⁴⁹ Art. 19 del Tratado de Funcionamiento de la UE: «*Sin perjuicio de las demás disposiciones de los Tratados y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Unión por los mismos, el Consejo, por unanimidad con arreglo a un procedimiento legislativo especial, y previa aprobación del Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual*».

¹⁵⁰ Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006. Recuperado (11.01.2017) de: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:32006L0054>.

También, la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.¹⁵¹

En materia más amplia de promoción de la igualdad de trato de personas independientemente de la edad y otros factores, hay otra Directiva europea que está fuera del ámbito laboral y se centra en otras áreas. Esta es la Directiva 2000/43/CE del Consejo,¹⁵² de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico. Asimismo, en 2008 se presentó un Anteproyecto por parte del Consejo de la UE para establecer el principio de trato equitativo con independencia de las creencias, discapacidad, edad u orientación sexual en otras áreas además del empleo.¹⁵³ Concretamente, una Propuesta de Directiva del Consejo por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual.

Este proyecto legislativo que actualmente¹⁵⁴ se encuentra en fase de discusión en el Consejo y en otros órganos preparatorios, pretende garantizar que por alguna de las razones que han sido mencionadas anteriormente no se discrimine en el marco de la legislación comunitaria a ninguna persona. Particularmente, en otras áreas fuera de las cuestiones laborales y de la seguridad social. Aunque bien es cierto, que, en el seno de la legislación europea, se asume que, para combatir la discriminación por edad, la mayor parte de las veces se persigue ésta en un contexto laboral.

Por otro lado, también se refleja en el texto que *«En determinadas circunstancias pueden permitirse diferencias de trato por motivos de edad si están justificadas de manera objetiva*

¹⁵¹ Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000. Recuperado (11.01.2017) de: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000L0078:es:HTML>.

¹⁵² Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000. Recuperado (11.01.2017) de: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2000:180:0022:0026:es:PDF>.

¹⁵³ Esta Propuesta de Directiva del Consejo se presentó el 2 de julio de 2008, COM/2008/426/FINAL, estando actualmente a la espera de aprobación por parte del Consejo de Ministros antes de su adopción.

¹⁵⁴ La última actualización de la Propuesta de esta Directiva data del 14 de diciembre de 2016. Todos los detalles sobre el recorrido de esta Propuesta pueden verse en el siguiente enlace. Recuperado (11.01.2017) de: http://eur-lex.europa.eu/procedure/EN/2008_140#1218398.

por una finalidad legítima y si los medios de lograr dicho objetivo son adecuados y necesarios. En este contexto, la promoción de la integración económica, cultural o social de las personas pertenecientes a grupos de edad específicos debe constituir un objetivo legítimo. Los medios para lograr dicho objetivo, como la oferta de condiciones de acceso más favorables para las personas pertenecientes a grupos de edad específicos, deben ser adecuados y necesarios».¹⁵⁵ Aunque, a decir verdad, las Directivas Europeas contra la discriminación no van a obligar a los Estados miembros a usar el derecho penal para sancionar los actos de discriminación.¹⁵⁶

Si se examina el CEDH, no se observa ningún derecho específico protegido en el mismo, que incluya la categoría «*per se*» razón de edad. Incluso, ni en el artículo 14 se hace una prohibición de la discriminación por ese motivo.¹⁵⁷ Ni en el Protocolo n° 12 al Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, donde en su artículo 1.1 se establece una prohibición general de la discriminación¹⁵⁸. En cambio, en el segundo párrafo de dicho artículo se menciona que «nadie puede ser objeto de discriminación por parte de una entidad pública, por lo que el TEDH puede conocer de tratos discriminatorios emanados de autoridades judiciales como los propios órganos legislativos».¹⁵⁹

¹⁵⁵ Propuesta de Directiva del Consejo por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual. Recuperado (11.01.2017) de: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST_14500_2016_INIT&from=ES

¹⁵⁶ En cambio, una Decisión Marco del Consejo Europeo (Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el derecho penal) obliga a todos los Estados miembros a establecer sanciones penales por la incitación a la violencia o el odio por razones de raza, color, ascendencia, religión o creencias, origen nacional o étnico. Recuperado (11.01.2017) de: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A32008F0913>.

¹⁵⁷ Art. 14 del CEDH. Prohibición de la discriminación: «*El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación*».

¹⁵⁸ Art.1.1 del Protocolo N° 12 al CEDH. Prohibición general de la discriminación: «*El goce de todos los derechos reconocidos por la ley han de ser asegurados sin discriminación alguna, en particular por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas o de otro carácter, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación*».

¹⁵⁹ BETRIÁN CERDÁN, P. (2014). La no discriminación por razón de religión: la discriminación indirecta. En M. RODRÍGUEZ BLANCO, y J. GONZÁLEZ AYESTA (dirs.), *Religión y Derecho internacional* (pp. 513-

En cualquier caso, la lista de motivos objeto de discriminación recogida en el artículo 14 del CEDH no es exhaustiva, y así se recoge en la Memoria Explicativa al Protocolo N° 12 del CEDH. En ella, se afirma que, si no se añadió la edad, fue porque la inclusión de ésta podría dar lugar a interpretaciones *a contrario* injustificadas en cuanto a la discriminación basada en motivos no incluidos.¹⁶⁰ En resumen, si se produce una discriminación por razón de edad al no estar incluida de manera explícita esta categoría en el CEDH, los problemas de discriminación que se puedan plantear se darán en el contexto de otros derechos que sí están recogidos.

El CEDH restringe la aplicación de la prohibición de la discriminación a los derechos establecidos en el propio Convenio. De manera, que «el objeto de la prohibición de discriminación se circunscribe únicamente a los derechos listados en el respectivo instrumento».¹⁶¹

4.4.2.2. Análisis jurisprudencial

Se advierte en las resoluciones judiciales del ámbito comunitario, la visible lucha contra la discriminación por parte de la UE. De hecho, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, (órgano que interpreta el derecho de la UE) ha generado una variada jurisprudencia en torno a la discriminación por causa de la edad. Aunque, pronunciándose de nuevo en materia relativa al ámbito laboral mayoritariamente y con una cierta particularidad. Lo que es evidente, es que

532). Granada: Comares, p.520.

¹⁶⁰ Memoria explicativa al Protocolo N° 12 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, de 4 de noviembre de 2000. Párrafo 20: « (...) *including certain additional non-discrimination grounds (for example, physical or mental disability, sexual orientation or age), not because of a lack of awareness that such an inclusion was considered unnecessary from a legal point of view since the list of non-discrimination grounds is not exhaustive, and because inclusion of any particular additional ground might give rise to unwarranted a contrario interpretations as regards discrimination based on grounds not so included*». Recuperado (13.01.2017) de: <http://www.worldlii.org/int/other/COETSER/2000/3.html>. Traducción propia.

¹⁶¹ COURTIS, C. (2010). Dimensiones conceptuales de la protección legal contra la discriminación. *Revista Derecho del Estado*, (24), 105-141, pp. 109 y ss.

«el factor edad opera habitualmente sobre la política social ya que es objeto de competencia compartida entre la Unión Europea y los Estados miembros».¹⁶²

Tanto la normativa de la UE como el CEDH reconocen que la discriminación existe también cuando se trata de forma idéntica a personas en situaciones diferentes (discriminación indirecta).¹⁶³ Siguiendo esta línea, el Tribunal de Justicia la Unión Europea con base en diversas Directivas Europeas sobre igualdad ha basado algunos de sus fallos en el artículo 2.2 b) de algunas de esas Directivas.¹⁶⁴ En concreto, sobre la diferencia de trato de un grupo respecto a otro en base a dicha discriminación de carácter indirecto.

Es cierto, que este Tribunal se ha pronunciado básicamente como se ha dicho con anterioridad, en el ámbito del empleo y la ocupación. Por un lado, ha prohibido la discriminación de la misma y, por otro lado, ha reconocido al mismo tiempo la diferente naturaleza de dicha discriminación por motivos de edad. De hecho, ha tratado esta discriminación como un aspecto integral de un principio general de igualdad de trato. El Tribunal considera que va a constituir un valor del orden jurídico de la UE, y que parece abarcará todos los campos de no discriminación ahora protegidos por el Derecho comunitario.¹⁶⁵

Lo cierto es, que el TEDH tiene numerosa jurisprudencia donde se analiza el alcance y el marco de aplicación del artículo 14 referente a la prohibición de la discriminación. Para establecer unos criterios generales que sirven para determinar qué situación implica un trato discriminatorio. Para el Tribunal, la diferencia de trato discriminatorio según este artículo supone que: a) no haya una justificación objetiva y razonable, b) no se persiga un fin legítimo

¹⁶² REQUENA CASANOVA, M. *La discriminación por razón de edad...*, op. cit., p. 772.

¹⁶³ España. EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS (2011). *Manual de legislación europea contra la discriminación*. Luxemburgo: Oficina de publicaciones de la Unión Europea, p.29.

¹⁶⁴ Ver de nuevo las Directivas 2000/43/CE y 2000/78/CE, aunque estas Directivas Europeas no sean específicamente reguladoras de igualdad por razón de edad, pero que sirva como ejemplo para mostrar la consideración de discriminación indirecta en la normativa de la UE.

¹⁶⁵ Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala). Caso Mangold contra Helm, de 22 de noviembre de 2005 (C-144/04). Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala). Caso Küçükdeveci contra Swedex GmbH & Co KG, de 19 de enero de 2010 (C-555/07).

y c) no exista una razonable proporcionalidad entre los medios empleados y el fin para conseguirlo. Lo que se traduce según el Tribunal, en tratar de forma distinta sin una justificación objetiva y razonable a diferentes personas en situaciones similares.

Por otro lado, el TEDH ha conocido de algunos asuntos cuyos hechos indicaban la existencia de discriminación por motivos de edad, sin analizar en realidad los asuntos en tales términos, sobre todo en relación con el trato de los menores en el sistema de justicia penal.¹⁶⁶ En el examen de varias resoluciones dictadas por el TEDH, se infiere que, en la esfera del sistema penal de menores, el Tribunal no entra a valorar la discriminación por su edad, ya que su misión es analizar la vulneración de los derechos recogidos en el articulado de la CEDH en relación a la justicia de menores.¹⁶⁷ Aunque este Tribunal, ha circunscrito la edad en el apartado *de otra condición* («*other status*»).¹⁶⁸

4.4.3. En el ámbito europeo

Como se ha venido explicando hasta ahora, el concepto de discriminación por razón de edad es un criterio cuya dimensión internacional queda reflejada en las legislaciones del contexto europeo. Del mismo modo, que enmarcada en sus diferentes sistemas jurídicos.

El análisis llevado a cabo sobre la legislación antidiscriminación centrándonos en Alemania y España, nos lleva a darnos cuenta que los menores de edad a pesar de ser un grupo vulnerable susceptible de protección, es titular de derechos con autonomía e independencia.

¹⁶⁶ España. EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS. *Manual de legislación europea contra...* op. cit., p.106.

¹⁶⁷ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala). Caso Güveç contra Turquía. Sentencia de 20 de enero de 2009, (Nº 70337/01). Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala). Caso Maslov contra Austria. Sentencia de 23 de junio de 2008 (Nº 1638/03).

¹⁶⁸ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 1ª). Caso Schwizgebel contra Suiza. Sentencia de 10 de junio de 2010 (Nº 25762/07).

4.4.3.1. Especial mención a Alemania

En el caso de Alemania, antes de que se transpusieran algunas Directivas Europeas contra la discriminación y a favor de la promoción de la igualdad,¹⁶⁹ la legislación federal en materia de discriminación en este país era bastante escasa. Se limitaba básicamente, a ciertas provisiones recogidas en algunas leyes dentro de la esfera laboral. Actualmente, tanto la normativa federal como la de los «Länder» son bastante abundantes.¹⁷⁰

Junto con la transposición de estas Directivas comunitarias en el ordenamiento jurídico interno, se aprobó en el año 2006 la Ley General de Tratamiento Igualitario («*Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz*», AGG).¹⁷¹ Mediante esta ley, se introdujo en el derecho alemán la protección legal a varios grupos sociales teniendo por tanto un alcance más amplio. Así mismo, se incidió en todo tipo de conductas discriminatorias no solo en el plano laboral, sino también en el ámbito civil. Donde, se aplica dicha ley a aquellos actos discriminatorios ocurridos por motivos de origen racial o étnico o por razón de sexo, religión, convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual. Se completa así la protección jurídica en el derecho privado alemán. El ámbito de esta ley es general, por cuanto se aplica tanto a las cuestiones relativas «al empleo, la ocupación y la formación en el trabajo como a las prestaciones del sistema público de la Seguridad Social alemana y la educación, así como a la contratación de bienes y servicios, incluido el acceso a la vivienda».¹⁷²

En su §1 prohíbe la discriminación por razón de edad, entre otros criterios.¹⁷³ Se entiende como criterio la edad en un «*sentido vital*, que incluye la protección al grupo de mayores y al

¹⁶⁹ Directivas 2000/78, 2000/43, 2002/73 y 2004/113.

¹⁷⁰ Un resumen de la misma puede verse en NAVARRO MARTÍNEZ, C. (coord.) (2010). Legislación sobre igualdad de trato y no discriminación. *CEPC*, (34), 1-685.

¹⁷¹ La Ley Alemana AGG (*Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz*), de 14 de agosto de 2006 (*BGBl. I, S. 1897*), modificada a través del artículo 8, el 3 de abril de 2013 (*BGBl. I, S. 610*).

¹⁷² INFANTE RUÍZ, F.J. (2008). La protección contra la discriminación mediante el derecho privado, *INDRET*, (2), 1-17, p. 8.

¹⁷³ §1 AGG: «*Ziel des Gesetzes ist, Benachteiligungen aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität zu verhindern oder zu beseitigen*» («*La Ley tiene por objeto prevenir o eliminar la discriminación por*

grupo de jóvenes, (...) donde la propia edad es un punto que se va moviendo a lo largo de una escala lineal, siendo el espectro amplio (...)).¹⁷⁴

Ese mismo año tras la aprobación de la Ley AGG, se estableció la Autoridad Federal de lucha contra la discriminación (en virtud del §25 «*Antidiskriminierungsstelle des Bundes*»).¹⁷⁵ Se trata de una agencia de carácter independiente que asesora a individuos afectados por cualquier tipo de comportamiento discriminatorio. Se lucha así a nivel nacional, contra este tipo de conductas. Una de sus acciones más representativas fue la declaración del año 2012 como el año temático de la no discriminación de las personas por razón de su edad biológica, bajo el lema «*Im besten Alter. Immer*» (*En la mejor edad. Siempre*). Mediante esta campaña, se pretendía dar a conocer este tipo concreto de comportamiento discriminatorio. Del mismo modo, se recopilaron propuestas encaminadas a prevenir los tratos desfavorecidos sobre las personas por razón de su edad.

En el marco normativo constitucional en Alemania, la Ley Fundamental de Bonn en su §3 contiene el principio de igualdad («*Allgemeine Gleichheitssatz*»). En su primer apartado, se hace mención a la igualdad de hombres y mujeres frente a la ley («*Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich*»). En los otros apartados, se recoge la prohibición expresa de la discriminación (§3.3: «*Niemand darf wegen seines Geschlechtes, seiner Abstammung, seiner Rasse, seiner Sprache, seiner Heimat und Herkunft, seines Glaubens, seiner religiösen oder politischen Anschauungen benachteiligt oder bevorzugt werden. Niemand darf wegen seiner Behinderung benachteiligt werden*»).¹⁷⁶ En el §33.1 se recoge además, el reconocimiento y la garantía de igualdad de derechos y obligaciones cívicas de cualquier ciudadano alemán de los

motivos de origen racial o étnico, sexo, religión o convicciones, discapacidad, edad o identidad sexual»). Recuperado (13.01.2017) de: <https://www.gesetze-im-internet.de/agg/>. Traducción propia.

¹⁷⁴ SCHOLZ, M. W. (2006). *Das Verbot der Altersdiskriminierung bei der Begründung und Beendigung von Arbeitsverhältnissen*. Stuttgart: Ididem, p. 37. Traducción propia.

¹⁷⁵ Para saber más sobre el funcionamiento de la Autoridad Federal de lucha contra la discriminación. Recuperado (13.01.2017) de: http://www.antidiskriminierungsstelle.de/EN/Home/home_node.html.

¹⁷⁶ §3.3 GG: «*Ninguna persona por razón de su sexo, su parentesco, su raza, su idioma, su patria y su origen, su fe, sus opiniones religiosas o políticas podrá ser discriminado o favorecido. Nadie puede ser discriminado debido a su discapacidad*». Traducción propia.

«Länder» («*Jeder Deutsche hat in jedem Lande die gleichen staatsbürgerlichen Rechte und Pflichten*»).

En el Código Penal alemán vigente (*StGB*), en virtud del §130 se reconocen los preceptos penales en materia de actos discriminatorios. De igual manera, las conductas de incitación al odio. En todo caso, la conducta típica que se reconoce en los apartados 1 y 2 de este precepto, hace referencia a los actos de incitación dirigidos a individuos (§130.1: «(...) *gegen eine nationale, rassische, religiöse oder durch ihre ethnische Herkunft bestimmte Gruppe, gegen Teile der Bevölkerung oder gegen einen Einzelnen wegen seiner Zugehörigkeit zu einer vorbezeichneten Gruppe oder zu einem Teil der Bevölkerung zum Hass aufstachelt, zu Gewalt- oder Willkürmaßnahmen auffordert*(...)».¹⁷⁷ La última versión de este artículo, en palabras de Schönke y Schröder, «hizo más severo y extenso su alcance».¹⁷⁸

El §130 del *StGB* como se recoge en la literatura, se puede equiparar a nuestro artículo 510 en el que expresamente se promueven conductas de incitación. Además de afectar a individuos, también tienen una implicación social. Es cierto, que en el caso alemán «tienen implicaciones y repercusiones en el conjunto de la sociedad por imperativo expreso legal ya que afecta al orden o paz pública».¹⁷⁹ Algunos autores de la doctrina especializada alemana, van a coincidir en destacar que «el bien jurídico protegido en estos delitos sería también la dignidad de las personas».¹⁸⁰

¹⁷⁷ §130.1 *StGB* : «(...)contra un grupo por su origen nacional, racial, religioso o étnico, contra una parte de la población o contra una persona a causa de su pertenencia a un grupo de los mencionados anteriormente o contra una parte de la población que incite al odio, violencia o medidas arbitrarias (...)». Traducción propia.

¹⁷⁸ SCHÖNKE, y SCHRÖDER (1997). *Strafgesetzbuch. Kommentar*. Karlsruhe: C.H. Beck, p. 1103. Traducción propia.

¹⁷⁹ *Ibid*, p. 230. Traducción propia.

¹⁸⁰ TRÖNDLE, H., y FISCHER, T. (1999). *Strafgesetze und Nebengesetze*. Munich: C.H. Beck, p. 816. Traducción propia.

4.4.3.2. Especial mención a España

El método de transposición del legislador alemán fue muy diferente al del caso del legislador español, ya que en España se transpusieron las Directivas Europeas arriba nombradas mediante la aprobación de cuatro leyes diferentes, cuyos ámbitos de aplicación subjetiva eran distintos.¹⁸¹ La ventaja de la transposición alemana frente a la española es que la definición de discriminación es la misma. Independientemente, de la razón que ha motivado la conducta discriminatoria.

En el caso español, por el contrario, cada una de las leyes prevé un concepto de discriminación distinto, diferencia que «no está justificada e impide que el derecho de antidiscriminación funcione como un sistema cerrado y coherente».¹⁸² Es decir, no existe como tal un texto antidiscriminatorio «*ad hoc*» por lo que la labor llevada a cabo por el TC ha sido fundamental para conceptualizar este criterio. Por ejemplo, la doctrina la pone de relieve en numerosas sentencias. Sobre todo, en lo referente a las causas de discriminación de acceso al empleo, donde la discriminación por razón de edad va cobrando cada día más fuerza. Ya el Constitucional en STC 145/1991 de 1 de julio, ponía de manifiesto que había que profundizar en el análisis de las diferencias de trato por si podían incurrir en una vulneración del artículo 14 de la CE en relación a la prohibición de la discriminación.¹⁸³

La línea argumental que ha mantenido el Tribunal Constitucional en sus dictámenes gira alrededor de que el carácter discriminatorio de las conductas, se deben basar en los criterios

¹⁸¹ Las leyes españolas aprobadas y transpuestas fueron, la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad; la Ley 53/2003, de 10 de diciembre, sobre empleo público de discapacitados; la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas Fiscales, administrativas y de orden social y la Ley 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

¹⁸² AGUILERA RULL, A. (2007). Discriminación directa e indirecta. Comparación y crítica del concepto de discriminación en el AGG y en el Proyecto español de la LO para la igualdad efectiva de hombres y mujeres. *InDret*, (1), 1-18, p. 2.

¹⁸³ Tribunal Constitucional (Sala 2ª). Sentencia núm. 145/1991, de 1 de julio. F. J. 2: «(...) *el órgano judicial no puede limitarse a valorar si la diferencia de trato tiene, en abstracto, una justificación objetiva y razonable, sino que debe entrar a analizar, en concreto si lo que aparece como una diferenciación formalmente razonable no encubre o permite encubrir una discriminación contraria al artículo 14 CE*».

descritos en el artículo 14, al darse un trato desigual injustificado y protegerse el derecho a no sufrir por tanto una discriminación basado en las circunstancias específicas de tal disposición.¹⁸⁴ Aunque es verdad, que no todo tratamiento que sea desigual va a suponer un comportamiento discriminatorio hacia un sujeto. Ya que, la discriminación pudiera concurrir bajo «*causa objetiva y razonable*», como señala la doctrina jurisprudencial en la STC 47/1999 de 22 de marzo y la STC 227/1998 de 26 de noviembre.¹⁸⁵ Por tanto, «el tratamiento desigual puede existir siempre que quepa calificarlo como razonable, tanto por la causa que lo motiva como por la naturaleza de las propias medidas diferenciadoras».¹⁸⁶

El requisito de edad como causa de discriminación es ciertamente relevante, ya que como señala Ayala, «el hecho de segregar a las personas conforme a su edad nos privaría de la gran experiencia de intercambio que aportan otras generaciones, lo que significaría estar desaprovechando a estas personas».¹⁸⁷ En la misma línea, la autora destaca que, en comparación con otras discriminaciones tradicionales, la discriminación por razón de edad puede albergar otro tipo de discriminaciones.

Recapitulando, aunque la edad no está incluida dentro del artículo 14 de la Constitución, y no se menciona como causa específica de discriminación, si debe ser considerada como circunstancia personal dentro de la cláusula de dicho artículo. Así queda recogido por el TC, que ha declarado que «*la edad no es de las circunstancias enunciadas normativamente en el art. 14, pero no ha de verse aquí una intención tipificadora cerrada que excluya cualquier otra de las precisadas en el texto legal, pues en la fórmula del indicado precepto se alude a cualquier otra condición o circunstancia personal que debe predicarse de la edad*».¹⁸⁸ La CE

¹⁸⁴ Tribunal Constitucional (Sala 2ª). Sentencia núm. 49/1983, de 1 de junio. Tribunal Constitucional (Sala 2ª). Sentencia núm. 34/1984, de 9 de marzo.

¹⁸⁵ Tribunal Constitucional (Sala 1ª). Sentencia núm. 47/1999, de 22 de marzo. Tribunal Constitucional (Sala 2ª). Sentencia núm. 227/1998, de 26 de noviembre.

¹⁸⁶ CHARRO BAENA, P., y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C. (2007). Decálogo jurisprudencial básico sobre igualdad y no discriminación en la relación laboral. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, (3), 77-120, p. 77.

¹⁸⁷ AYALA DEL PINO, C. (2005). Discriminación en el acceso al empleo: por razón de edad y por condiciones subjetivas. *SABERES, Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales*, (3), 1-39, p. 12.

¹⁸⁸ Tribunal Constitucional (Sala 2ª). Sentencia núm. STC 31/1984, de 7 de marzo. Tribunal Constitucional

por tanto consagra en dicho artículo la efectiva protección de determinados colectivos como los menores de edad.

En el ámbito general, el Consejo de Ministros aprobó el 27 de mayo de 2011, remitir a las Cortes el Proyecto de Ley Integral para la Igualdad de Trato y la no Discriminación. Esto transpone no solo las Directivas Europeas 2000/43/CE y 2000/78/CE, sino que además establecía un marco legal que abarcaba toda discriminación por razones de «*nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, edad, discapacidad, u orientación o identidad sexual, enfermedad o cualquier otra condición o circunstancia personal o social*» (art. 2). No solo, en el ámbito laboral sino en otros ámbitos como por el ejemplo el ámbito educativo. Sin embargo, no llegó a ver la luz.

La intervención punitiva en las conductas discriminatorias como complemento al mandato constitucional se recoge de la Exposición de Motivos de nuestro CP.¹⁸⁹ La utilización del derecho penal «como instrumento de erradicación de la desigualdad y la discriminación se concreta en la circunstancia agravante de motivos discriminatorios y la introducción, ampliación y revisión de diferentes tipos penales que han recibido diferentes clasificaciones doctrinales para su mejor entendimiento».¹⁹⁰ Así pues, en el Capítulo IV del Título XXI de nuestro Código Penal bajo la rúbrica «*Delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas*» garantizadas por la Constitución, se regulan aquellas figuras en relación con la provocación a la discriminación y a injurias discriminatorias (arts. 510-512), aunque no esté incluida la edad.¹⁹¹

(Pleno). Sentencia núm. 75/1983, de 3 de agosto.

¹⁸⁹ Si bien, no es idea del legislador perseguir actos discriminatorios utilizando como herramienta el derecho penal.

¹⁹⁰ RODRIGUEZ YAGÜE, C. (2007). *La tutela penal del derecho a no ser discriminado. Análisis de los artículos 511 y 512 del CP*. Albacete: Bomarzo, pp. 69 y ss.

¹⁹¹ En cuanto a las manifestaciones en relación al tratamiento penal de la discriminación en el ordenamiento jurídico español, es cierto que giran en torno a los elementos que determinan una discriminación especialmente significativa. Como la referida por ejemplo, a la discriminación por razón de sexo, etnia o raza, ideología, religión o creencias, situación familiar y por razón de enfermedad o minusvalía. En la Exposición de Motivos del Código Penal español, se evidencia la contribución de este texto normativo mediante la eliminación de obstáculos. Aunque también, mediante la introducción de medidas de tutela frente a situaciones discriminatorias.

A pesar, de que no se menciona de manera expresa la discriminación por razón de edad, se supone que el «legislador español pretende con las medidas antidiscriminatorias y la intervención penal, evitar comportamientos que supongan un trato despreciativo, vejatorio o violento hacia determinadas personas o grupos por presentar éstos ciertos rasgos de identidad-biológicos o sociales-que los distingue de la generalidad».¹⁹²

4.5. Reflexiones sobre la edad como factor de discriminación en la normativa y en el ámbito institucional. Especial mención al menor infractor.

La discriminación de un menor de edad por razón simplemente de serlo es un tema complejo y que requiere de un análisis en profundidad. No obstante, hemos señalado en este trabajo algunos aspectos que consideramos importante resaltar en relación a este asunto. Recapitulando, algunos Tratados de Derechos Humanos junto con otros textos normativos de derecho comunitario europeo se van a ocupar de la naturaleza jurídica del niño, del menor de edad. Si bien es cierto, como se ha dicho hasta ahora, la protección de la discriminación por parte de las Directivas Europeas se da actualmente en el contexto de acceso al empleo.

A lo expuesto hasta el momento, debemos agregar que la protección ante la igualdad o no discriminación en el derecho internacional de los derechos humanos, muestra una dimensión ampliamente reconocida y recurrente. Si se atiende a lo que recoge la literatura especializada, y en palabras de Bayeksky,¹⁹³ el derecho internacional se va a centrar en cuatro áreas de suma importancia que son:

- Métodos estructurales para proteger la igualdad (distinguiendo entre disposiciones autónomas o subordinadas, y abiertas o restringidas).

¹⁹² LAURENZO COPELLO, P. (1996). La discriminación en el Código Penal de 1995. *Estudios Penales y Criminológicos*, (19), 221-288, pp. 234 y ss.

¹⁹³ BAYEKSKY, A.F. (1990). The Principle of Equality or Non-Discrimination in International Law. *Human Rights Law Journal*, 11(1-2), 1-34, pp. 23 y ss. Traducción propia.

- Intención discriminatoria (para determinar si esa intención es un elemento suficiente que define la discriminación).
- Limitación entre las distinciones justificadas e injustificadas.
- Acción afirmativa (coherencia entre las medidas especiales de protección y las de no discriminación).

Es importante analizar, por tanto, la reacción del derecho en materia antidiscriminatoria a nivel suprarregional e internacional. Ya que refiere a textos y normas que contienen disposiciones orientadas a la eliminación de la discriminación y a la promoción de la igualdad. En concreto y como apuntan Rey Martínez y Giménez Gluck,

El derecho antidiscriminatorio de la UE se construye de modo más intenso sobre la protección de rasgos como la raza/etnia y el género, mientras que para los otros rasgos como la edad, la discapacidad, la religión y la orientación/identidad sexual, está en proceso de equiparación.¹⁹⁴

Un aspecto que es necesario aclarar, porque así lo han manifestado diversos autores, es la respuesta de los textos antidiscriminatorios ante diversos colectivos. El análisis de la misma no solo se ha realizado a nivel intragrupal, sino también a nivel intergrupar. Es decir, cuando la desigualdad de trato a través de una discriminación directa o indirecta fuera entre: a) dos menores que pertenecen al mismo grupo (intragrupar) o b) entre un menor y un adulto (intergrupar). Sea como fuere, no se debe olvidar que «la desigualdad o discriminación intergrupar entronca firmemente en la denominada estructural (sistémica, institucional...), basada en la diferencia de poder social o status entre los grupos».¹⁹⁵

¹⁹⁴ REY MARTÍNEZ, F., y GIMÉNEZ GLUCK, D. (coords.) (2010). *Por la diversidad, contra la discriminación. La igualdad de trato en España: Hechos, garantías, perspectivas*. Madrid: Fundación Ideas, p. 27.

¹⁹⁵ BARRÈRE UNZUETA, M.A. (2003). Igualdad y “discriminación positiva”: un esbozo de análisis teórico-conceptual. *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, (9), 1-27, p. 15.

Centrándonos en la discriminación institucional y la normativa que aborda las diferentes manifestaciones de la discriminación, es importante analizar los datos y la experiencia de campo a través de los casos y de la estadística. Así, podemos profundizar sobre si los procesos institucionales en el marco de la justicia penal juvenil junto con las instancias de control formal social, pueden derivar en situaciones concretas de actos discriminatorios. Ya que como se ha explicado al inicio de este capítulo, si hubiese actos de este tipo, no serían tan visibles como un acto discriminatorio de carácter individual.

Un ejemplo claro, podría ser la problemática que manifiesta el caso concreto de un menor infractor que está recluido en una institución específica para menores delincuentes como parte de una medida sancionadora. En palabras de Sanz Delgado, se requiere de una atención prioritaria mediante el concepto de «*tutela antidiscriminatoria en el ámbito penitenciario*, que se aprecia en normativa internacional y local, y que, en el caso de los menores de edad como grupo vulnerable, precisa de una especial consideración y protección».¹⁹⁶ A través de la tutela antidiscriminatoria como instrumento jurídico, «se protege mayormente a colectivos o grupos particulares desamparados frente a lesiones graves que pueden afectar sus cualidades esenciales por razón de su condición».¹⁹⁷

Por otra parte, también conviene tener presente, la discriminación intergrupual respecto a la disparidad de trato entre un menor frente a un adulto ya que como afirma Rabossi,

Es parte esencial del principio de igualdad (siendo el principio de no discriminación el principio negativo del principio de igualdad pueda ser tratados de manera diferencial, se da en tanto y en cuanto las diferencias sean relevantes desde cierto punto de vista aceptable), el reconocimiento de que los seres humanos.¹⁹⁸

¹⁹⁶ SANZ DELGADO, E. (2011). Tutela antidiscriminatoria y vulnerabilidad en prisión. *Anuario de la Facultad de Derecho- Universidad de Alcalá*, (4), 63-95, p. 65.

¹⁹⁷ MACHADO RUÍZ, M.D. (2002). *La discriminación en el ámbito de los servicios públicos: análisis del art. 511 CP*. Valencia: Tirant lo Blanch, p.39.

¹⁹⁸ RABOSSO, E. (1990). Derechos humanos: El principio de igualdad y la discriminación. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, (7), 175-192, p. 177.

La justicia juvenil y la justicia de adultos son distintas e implican un trato diferenciado. Como dijimos, las medidas adoptadas en torno al menor, deben perseguir una finalidad educativa. Ya que se persigue, la reintegración del mismo en la sociedad teniendo en cuenta el interés superior del menor. De esta manera, se da mayor protección a éstos frente a los adultos. No puede olvidarse que, en el seno de la justicia penal, se limitan a la mínima expresión las medidas más graves.

Siguiendo el análisis que han hecho diversos autores como Holland y que recoge de nuevo Rabossi sobre los sistemas jurídicos positivos antiguos,¹⁹⁹ se observa que ha habido una evolución. En los sistemas jurídicos más antiguos a cada persona se le otorgaba un estatus, el cual venía determinado por la condición de cada individuo. Conforme a esa condición como continúa explicando, se le otorgaba al sujeto unas determinadas facultades y algunas incapacidades legales. Por poner un ejemplo, el mero hecho de ser mujer u hombre o el hecho de ser menor, no suponía una discriminación o a una desigualdad respecto a otros individuos. Esto era así, ya que se consideraba algo normal dentro del derecho y de la sociedad de aquella época. Simplemente por la edad, desde una perspectiva de derechos humanos, existen dificultades en ocasiones para comprender las acciones por parte de la justicia y la difícil separación entre lo social y lo penal de tales instituciones.

También, es destacable la actuación de las fuerzas policiales, cuyas acciones en ocasiones pueden ocasionar una vulneración de derechos de los menores y tratos discriminatorios. Pues bien, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, elaboró un Manual ampliado en 2003 para la policía. En este Manual, se recogía la normativa y las prácticas sobre derechos humanos de aplicación por parte de las fuerzas policiales.²⁰⁰ En relación a las prácticas de los derechos humanos en materia de protección del menor de edad, se enfatiza en este documento sobre la prevención de la delincuencia juvenil y la lucha contra la victimización de los menores. Del mismo modo, se resalta que el desempeño de cualquier

¹⁹⁹ RABOSSO, E. Derechos humanos: El principio de igualdad..., op. cit., p. 177.

²⁰⁰ Vid. OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NNUU PARA LOS DERECHOS HUMANOS (2003). *Normativa y Práctica de los Derechos humanos para la policía. Manual ampliado de derechos humanos para la policía*. Ginebra: Naciones Unidas, 1-107.

actividad policial relacionada con los menores de edad, debe llevarse a cabo desde la imparcialidad y sin ningún tipo de discriminación sobre los mismos.

Es importante, conocer por tanto el alcance del principio de no discriminación en los casos de los menores de edad infractores dentro del ámbito institucional. Desde un punto de vista cualitativo, mediante la revisión de la literatura al respecto, el análisis jurisprudencial y la interpretación legal. En este sentido, se puede describir cual es la situación del menor infractor frente a las instituciones para inferir si hay o no una cierta vulneración del principio de no discriminación. Es una máxima, que es necesario la promoción de la igualdad de trato entre los individuos cuando el menor infractor está frente a los actores institucionales y sociales. Desde un punto de vista cuantitativo, se deben evaluar los datos estadísticos y los indicadores que muestren cualquier acción discriminatoria. Es decir, por el mero hecho de ser menor de edad en el marco de las instituciones públicas o privadas.

Como recoge la literatura especializada, en relación a la buena práctica penitenciaria, la judicial y la policial, se deben tener en cuenta los estándares internacionales. Estos estándares son necesarios para la implementación y el cumplimiento de medidas y de actuaciones que respeten a los grupos vulnerables, entre los que se encuentran los menores de edad. En este sentido, se deben garantizar el respeto de los derechos de los menores infractores que están reclusos en instituciones especializadas para los menores de edad. Ante las actuaciones policiales, es importante un correcto protocolo de actuación para evitar cualquier trato de discriminación por razón de edad y garantizando el principio de igualdad. Del mismo modo, que durante un proceso penal se cumplan los requisitos mínimos para la garantía y la promoción de sus derechos.

4.6. Posibles prácticas discriminatorias sobre el menor de edad reincidente

Conforme a las dimensiones y a la proyección del principio de no discriminación y de igualdad en relación al menor reincidente, se puede entender que hay que tomar en consideración ciertos planteamientos no solo en el ámbito de la justicia juvenil. La detección de un posible comportamiento discriminatorio no justificado en torno a la figura del menor reincidente se puede traducir básicamente en: a) una posible discriminación del menor en el mercado laboral por causa de los antecedentes penales b) la consideración del principio de

igualdad en la determinación de la pena cuando hay reincidencia, c) el tratamiento dado a un menor reincidente en contraposición a un adulto reincidente, y d) la ocasional discriminación institucional del menor reincidente.

No existe normativa europea vigente que prohíba la discriminación basada en el empleo por el mero hecho de poseer antecedentes penales, aunque si bien es cierto, que de manera genérica las legislaciones internas descartan el acceso al empleo público a aquellos individuos que tienen antecedentes penales, como ocurre en el caso español y alemán.²⁰¹ Asimismo, una Directiva Europea²⁰² obliga a los Estados miembros a que exijan a las empresas privadas que ofrezcan trabajos que implique un contacto con niños, la solicitud a los demandantes de empleo de un certificado de sus antecedentes penales.

La discriminación en el ámbito laboral, ha sido ampliamente estudiada, sobre todo en EEUU, pero en adultos y con el análisis del componente racial.²⁰³ En Europa existen variados estudios en adultos en el ámbito laboral.²⁰⁴

Si tenemos en cuenta los antecedentes penales -porque estos pueden causar efectos extralegales no previstos en la sentencia como consecuencia de la reincidencia²⁰⁵- la cual puede aplicarse como agravante en el caso de España, se puede afirmar que en ocasiones podría influir en el acceso a un trabajo. Porque como señala Gracia Martín, la cancelación de

²⁰¹ JACOBS, J.B. & LARRAURI PIJOAN, E. (2016). European Criminal Records and Ex-Offender Employment. *Oxford Handbooks Online*, 1-27, p. 21.Traducción propia.

²⁰² Directiva Europea 93/2011, de 13 de diciembre, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil.

²⁰³ Sirva a modo de ejemplo uno de tantos estudios en esta línea. Vid. LANG JEE-YEON, K. & LEHMANN, K. (2011). Racial discrimination in the labor market: theory and empirics. *NBER Working Paper*,1-72.

²⁰⁴ También porque los casos en adultos son más abundantes que en los jóvenes. Vid. ZACCARIA, M.L. (2012). The current tendencies of the employment of older people in the European Union. *Procedia - Social and Behavioral Sciences*, 109, 1251 – 1255.

²⁰⁵ GRACIA MARTÍN, L.(coord.) (2016). *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*. Valencia: Tirant lo Blanch, p.187.

los antecedentes penales es una «pérdida de evidencia registral pero no de eliminación o destrucción física».²⁰⁶

Es manifiestamente desproporcional en el caso de menores de edad, como expone Aguilar Villuendas,

Con respecto a su derecho a la intimidad (art. 18) que el hecho de trabajar implique que se conozca (Informe de vida laboral, certificados,) el carácter de menor infractor. El Tribunal Constitucional viene aplicando la regla de Beijing de no publicidad como medida para evitar dicha estigmatización, por lo que se postula mantenga dicha interpretación, siguiendo el número 40 del mismo instrumento que señala que “Los diplomas o certificados de estudios otorgados a los menores durante su detención no deberán indicar en ningún caso que los menores han estado reclusos.”²⁰⁷

Quizás habría que promover más estudios que no cubran solo el empleo sino otras áreas sociales, al igual que abarcar otras cuestiones que no sean las de origen racial/étnico y de género.²⁰⁸ En la misma línea junto a las diferentes normativas, es necesario promover acciones o estrategias que prevengan la discriminación. Una prevención desde las instituciones y desde el ámbito privado del menor de edad reincidente, por algún tipo de comportamiento en el marco de la discriminación laboral.

Sería interesante por ello, la investigación sobre el menor infractor y su inserción en el mundo laboral. Incluyendo la figura del acoso, la cual se recoge en la normativa europea. En estos textos normativos el acoso es considerado como discriminación, al producirse un

²⁰⁶ GRACIA MARTÍN, L. *Lecciones de consecuencias jurídicas ...*, op. cit., p.189.

²⁰⁷ AGUILAR VILLUENDAS, V.J. (2007). *Ley penal del menor, repercusión en el ámbito penitenciario y SOAJP*, p. 17. Recuperado (13.04.2017) de: <http://www.derechopenitenciario.com/comun/fichero.asp?id=1413>.

²⁰⁸ CACHÓN RODRÍGUEZ, L. (2009). Discriminación e instituciones públicas en España. En G. URRUTIA (ed.), *Derechos humanos y discriminación ¿nuevos o continuos retos?* (pp. 187-219). Gipuzkoa: Alberdania, p.195. Asimismo, se han realizado estudios entre los países miembros de la UE como Rumania y Bulgaria en relación a la discriminación en otros ámbitos diferentes no cubiertos por directivas comunitarias. Recuperado (03.04.2017) de: <http://www.romea.cz/en/news/comparative-analysis-of-national-measures-to-combat-discrimination-outside-employment-and-occupation>.

comportamiento no deseado contra la dignidad de la persona, y crear un ambiente hostil, intimidatorio, degradante, y humillante para el sujeto.²⁰⁹ Aunque se refiere a la lucha contra la discriminación por origen racial o étnico, es cierto que podría extrapolarse para combatir la discriminación por razón de la edad.

En resumen, un menor de edad como integrante de un grupo vulnerable puede verse descalificado por el mero hecho de tener antecedentes penales, ya que éstos tienen unos efectos perjudiciales sobre él. No solo por una cuestión de restricción al acceso del mercado laboral, sino también por los prejuicios sociales creados por la comisión de hechos delictivos pasados, que pueden afectar a su buen hacer profesional. A pesar de que la delincuencia juvenil mayoritariamente es de escasa relevancia, cualquier tratamiento jurídico-penal mediante una medida impuesta-al margen de en qué registro se ha inscrito una sentencia firme por un delito concreto-, crea una probable predisposición automática a una futura desacreditación o incapacitación del menor.

En segundo y tercer lugar, respecto al principio de igualdad en relación al menor infractor reincidente y al trato dado a éste. Analizar, si se ha infringido el principio de igualdad «en la imposición de una sanción ante hechos delictivos similares en base a anteriores conductas que no afectan en ningún caso a la gravedad del hecho que se enjuicia».²¹⁰ La pregunta es obviamente si en el discurso normativo e institucional se puede mantener la igualdad de trato con respecto a un adulto reincidente. Al margen de las particularidades propias de la justicia de menores que difieren de la justicia de adultos, lo que es importante señalar aquí, es la posible respuesta más aflictiva desde un punto de vista formal frente al menor reincidente, cuando esto no debería ser así.

²⁰⁹ Artículo 2.3 Directiva Europea 2000/78: «*Harassment shall be deemed to be a form of discrimination within the meaning of paragraph 1, when unwanted conduct related to any of the grounds referred to in Article 1 takes place with the purpose or effect of violating the dignity of a person and of creating an intimidating, hostile, degrading, humiliating or offensive environment. In this context, the concept of harassment may be defined in accordance with the national laws and practice of the Member States*». Traducción propia.

²¹⁰ SÁNCHEZ-TERÁN, J.M. (2007). *Los criterios de graduación de las sanciones administrativas en el orden social*. Valladolid: Lex Nova, 98.

En nuestra LORRPM está regulado concretamente en su art. 8.2 en virtud del principio acusatorio que «*tampoco podrá exceder la duración de las medidas privativas de libertad contempladas en el artículo 7.1.a), b), c), d) y g), en ningún caso, del tiempo que hubiera durado la pena privativa de libertad que se le hubiere impuesto por el mismo hecho, si el sujeto, de haber sido mayor de edad, hubiera sido declarado responsable, de acuerdo con el Código Penal*». En cambio, en Alemania como señala Couso, no existe una norma expresa por lo que la prohibición de un tratamiento más punitivo hacia el menor de edad frente a un adulto se plantea por parte de la doctrina «como un principio fundamental en abierta crítica a la práctica histórica de discriminación negativa de los adolescentes, en relación con la criminalidad menos grave».²¹¹

Podría darse entonces una arbitrariedad sin justificar por parte de los órganos jurisdiccionales. Sería posible un comportamiento discriminatorio respecto al menor infractor reincidente y un trato privilegiado hacia el adulto reincidente.²¹² Se habla de una *discriminación negativa* porque dando igual la tipología delictiva, esto puede llevar a la imposición de una medida privativa de libertad y por lo tanto a un castigo mucho mayor que un adulto, mientras no existe tal agravación en el derecho penal de los adultos.²¹³ Por lo que el hecho de tener una edad concreta, está influyendo en el tratamiento que estos reciben. Es claro, que los supuestos deben ser hechos similares para que la comparación sea adecuada en el caso de la reincidencia, pero como la circunstancia de reincidencia es una característica agravante

²¹¹ COUSO, J. (2012). La especialidad del derecho penal de adolescentes. Fundamentos empíricos y normativos, y consecuencias para una aplicación diferenciada del derecho penal sustantivo. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, (38), 267-322, p. 278.

²¹² Con todo, LANDROVE DIAZ (citado por COUSO, J., p.300) afirma que «con la reforma introducida en el año 2006 (Ley N° 8/2006), se produce un supuesto de discriminación negativa de los menores, pues se permite aplicar internamiento en régimen cerrado a casos de criminalidad en grupo u organizada (aún si la organización es de carácter transitorio), con independencia de la gravedad de los hechos cometidos (los delitos graves –sobre cinco años de prisión–, por sí solos, son pasibles de ser sancionados con esa medida; así como los menos graves en los que se emplee violencia o intimidación o se genere grave riesgo para la vida o la integridad física)». En COUSO, J. La especialidad del derecho penal de adolescentes..., op. cit.

²¹³ Vid. MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA, C. (s.f.). *Dos aspectos de la violencia juvenil: menores maltratadores y la violencia ejercida en grupo o asociada a bandas*. Ponencia en III Jornadas Menores, 1-37. Recuperado (30.04.2017): http://weib.caib.es/IIIjornades_menors/documents/castellano/ponencia_cast_cmadrigal.pdf.

recogida en el CP, ésta sirve como pauta para determinar la imposición de una pena en casos tanto de justicia adulta como de justicia del menor.

Para finalizar, cabe subrayar la posible discriminación institucional del menor reincidente en relación no solo a su estatus social, sino también de otra índole. En parte, derivado del estigma que sufre el menor reincidente por causa de la intervención de las instituciones oficiales, que pueden ocasionar efectos negativos sobre la figura del menor infractor reincidente. Esta institucionalización de la discriminación se extiende al ámbito político, donde las políticas estatales o el conjunto de normas y referentes oficiales de un Estado adquieren un papel determinante en el proceso de realización de una acción discriminatoria. La discriminación operada por parte de las instituciones es una de las más graves, pudiendo adquirir un estatus de permanencia e invisibilidad dentro del entramado organizativo político y legislativo.

En nuestro grupo de estudio, los menores infractores reincidentes, este tipo de discriminación se da en el marco del sistema judicial donde cobra protagonismo la perspectiva del etiquetamiento de estos menores de edad. En cualquier caso, se analizará más adelante como el control social está influido por los estereotipos creados en ocasiones por las instituciones, aunque procedente también de normas (Capítulo V).

5. Valoraciones finales

Conforme al análisis que se ha realizado en este primer Capítulo en el cual se deja constancia del tratamiento y protección del menor de edad en el ordenamiento jurídico de ambos países, es conveniente resaltar algunos aspectos.

Es preciso insistir, que el menor de edad en el ordenamiento jurídico español y alemán goza de plena protección y garantías. Del mismo modo, que en el ámbito internacional en el marco de los textos emanados de las Naciones Unidas. Gracias, al desarrollo legislativo y a la evolución en la conceptualización y delimitación del menor hacia un sujeto de especial protección y de derechos por parte de las legislaciones en relación a la infancia y adolescencia, pero también de otras legislaciones más específicas. Como se ha visto, se garantiza así el cumplimiento de sus derechos de una manera efectiva en la comunidad internacional.

Con carácter general debe destacarse, que actualmente la figura del menor dista mucho de cómo se presentaba anteriormente como objeto sometido. No solo en relación a los menores de protección, sino también a los menores de reforma. Al fin y al cabo, los menores de reforma son los que van a centrar el estudio de este trabajo de investigación y más concretamente, los menores reincidentes. Es cierto, que lo que nos interesa es la protección jurídica del menor en el ámbito penal, pero asimismo es imprescindible el reflexionar sobre el tratamiento dado al menor en otros ámbitos.

Es necesaria una descripción panorámica de los menores infractores reincidentes para establecer unas buenas prácticas en el tratamiento jurídico de los mismos. Las cuestiones relativas a la protección y al tratamiento del menor reincidente se agrupan en torno a la necesidad de unificar criterios que abarquen todos los campos proclives a la supervisión de la protección de los mismos. Sin embargo, es preciso hacer antes una recapitulación certera sobre la protección jurídica del menor de edad en el contexto internacional, europeo y nacional.

A pesar de que hay razones suficientes y voluntad por parte del legislador en la protección jurídica del menor de edad, no es menos cierto que es una realidad considerable y medible que éste ha sido objeto de comportamientos discriminatorios en la práctica, no solo directos sino también indirectos. No es justificable en ningún caso, que se den ciertas situaciones que no son explicadas y fundamentadas de una manera razonable, lo que lleva a la identificación de esas conductas discriminatorias. Aunque no hay que olvidar que las ideas preconcebidas y desfavorables tienen un rol fundamental en las formas de discriminación de un menor de edad infractor, siendo mucho mayor si es reincidente.

CAPÍTULO II. EL MENOR INFRACTOR EN EL SISTEMA JUDICIAL JUVENIL

1. Introducción

Tanto en el ámbito nacional como en el internacional se pone de manifiesto que el sistema de justicia juvenil se tiene que adecuar a las necesidades del menor. Por ende, «la edad de los sujetos y su condición de niños, es lo que determina la excepcionalidad y especialización de la jurisdicción de menores».²¹⁴ Esta especialización ya viene recomendada por la CDN y por las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores para juzgar a aquellos sujetos que han cometido un hecho delictivo sin haber cumplido los 18 años, siendo esta edad la fijada por el criterio internacional.²¹⁵

Respecto a esta cuestión, en relación a la edad mínima para cometer ilícitos penales, hay diversas fórmulas en el marco del derecho internacional. Es por ello, que a efectos de responsabilidad penal se establecen unos parámetros de edad en relación a la franja mínima. El Comité de los Derechos del Niño (del inglés «*Committee on the Rights of the Child*», CRC)²¹⁶ recomienda fijar la edad mínima entre los 14 y los 16 años, aunque no menos de 12 años de edad.²¹⁷ Por tales motivos, se considera internacionalmente inaceptable exigir la

²¹⁴ BERNÚZ BENEÍTEZ, M.J. (2005) Justicia de menores española y nuevas tendencias: la regulación del núcleo duro de la delincuencia juvenil. *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, (07-12), p.15.

²¹⁵ Art. 40.3 de la CDN: «*El establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales*». Mientras, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores describen la minoría de edad en el artículo 11.a: «*Se entiende por menor toda persona de menos de 18 años de edad. La edad límite por debajo de la cual no se permitirá privar a un niño de su libertad debe fijarse por ley*».

²¹⁶ Este organismo de la Naciones Unidas está conformado por 18 expertos independientes que supervisan la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño y sus dos Protocolos facultativos por los Estados Partes. La conformación de este Comité está regulada en el artículo 43 de la CDN: «*1. Con la finalidad de examinar los progresos realizados en el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados Partes en la presente Convención, se establecerá un Comité de los Derechos del Niño que desempeñará las funciones que a continuación se estipulan. 2. El Comité estará integrado por dieciocho expertos de gran integridad moral y reconocida competencia en las esferas reguladas por la presente Convención. 1/ Los miembros del Comité serán elegidos por los Estados Partes entre sus nacionales y ejercerán sus funciones a título personal, teniéndose debidamente en cuenta la distribución geográfica, así como los principales sistemas jurídicos*».

²¹⁷ Párrafos 33-39 de la Observación General N° 10 (2007) del Comité de los Derechos del Niño en el 44° periodo de sesiones, en relación a los derechos del niño en la justicia de menores. CRC/C/GC/10, pp.12-13.

responsabilidad penal a los menores de 12 años, sin embargo se pone de manifiesto la pretensión de tal responsabilidad por parte de varios Estados.

Algunos Estados Partes²¹⁸ utilizan un criterio confuso basado en el uso de dos edades mínimas para determinar la responsabilidad criminal, aunque la edad más baja hace referencia a la “responsabilidad social” del menor en el momento de la comisión del delito. Se tiene en cuenta la edad mínima más baja, pero por debajo de la edad mínima más alta, estando sujeto el menor a sanciones administrativas. Si bien es verdad, que todo ello gira en torno a la madurez mental, emocional e intelectual del menor. De hecho, esa madurez debe ser valorada por el órgano jurisdiccional. En todo caso, hay que constatar el desconcierto que genera este doble criterio de valoración de la edad penal del menor, que junto a la potencial discrecionalidad de los dictámenes jurisdiccionales a la hora de emitir sus evaluaciones en base a la madurez del menor, han sido objeto de consideración por parte del CRC. Por tales motivos, este órgano plasmó su preocupación en la Observación General N° 10 (2007).²¹⁹

Se puede afirmar, entonces, que existe un cierto margen para el establecimiento de una edad mínima en la comunidad internacional, lo que ocasiona un gran contraste y diversidad entre los Estados,²²⁰ ya que no se menciona específicamente un mínimo de edad. De esta forma, son los Estados Parte los que deben establecer, y así lo refleja el Comité en dicha Observación, el mínimo para exigir la responsabilidad penal. Algo semejante ocurre con las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores, en cuya Regla 4 bajo

²¹⁸ A modo de ejemplo, algunos países de Latinoamérica como Uruguay o Brasil. Para saber más, *vid.* SEDLETZKI, V., y PERRAULT, N. (2016). *Las edades mínimas legales y la realización de los derechos de los y las adolescentes. Una revisión de la situación en América Latina y el Caribe*. UNICEF, pp.50-56.

²¹⁹ *Vid.* CRC/C/GC/10.

²²⁰ En países de Asia, África y en algunos estados de los EEUU, el límite de edad para la adquisición de responsabilidad penal es inferior a 12 años, situándose ese límite mínimo en 7 años. Por otro lado, en Europa, la situación mayoritaria se sitúa en la franja de los 12 a los 16 años, mientras que hay países como Escocia donde el mínimo son 8 años, en Suiza 10 años o en los Países Bajos 12 años. Esta información está extraída del libro de CIPRIANI, D. (2009) *Children's rights and the minimum age of criminal responsibility: a global perspective*. Abingdon: Ashgate Publishing. Traducción propia.

el epígrafe de *Mayoría de edad penal*, se recoge la edad mínima a efectos de responsabilidad penal.²²¹

Ante la falta de consenso mundial por causa de las tradiciones culturales y religiosas de cada país, del mismo modo que por su carga histórica,²²² también se debe considerar el buen oficio que tenga cada Estado para evaluar, tanto la capacidad de obrar como el grado de madurez atribuido a los menores en la toma de decisiones. A la vista de los argumentos esgrimidos, lo que se demuestra es que dependiendo de la idiosincrasia de cada Estado, se encontrarán numerosos factores que variarán de un país a otro, lo que refleja por un lado, las diferentes tendencias legislativas dentro del marco normativo y las decisiones en el ámbito de la Política criminal.

En Europa, la amplia diferencia a la hora de fijar el límite de la minoría de edad penal indica que «los países que imponen un límite muy bajo, suelen establecer límites superiores para la imposición de penas privativas de libertad y los que sitúan el límite mínimo de edad más alto, reconocen sanciones a los menores por debajo de esa franja de edad».²²³ Por ejemplo, en el caso de Bélgica, el mínimo de edad para exigir la responsabilidad penal es elevado, estableciéndose en los 18 años, por lo que por debajo de esta edad, uno no es responsable penalmente. Aunque existen dos excepciones, la primera refiere a la posibilidad de aplicar a menores de más de 16 años el régimen penal de adultos bajo determinadas circunstancias (art. 57 bis de la Ley) al habersele impuesto al menor con anterioridad una medida juvenil o al haber cometido un delito muy grave,²²⁴ por lo que puede aplicársele una pena de prisión en

²²¹ Regla 3 de las Reglas de Beijing: «En los sistemas jurídicos que reconozcan el concepto de mayoría de edad penal con respecto a los menores, su comienzo no deberá fijarse a una edad demasiado temprana habida cuenta de las circunstancias que acompañan la madurez emocional, mental e intelectual».

²²² Comentario a la Regla 4 de las Reglas de Beijing: «La edad mínima a efectos de responsabilidad penal varía considerablemente en función de factores históricos y culturales (...)».

²²³ VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C. (febrero, 2008). La responsabilidad penal de los menores en Europa. Ponencia presentada en el *I Congreso Internacional de responsabilidad penal de menores: Hacia un modelo compartido de reeducación y reinserción en el ámbito Europeo*. Congreso llevado a cabo en la Agencia para la Reeducción y Reinserción del Menor Infractor, Madrid. Recuperado (20.03.2017) de: <http://www.madrid.org/bvirtual/BVCM018000.pdf>.

²²⁴ Como delito muy grave se entiende: violación, asalto agravado, asalto sexual agravado, homicidio (tentativa), asesinato y hurto calificado (tentativa). Así está recogido en la ley «*Loi modifiant la législation relative à la*

una institución especializada. La segunda, a un menor entre 16 y 18 años que comete un delito de tráfico el cual va a ser juzgado por un Tribunal de adultos con unas medidas sancionadoras recogidas en el Código Penal. Sin embargo ese Tribunal, tiene la opción de trasladar la competencia a un Tribunal de menores si considerara que las medidas fueran más adecuadas para el menor, en ese caso particular (transferencia inversa).²²⁵ En el caso contrario está Suiza, cuya edad mínima de responsabilidad penal se sitúa en 10 años, aunque el Juez de Menores solo puede imponer medidas de índole educativo de 10 a 14 años aunque los menores de esta franja sean vistos como penalmente responsables, considerando eso sí que las penas de prisión para menores se limitan para los mayores de al menos 15 años.²²⁶

En las siguientes páginas de este Capítulo se analiza entre otros, el carácter garantista de estos y otros instrumentos jurídicos internacionales, donde se enfatiza la protección de los derechos de la infancia y la adolescencia dentro del sistema de justicia juvenil. Es por ello, que suscita un gran interés los principales mecanismos y las medidas de protección del menor ante la Administración de Justicia, por lo que se dedica un apartado dentro de este Capítulo II a analizar dicho asunto. Si bien, es preciso afirmar que se conciben no solo en las leyes internacionales de protección de la infancia, sino también en los instrumentos regionales de Derechos Humanos, las legislaciones internas y las políticas nacionales.

Por último, en el ámbito penal español y alemán, son las legislaciones juveniles internas de cada país las que han venido a regular la figura del menor de edad, dándole protección jurídica dentro del sistema de justicia penal, por lo que resulta necesario aquí analizar y profundizar sobre cuestiones importantes tales como minoría de edad y madurez, imputabilidad, principios y medidas de ambas normas.

protection de la jeunesse et à la prise en charge des mineurs ayant commis un fait qualifié infraction», de 13 de junio de 2006. Traducción propia.

²²⁵ HESPEL, S. & PUT, J. (2012). *Alternatives to custody for young offenders. National report on juvenile justice trends*. Bruselas: International Juvenile Justice Observatory, p.4. Traducción propia.

²²⁶ *Vid.* DÜNKEL, F. (2011). *Juvenile justice systems in Europe-Reform developments between justice, welfare and 'new punitiveness'*. 11th Annual Conference of the European Society of Criminology. Conferencia Europea de Criminología celebrada en Vilnius, Lituania. Traducción propia.

2. Adolescencia y delincuencia

Sin ánimo de entrar en un debate profundo y exhaustivo sobre la definición de los conceptos de adolescencia y delincuencia, cabe señalar, que debe abarcarse la delimitación de la unión de ambos con suma cautela debido al trato dado a la terminología *delincuencia juvenil*. La interpretación de la misma y el enfoque de dicha delimitación van a variar. Esta variación depende entre otras cosas: del entorno sociocultural de cada país, de los diferentes sistemas jurídicos y de justicia penal, y de la legislación penal vigente. Así las cosas, se proclama la regulación de aquellos actos ilícitos cometidos por un menor de edad, del mismo modo que la consideración de lo que es o no delito.

El término *adolescencia* entrama cierta dificultad al conceptualizarlo, ya que hay que tener en cuenta diversos criterios. Dentro de la diversidad doctrinal, se adopta aquí la noción de adolescencia al definirla como, el ciclo de la vida de un sujeto anterior a su entrada a la adultez, donde tienen lugar una serie de cambios a nivel psicobiológico, social, cultural y económico acorde a la etapa vital de ese momento, la cual se inicia en la pubertad pudiendo llegar incluso a los 21 años (adolescencia tardía).

La Organización Nacional de la Salud la define como «un periodo de transición de vital importancia de crecimiento y desarrollo humano que se produce después de la niñez y antes de la edad adulta, entre los 10 y los 19 años».²²⁷ Este concepto no incluye en su contenido por ejemplo, los factores culturales, sociales o económicos, ni tampoco el marco legislativo propio de cada país. Así, a grandes rasgos es necesario establecer una edad mínima para determinar qué cosas puede realizar un adolescente o un adulto. Todo esto va a influir sin lugar a dudas, como se ha enumerado anteriormente, en establecer una diferenciación según el país que refiere dicho concepto. Por lo que los criterios biológicos o psicológicos que aparecen y caracterizan esta etapa son universales, aunque no los otros criterios. En la misma línea, UNICEF afirma que cada individuo puede experimentar en ese periodo de la adolescencia

²²⁷ Esta definición corresponde a una visión más biológica acorde a los cambios producidos en el ser humano en esa etapa concreta de la vida.

unos cambios físicos, emocionales o cognitivos concretos, pero que no se corresponden con la gran mayoría, ya que cada individuo los experimenta de manera única.

Las transiciones y los cambios que un adolescente sufre durante esa etapa ocasionan oscilaciones continuas que pueden llevar a que ciertos jóvenes desarrollen conductas antisociales, así como delictivas. No obstante, ambas conductas forman parte del proceso de experimentación y desarrollo que presentan los jóvenes y adolescentes, considerándose por tanto comportamientos normales. Como ya se puso de manifiesto, «algunas actividades delictivas se van a circunscribir solo a la etapa adolescente sin continuar en la etapa adulta, por lo que no va a haber una persistencia como carrera criminal».²²⁸ Es decir, la gran mayoría de adolescentes reducen tales comportamientos antisociales y delictivos con la edad, sin que se presuma una estabilidad en el tiempo.

La relación entre adolescencia y delincuencia tiene un origen multicausal, por lo que hay numerosos factores que pueden influir en el comportamiento delictivo de un adolescente. Las sucesivas investigaciones criminológicas de las últimas décadas demuestran esa relación entre adolescencia y delincuencia (criminalidad).²²⁹ La criminología califica a la delincuencia juvenil como un fenómeno social estadísticamente normal, ubicuo, episódico y que refiere a un pequeño grupo de delitos graves. Por tales motivos, se refleja mayoritariamente un patrón de conducta típico dentro del proceso evolutivo, madurativo y de desarrollo del adolescente.

²²⁸ RECHEA ALBEROLA, C., y FERNÁNDEZ MOLINA, E. (2001). La nueva Justicia de Menores. *Cuadernos de Política criminal*, (74), p. 330.

²²⁹ La utilización del concepto criminalidad, siendo éste un término afín al concepto de delincuencia, ha sido citado también por numerosos autores que se manifiestan a favor de usar ambos términos como sinónimos. Véase al respecto, con detalle GARCÍA-PABLOS, A. (2000). *Derecho penal. Introducción*. Madrid: Universidad Complutense, pp.5 y ss., HASSEMER, W., y MUÑOZ CONDE, F. (2001). *Introducción a la Criminología*. Valencia: Tirant lo Blanch, p.25. Aunque también hay otros autores como SCHNEIDER, H. J. (1994). Naturaleza y manifestaciones de la delincuencia infantil y juvenil. *Revista de derecho penal y de criminología*, (4), p. 835, que establece una «diferencia explícita entre ambos términos ya que la comisión de un delito en la adolescencia no implica el inicio de una futura carrera delictiva».

2.1. Conceptualización del menor delincuente

El Juez de la República Federal de Alemania Wolf Middendorf, fue uno de los pioneros que contribuyó significativamente en el siglo XX a la definición del término delincuencia juvenil en su libro «*Jugendkriminologie*». Así, se reflejó en el informe general del II Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente celebrado en Londres en 1960.²³⁰ En este informe, se pone de manifiesto por parte de Middendorf, las dificultades encontradas en relación con la multiplicidad del concepto *menor delincuente*, sobre todo a nivel europeo.

Por otro lado, su contribución al concepto es muy importante al definirlo como reproduce Cámara Arroyo como,

La conducta de un joven desaprobado por la comunidad y determinante de una intervención del poder del Estado –casi siempre en forma de Tribunal de menores– con observancia en todo caso de los límites de edad vigentes y dentro del marco de los preceptos relativos a la responsabilidad penal.²³¹

En suma, se incluyen en esta definición todas las conductas juveniles a pesar de no corresponder necesariamente a conductas delictivas con unas consecuencias jurídico-penales. Más si se tiene en cuenta, que se parte de la base del reproche social aunque no haya consecuencia penal, porque como bien es sabido, no toda conducta desviada tiene que ser una conducta delictiva. En cambio, toda conducta delictiva es una conducta desviada con un componente de inadaptación social.

Es cierto, que cuando se habla de adolescentes y de hechos delictivos se debe analizar esta asociación desde diferentes perspectivas. Hay que profundizar en el concepto menor de edad y

²³⁰ A/CONF.17/20.

²³¹ CÁMARA ARROYO, S. (2014). Imputabilidad e inimputabilidad penal del menor de edad. Interpretaciones dogmáticas del artículo 19 CP y tipologías de delincuentes juveniles conforme a su responsabilidad criminal, *ADPCP*, 67, p. 243.

en aquella conducta que no se ajusta a los valores y normas generales de la sociedad, dando lugar a la comisión de un hecho reprochable desde un punto de vista penal. Cuando desde la criminología se estudia al delincuente juvenil, se hace hincapié en la edad criminológica ya que ésta no tiene que corresponderse con la edad penal. Como señala Vázquez González «al derecho penal únicamente le importan los menores comprendidos en la franja fijada en la Ley, de cara a su enjuiciamiento por el Código Penal de adultos o por la Ley penal juvenil».²³²

Finalmente, también conviene tener presente en referencia al menor infractor o al menor que ha transgredido una norma, el término *menor en conflicto con la ley*. De hecho, las connotaciones del concepto *delincuente o infractor juvenil* tienen implicaciones más duraderas en comparación con el término *menor en conflicto con la ley*, que se considera «algo momentáneo o pasajero».²³³ En la doctrina científica especializada se han utilizado las tres acepciones, aunque es verdad que el debate sobre la idoneidad del uso de un concepto en favor de otro está aún vigente. Este debate gira en torno a la duración de la conducta del menor, la carga estigmatizante del concepto y el ámbito de estudio que lo analiza, bien sea jurídico o psicosocial. En cualquier caso, al margen de la duración de la conducta juvenil que defina una situación concreta, la expresión del menor en conflicto con la ley evita dos cosas: «la demonización o la marginación de su conducta y la consideración del menor como sujeto de derechos y no como mero objeto».²³⁴

2.2. Relación entre edad y delincuencia

Uno de los intereses de la criminología en el ámbito de la delincuencia juvenil es conocer la evolución y la tendencia de la criminalidad de un país durante un periodo de tiempo concreto.

²³² VÁZQUEZ GONZÁLEZ C. (2003). *Delincuencia juvenil. Consideraciones penales y criminológicas*. Madrid: Colex, p.15.

²³³ LÜDKE NARDI, F., y DALBOSCO DELL'AGLIO, D. (2010). Delinquência juvenil: uma revisão teórica. *Acta Colombiana de Psicología*, 13(2), p.70.

²³⁴ AGENCIA GLOBAL DE NOTICIAS (2008). *Manual de niñez y periodismo. Glosario para el correcto tratamiento de la información sobre infancia y adolescencia*. Asunción: Global Infancia de la Asociación Global, p. 4.

Al mismo tiempo, profundizar en la predisposición de un menor de edad en la comisión o no de un hecho delictivo, ya que como señala Serrano Maíllo «la edad correlaciona de una manera sólida con la criminalidad».²³⁵

En cualquier caso, lo que es evidente es que la delincuencia juvenil en España se ha estancado.²³⁶ En España, como sostiene Herrero Herrero al decir que «no se puede hablar de una delincuencia especialmente dañina ni altísimamente violenta, salvo en comportamientos que han de estimarse más bien episódicos o excepcionales».²³⁷ Esta situación no es ajena a lo que sucede en el país germano.²³⁸ En efecto, la delincuencia entre los jóvenes corresponde a etapas concretas dentro del ciclo vital del sujeto, del mismo modo que la comisión de actos violentos no representa a la mayoría de crímenes cometidos.

Con el modelo empírico de la curva de la edad del delito («*age-crime curve*»),²³⁹ se explica el vínculo que hay entre edad y delito en términos de prevalencia e incidencia,²⁴⁰ junto al análisis

²³⁵ SERRANO MAÍLLO, A. (2013). *El problema de las contingencias en la teoría del autocontrol. Un test de la teoría general del delito*. Madrid: Dykinson, p.83.

²³⁶ Según MONTERO HERNÁNZ, T. (2010). La delincuencia juvenil en España en datos. *Cuadernos de criminología: revista de criminología y ciencias forenses*, (9), p. 15, «la delincuencia juvenil no ha aumentado exponencialmente desde la entrada en vigor de la LORRPM». Se han analizado otros datos facilitados por el INE en relación a la estadística de menores, donde se ha concluido que la delincuencia juvenil en nuestro país no ha crecido ya que lo que se ha acentuado progresivamente es la delincuencia general en todo el territorio nacional. Por su parte MORILLAS FERNÁNDEZ, D. L. (2013). Análisis de las principales variables de la delincuencia juvenil en España. *R.E.D.S.*, (3), p. 199, refiere que «el análisis evolutivo de la delincuencia juvenil en España demuestra que las tasas del año 2012 se encuentran en un parámetro medio de acuerdo con la evolución tradicional de la criminalidad de menores en nuestro país, con leves alteraciones lógicas, pero siempre dentro de la normalidad». Igualmente, SERRANO TÁRRAGA, M. D. (2009). Evolución de la delincuencia juvenil en España (2000-2007). *Revista de derecho penal y criminología*, 3ª Época, (2), p. 256, mantiene que «la delincuencia juvenil no ha aumentado sino incluso ha disminuido mostrándose una tendencia a la baja».

²³⁷ HERRERO HERRERO, C. *Delincuencia de menores...*, op.cit. p.131

²³⁸ OBERWITTLER, D., y HÖFER, S. (2005). Crime and justice in Germany: an analysis of recent trends and research. *European Journal of Criminology*, 2(4), p.7. También DÜNKEL, F. (2006). Juvenile Justice in Germany..., op.cit. En J-T, JOSINE & S. H., DECKER (eds.) (1996). *International Handbook in Juvenile Justice* (pp. 225-262). Países Bajos: Springer, p. 232, donde el autor describe en los últimos años una disminución en ciertas tipologías delictivas entre los jóvenes, una estabilidad particularmente manifiesta en la delincuencia juvenil y en la delincuencia juvenil violenta, y un aumento de la tasa de criminalidad juvenil en los nuevos estados federados del este de Alemania. Traducción propia.

²³⁹ Véase al respecto, en concreto FARRINGTON, D. P. (1986) Age and crime. *Crime and justice: An annual review of research*, (7), pp. 192 y ss.

²⁴⁰ La prevalencia representa el porcentaje de delincuentes en una población, mientras que la incidencia refleja el índice de ofensa de los delincuentes.

de la actividad criminal y el tipo penal. Como ya es sabido, la edad es un factor clave en el estudio de la actividad delictiva en los adolescentes a lo largo de su ciclo vital. El hallazgo de la curva de la edad del delito supuso un avance en el campo de la criminología en relación a la interpretación del comportamiento reprochable por hechos punibles en el caso de menores de edad. Básicamente, lo que refleja el modelo es que los jóvenes se pueden sentir atraídos por la conducta delictiva en algún momento de su adolescencia, lo que supone una gran mayoría siguiendo ese modelo *curva de edad del delito*.

Por lo tanto, el índice de adolescentes menores de edad que no participan o llegado el caso participan en algún tipo de actividad delictiva de carácter leve durante una etapa de la vida es mayoritario. Es decir, en el sentido de la actividad infractora y siguiendo esa curva general de edad del delito, dicha «actividad aumenta durante la adolescencia, disminuyendo pronto, durante los años de transición juventud-edad adulta».²⁴¹ Esa mayoría de jóvenes que cometen delitos no violentos contrasta con aquellos que delinquen con una especial gravedad, «cuya edad máxima parece ser modestamente superior a la correspondiente a algunas formas de delito contra la propiedad por ejemplo, pero en general las distribuciones son las mismas con independencia del tipo de delito estudiado».²⁴² La literatura criminológica actual resalta además la comisión del primer delito como factor determinante para el desarrollo de una carrera criminal como adulto.²⁴³

En cualquier caso, el papel sustancial de la precocidad en el inicio de una actividad delictiva junto con la violencia utilizada en dicha actividad, será tratado más adelante para explicar además el fenómeno de la reincidencia. El enfoque sobre la delincuencia de los jóvenes no será solo cuantitativo sino también cualitativo, ya que no solo la edad, sino también una

²⁴¹ THORNBERRY, T.P., GIORDANO, P.C., CHRISTOPHER, U., MATSUDA, M., MASTEN, A.S., BULTEN, E..., y REDONDO, S. (2013). Serie especial: transición desde la delincuencia juvenil a la delincuencia adulta. 3. Explicaciones teóricas de las transiciones delictivas. *Revista Española de Investigación Criminológica*, 2(11), p.2.

²⁴² GOTTFREDSON, M.R. (2006). Una teoría del control explicativa del delito. En F. BUENO ARÚS, J.L. GUZMÁN DALBORA, y A. SERRANO MAÍLLO (coords.), *Derecho penal y criminología como fundamento de la política criminal: estudios en homenaje al profesor Alfonso Serrano Gómez*. Madrid: Dykinson, p. 335.

²⁴³ Sobre ello, con más referencias, *vid.* REQUENA ESPADA, L. (2013). *Principios generales de la Criminología del desarrollo y las carreras criminales*. Barcelona: JMB Bosch.

pluralidad de factores va a desempeñar un papel fundamental en la evaluación y en el estudio de la delincuencia juvenil en ambos países.

Respecto a las consideraciones antes descritas en el marco de la delincuencia juvenil, se plantean cuestiones como: ¿Ha aumentado la delincuencia de los jóvenes en España y en Alemania en los últimos años? ¿Qué tipología de delitos cometen los jóvenes en ese periodo vital? ¿Cuánto delinquen durante esa etapa adolescente?

2.3. El menor infractor: Teorías criminológicas

En el acervo criminológico existen numerosas teorías que se utilizan para explicar el origen y desarrollo de la delincuencia juvenil. Es cierto, que un análisis y estudio amplio sobre las teorías o modelos explicativos no corresponde a esta tesis, pero en cualquier caso, se van a destacar aquellas más actuales y representativas.

La aproximación teórica al fenómeno de la delincuencia juvenil se ha impulsado desde diferentes enfoques como el biológico, el psicológico o el social. En principio, ninguna de las teorías que versan sobre dicho fenómeno puede explicar de una manera categórica y definitiva el comportamiento de la actividad delictiva de un sujeto menor de edad. Pero, en todo caso, lo cierto es que éstas al menos han servido para exponer algunas cuestiones relevantes sobre dicho comportamiento.

En el análisis por las múltiples investigaciones criminológicas sobresalen: a) las teorías propias de la etapa de la criminología pre-científica (Escuela clásica del derecho penal o Escuela positiva italiana) y b) las teorías agrupadas en el periodo de la criminología científica (Escuela de Chicago o también llamada Escuela Ecológica). Además, se añaden otras teorías sociológicas surgidas durante la etapa científica, como por ejemplo: la teoría del etiquetado o de la reacción social («*labelling-approach*»), la teoría de la anomía o desviación social, la teoría de la asociación diferencial o desorganización social, la teoría de las subculturas criminales y la teoría de las pandillas como medio delictivo («*The Gang*»).

Sin embargo, frente al necesario recorrido sobre las más destacadas teorías criminológicas clásicas se conciben otras más novedosas en el contexto de la delincuencia juvenil, las cuales

sirven para explicar algunas de las particularidades de este fenómeno social entre los jóvenes. Las diferentes teorías serán brevemente explicadas en los subepígrafos siguientes.

2.3.1. Teorías neurobiológicas

Estas teorías se enmarcan dentro del campo emergente de la neurocriminología,²⁴⁴ cuya finalidad es estudiar las bases biológicas del crimen. A grandes rasgos, se identifican las bases neurobiológicas de un individuo, las cuales sirven para explicar el comportamiento violento y agresivo que caracteriza la etapa de la adolescencia. El uso de herramientas procedentes del ámbito de la neurociencia es fundamental y necesario para analizar el delito, identificar sus causas, mejorar su prevención y conocer las implicaciones de las medidas impuestas. Se pone así de relieve, la presencia de un componente neuropsicobiológico en la génesis y en el mantenimiento de la conducta violenta en los jóvenes, pero también en los adultos. Aunque, a decir verdad, este componente en raras ocasiones se ha tenido en cuenta en las decisiones judiciales en tipologías concretas de delito.²⁴⁵

Mediante la identificación y el estudio de correlatos neurológicos se infiere que, debido a anomalías en nuestro cerebro o en nuestros genes, un sujeto puede ser proclive a un comportamiento violento. El estudio de la genética del comportamiento humano junto al uso de técnicas de neuroimagen ha servido para profundizar sobre la reincidencia en jóvenes y adultos.²⁴⁶ Aunque la mayoría de investigaciones son correlacionales y transversales, existe un incremento de estudios longitudinales que examinan si la presencia de factores biológicos

²⁴⁴ Raine fue el pionero de la Neurocriminología, cuyo libro *La anatomía de la violencia* recopila las evidencias biológicas que caracterizan las conductas criminales y que sustentan la idea de la relación entre la biología y el crimen. Acerca de la aplicación de la Neurocriminología y su desarrollo en la conducta delictiva en RAINE, A. & GLENN, A.L. (2014). Neurocriminology: implications for the punishment, prediction and prevention of criminal behaviour. *Nature Reviews Neuroscience*, (15), p.56.

²⁴⁵ SALAS PICÓN, W.M., y CÁCERES DURAN, I.R. (2017). Funciones ejecutivas en la violencia de pareja: una perspectiva Neurocriminológica. *Encuentros*, 15(1), p.51.

²⁴⁶ AHARONI, E., VINCENT, G.M., HARENSKI, C.L., CALHOUN, V.D., SINNOTT-AMSTRONG, W., GAZZANIGA, M.S. & KIEH, K.A. (2013). Neuroprediction of future rearrest. *Proc Natl Acad Sci USA*, 110(15), p. 6224. Precisamente, un repaso por las diferentes investigaciones en este campo, lo veremos en el Capítulo IV correspondiente a las variables de estudio biológicas de la reincidencia en relación a la conducta criminal.

específicos como niveles de hormonas y de neurotransmisores, índices fisiológicos o déficits cerebrales, pueden predecir futuras conductas delictivas, sobre todo en la diferenciación de delincuentes juveniles violentos y no violentos.²⁴⁷

Llegados a este punto y a falta de un estudio pormenorizado, se admite una cierta controversia con respecto a las teorías biologicistas. Los descubrimientos aportados en este campo presentan esas discordancias en la doctrina. Sobre ese punto, hoy en día numerosos criminólogos e investigadores de otras ciencias no jurídicas difieren sobre los hallazgos empíricos, entendidos como el conjunto de factores biológicos y genéticos y su influencia en el comportamiento delictivo durante el curso de la vida.

2.3.2. Teorías del desistimiento

Farrall y Maruna fueron los que acuñaron este concepto al aumentar en los años 90 las investigaciones sobre desistimiento del delito.²⁴⁸ El desistimiento se podría definir como el abandono por parte de un sujeto de realizar hechos delictivos (desaceleración). Estas teorías se han aplicado en caso de delincuentes violentos y multirreincidentes, incrementando por tanto los estudios al respecto en los últimos años. En ocasiones, el desistimiento puede ser entendido como la cara inversa de los condicionantes que han favorecido la aparición y el mantenimiento de la conducta infractora. Ahora bien, a pesar de esto, también «es creíble que la delincuencia y el desistimiento representen procesos diferentes, y no tenga por qué ser la contra de los elementos que predisponen a un joven a delinquir».²⁴⁹

²⁴⁷ Sobre los estudios empíricos longitudinales, su metodología y su fundamento, en RAJULTON, F. (2001). The fundamentals of longitudinal research: an overview. *Special Issue on longitudinal methodology, Canadian studies on population*, 28(2), pp. 171 y ss.

²⁴⁸ FARRALL, S. & MARUNA, S. (2004). Desistance-focused criminal justice policy research: Introduction to a special issue on desistance from crime and public policy. *The Howard Journal of Criminal Justice*, 43(4), pp. 360 y ss.

²⁴⁹ BLASCO ROMERA, C., FUENTES-PELÁEZ, N., y PASTOR VICENTE, C. (2014). Aproximación a los factores explicativos del desistimiento en jóvenes infractores. *Educació Social. Revista d'Intervenció Socioeducativa*, (58), p.188.

En la gestión de la delincuencia juvenil, las teorías del desistimiento son aplicables normalmente a los delincuentes adolescentes antes que a otro grupo de infractores. Esto se explica, como se ha evidenciado hasta ahora, con base en el abandono de la conducta delictiva durante esa etapa previa a la entrada a la adultez. Se persigue por tanto, reducir también la reincidencia, y que los jóvenes desistan de la conducta delictiva al estar éstos todavía en una etapa precoz. Para desistir verdaderamente del crimen, un sujeto precisa una reestructuración de la comprensión de uno mismo. La consideración de desistir de la delincuencia en el caso de adolescentes pero también de adultos, se plantea «si los sujetos eligen ese desistimiento tan pronto como racionalmente deciden que el delito no paga (*«crime doesn't pay»*)».²⁵⁰ Además como revela el autor, estas teorías sugieren que la tasa de reincidencia de los individuos que han cumplido una pena privativa de libertad no sería tan alta como la que es.

En resumen, diversos modelos se estructuran y fundamentan sobre hipótesis y propuestas de algunos autores, los cuales relacionan el desistimiento delictivo con la delincuencia y la reincidencia juvenil.²⁵¹ Entre las hipótesis y las propuestas se encuentran: los cambios de las redes sociales, los vínculos con la sociedad convencional, el nivel educativo, las transformaciones en las influencias de socialización y de acontecimientos vitales, y las diversas perspectivas criminológicas del desarrollo vital del menor infractor.

2.3.3. Teorías de la criminología del desarrollo

Estas teorías ponen el acento en las carreras delictivas de los sujetos, entendiendo de suma importancia el comportamiento antisocial y delictivo que aparece en las primeras etapas de la infancia y adolescencia. En el marco de estas teorías, se distinguían ya en los primeros estudios realizados una mayoría de comportamientos delictivos, aunque éstos eran estacionales y estaban circunscritos a esas primeras etapas de la vida de un sujeto. Además, se

²⁵⁰ MARUNA, S. (1999). *Desistance and development: the psychosocial process of 'going straight'*. In British Criminology Conference, Queens University, Belfast, p. 9.

²⁵¹ THORNBERRY, T.P., GIORDANO, P.C., CHRISTOPHER, U., MATSUDA, M., MASTEN, A.S., BULTEN, E...., y REDONDO, S. Serie especial: transición desde la delincuencia juvenil a la delincuencia adulta..., op.cit., pp.7 y ss.

diferenciaba un grupo de delincuentes persistentes cuyas actividades se prolongaban hasta llegar a la etapa adulta.²⁵² No hay que olvidar que en los estudios sobre carreras delictivas «se analiza la secuencia de delitos cometidos por un individuo y los *factores* que se vinculan al inicio, mantenimiento y finalización de la actividad delictiva».²⁵³

Farrington postuló en el año 2005 algunas teorías que se pueden englobar dentro de este campo y que son: las teorías integradas del desarrollo y del ciclo de la vida («*integrated developmental and life-course theories of offending*»)²⁵⁴

Estas teorías presentan tres puntos clave:

1. Estudio del comportamiento delictivo y del desarrollo de la criminalidad.
2. Estudio de los factores de riesgo y de protección en función de la edad del individuo.
3. Identificación y análisis de los efectos derivados de los acontecimientos que ocurren durante las diferentes etapas de la vida del sujeto, y su relación de causalidad con los posibles cambios en su trayectoria vital.

Así es, en los estudios efectuados en esta materia ponen de manifiesto que al objeto de determinar la carrera criminal de un sujeto, para entender especialmente en el periodo de la adolescencia el dinamismo y la complejidad de su comportamiento, es imprescindible el análisis de la evolución en el tiempo de la misma. Con el paso del tiempo y el desarrollo de esa carrera criminal, es entonces cuando se identifican y examinan los factores de riesgo y de

²⁵² FARRINGTON, D.P. (1992). Criminal career research in the United Kingdom. *British Journal of Criminology*, (32), pp. 523 y ss. MOFFITT, T.E. (1993). Adolescence-limited and life-course-persistent antisocial behavior: A developmental taxonomy. *Psychological Review*, (100), pp. 676 y ss.

²⁵³ REDONDO ILLESCAS, S., y ANDRÉS PUEYO, A.A. (2007). La psicología de la delincuencia. *Papeles del Psicólogo*, 28(3), p. 149.

²⁵⁴ FARRINGTON, D.P (2005). Introduction to integrated developmental and life-course theories of offending. In D. P. FARRINGTON (ed.), *Advances in criminological theory, Integrated developmental and life-course theories of offending* (pp. 1-14). New Brunswick, NJ y Londres: Transaction Publishers, p. 10. Traducción propia.

protección que ayudarán a entender mejor esa trayectoria delictiva del sujeto. En la actualidad, estas teorías tienen numerosos seguidores, ya que entre los argumentos a favor lo constituyen, el cada vez mayor impulso de esta rama de la criminología y las posibilidades para prevenir el delito gracias a su consistente fundamento empírico y teórico.

2.3.4. Teorías de la criminología positiva

Según estas teorías, la protección del menor frente al delito es afrontada desde la interacción con elementos positivos que lo distanciarán de la desviación o el crimen.²⁵⁵ La criminología positiva²⁵⁶ como concepto innovador, pone el foco de atención en los encuentros humanos y en las fuerzas de inclusión que son experimentadas positivamente por los individuos para promover la deserción del crimen. La novedad de su conceptualización implica que no existan aún unos principios rectores para la práctica de la criminología positiva.²⁵⁷ Estos principios serían necesarios para poder dirigir la investigación criminológica y el sistema de justicia penal, extrapolable también a la jurisdicción penal de menores para fundamentar la intervención con ellos.

De hecho, las prácticas de la justicia restaurativa van a representar la perspectiva conceptual de la criminología positiva, al enfatizar el potencial de esos encuentros humanos y positivos. Lo que significa, una ayuda en el proceso de rehabilitación y reconocimiento de la capacidad de los infractores y de los reincidentes para ser reformados y rehabilitados nuevamente en la sociedad. Dicho brevemente: la idea de utilizar los fundamentos de las teorías de la criminología positiva lleva a configurar una apuesta restaurativa por la intervención frente a los delitos cometidos por menores primarios y menores reincidentes.

²⁵⁵ La prevención basada en el pensamiento positivo o el refuerzo de las experiencias positivas para alejar al individuo lejos de la desviación o el crimen fue propuesta por RONEL, N. & ELISHA, E. (2010). A Different Perspective: Introducing Positive Criminology. *Int J Offender Ther Comp Criminol*, 55(2), pp.307 y ss.

²⁵⁶ Del inglés «*positive Criminology*», aunque no confundir con los postulados de la Criminología positivista («*positivist Criminology*»).

²⁵⁷ RONEL, N. & SEGEV, D. (2014). Positive Criminology in Practise. *Int J Offender Ther Comp Criminol*, 58(11), pp. 1390 y ss.

Por último, en lo que concierne a la reincidencia-a pesar de que como se ha dicho al inicio, son teorías nuevas- falta desarrollar las reflexiones teóricas para aplicarlas a la práctica, mediante la promoción de las experiencias positivas del menor para que éste se concentre en lo bueno y en lo positivo, de manera que así se aleje de una recaída en el delito. Para ello será necesario, el refuerzo de los elementos verdaderos, de la inclusión social y de la unificación con otros sujetos ya que, producirá una integración de todas las fuerzas a diferentes niveles, no solo individual por parte del reincidente, sino también grupal, social y espiritual.

2.3.5. Teorías económicas

Las teorías económicas están basadas en el análisis de costes-beneficios siguiendo consistentes modelos a corto y largo plazo, que usarán herramientas de la disciplina de la economía para evaluar las políticas alternativas que puedan reducir el crimen.²⁵⁸ La ganancia del individuo en la realización del acto criminal es mucho mayor que los costos que se asocian a la posibilidad real de ser atrapado. De tal modo que se usa el marco socioeconómico para explicar la delincuencia en base a «cuatro modelos concretos: racional, estático, radical y miópico».²⁵⁹

El modelo racional defiende que toda decisión que implica una elección entre una o más opciones tiene que ver con el costo de la oportunidad (la mejor alternativa en el contexto de tomar una decisión). El modelo estático pone el foco en el efecto disuasorio del sistema de justicia criminal durante el proceso de decisión del individuo para cometer un crimen. De esta manera, se puede predecir cómo responden los infractores ante los cambios cuando son capturados o penados. El modelo radical se centra fundamentalmente en la decisión del individuo para repartir el tiempo entre una actividad legal y una ilegal. Por último, el modelo miópico se basa en la experimentación inmediata de ganancias al cometer un crimen,

²⁵⁸ WITTE, A.D. & WITT, R. (2000). *Crime causation: Economic theories*, p. 2. Recuperado (01.05.2017) de: <http://www.econ.surrey.ac.uk/Research/WorkingPapers/econ300.pdf>. Traducción propia.

²⁵⁹ JACOB, A. (2011). *Economic theories of crime and delinquency*. *Journal of human behavior in the social environment*, (21), p. 272. Traducción propia.

causando que se pospongan los costes asociados. Uno de los variados estudios en menores infractores y en jóvenes adultos reincidentes, muestra que aplicando «el modelo miópico, los menores más pacientes son los que menos agreden».²⁶⁰

De todo lo anterior, se puede deducir que de todas las teorías que han surgido a lo largo de la historia de la criminología, las aparecidas dentro del ámbito de la Sociología han adquirido un mayor peso a la hora de explicar la realidad criminal. Ello es debido entre otras cosas, a la contribución práctica de las mismas en relación a la delincuencia, pero también al uso de estas teorías en la implementación de políticas criminales. Una preocupación constante es sin duda la explicación del delito desde una perspectiva social como parte de la normalidad del crimen en un país. Lo cierto es, que la síntesis explicativa del delito desde una perspectiva sociológica sitúa las causas del crimen en el contexto social.

Ahora bien, un ambiente inadecuado, una socialización incompleta e incorrecta o una combinación de las dos, predispone a un sujeto menor de edad a una conducta delictiva. Se ha relacionado también la influencia de los ambientes más desfavorecidos, negativos y con miseria y marginación a la manifestación de actos delictivos por parte de un joven. Aunque, por otro lado, se tiene que hacer una objeción ya que existe una amplia literatura que prueba lo contrario, el no criminalizar ni judicializar la pobreza.²⁶¹ Lo que en cualquier caso se demuestra, es que no siempre la pobreza y la marginalidad se deben relacionar con el delito, ya que hay una tendencia a estigmatizar a colectivos que pertenecen a clases sociales más bajas o que poseen una situación económica desfavorable.

En este punto, es necesario indicar que la escasez de oportunidades sociales y económicas, se ha de interpretar como un factor de riesgo o una futura complicación de los problemas a los que se enfrentan los delincuentes y más en el caso de colectivos vulnerables como los

²⁶⁰ LEE, D. S. & MCCRARY, J. (2005). *Crime, punishment, and myopia*. Cambridge, MA: NBER, p. 38. Traducción propia.

²⁶¹ Sobre un análisis ofrecido por diferentes estudios en relación a la criminalización de la pobreza y colectivos vulnerables, *vid.* SILVA BALERIO, D. (2016). *Pedagogía y criminalización. Cartografías socioeducativas con adolescentes*. Barcelona: UOC, p.51.

menores de edad. En efecto, el medio social puede influir en la comisión de una actividad delictiva por parte de un menor de edad y de una futura recaída en el delito (junto a otros factores), por lo que el delito se concibe por ese motivo como un fenómeno social.

2.4. El concepto de menor infractor

Para empezar, hay que reconocer que la denominación del término menor infractor ha suscitado una controversia en el debate doctrinal. No solo por lo que este concepto representa, sino también por la propia idea del mismo. A pesar de que dicho concepto no se explicará de una manera exhaustiva en este trabajo, es examinado en infinidad de artículos e investigaciones científicas, donde se tratará este asunto en particular.

Como pone de relieve Cruz y Cruz, aduciendo al planteamiento de esta cuestión:

El conflicto se inicia en la denominación misma de menores infractores. Para muchos es ofensivo utilizar este calificativo; partiendo de la idea en boga actualmente, de que los menores, por estar aún en proceso de maduración psicológica, bajo ningún concepto puede considerarse que infrinjan las leyes penales, sino que sus acciones son el resultado de las influencias del medio social o de sus progenitores, quienes en la mayoría de las ocasiones los determinan a incurrir en actividades delictivas.²⁶²

Aquí, se pone de manifiesto, en cualquier caso, que los actos realizados durante la etapa adolescente forman parte del proceso formativo de madurez y experiencia del menor. Así pues, va a suponer un crecimiento y desarrollo moral e intelectual para el menor. En palabras de Uceda i Maza, «el concepto *menor infractor* es un término coexistente al de *delincuente*

²⁶² CRUZ Y CRUZ, E. (2010). *Los menores de edad infractores de la ley penal*. (Tesis Doctoral). Universidad Complutense, Madrid, p.335. Recuperada el (15.01.2017) de: <http://eprints.ucm.es/11218/1/T32137.pdf>.

juvenil pero que se diferencia de éste, en que el menor infractor ha pasado un proceso judicial en el que se le ha etiquetado jurídica y socialmente».²⁶³

El origen de la palabra infractor proviene del latín («*infractoris*»), cuyo significado hace referencia a una rotura total de una norma. Es decir, la persona que rompe una norma, una ley que forma parte de una sociedad a la que pertenece. Lo anterior se interpreta como la capacidad de un sujeto menor de edad para transgredir la ley. Por lo tanto, llevar a cabo una acción que está tipificada y prohibida por la misma. Se habla del término menor infractor porque así nos permite demarcar nuestra categoría de estudio y diferenciarlo de otros menores de edad que no han cometido una infracción penal. Del mismo modo, se restringe la investigación sobre un determinado conjunto de sujetos. Para ello, se establece un marco referencial y se ofrece una visión precisa sobre este grupo de estudio, estando ante la enmarcación del término en un contexto legal y jurídico.

Analizando la personalidad del menor, es indiscutible que ésta dista mucho de la del adulto, ya que la etapa de la adolescencia exhibe una serie de factores propios psicológicos, biológicos y sociales que la diferencian de la etapa adulta. Concretamente, esta etapa correlaciona con un proceso de cambio y de transformación, de crisis de identidad. Estos cambios pueden llevar al menor de edad a la perpetración de actos delictivos como medio para la búsqueda de aventuras, de experimentación de nuevas vivencias o de llamadas de atención. De hecho, los menores repiten lo que ven, lo interpretan y lo copian. Asimismo, reproducen el comportamiento de los adultos que representan modelos de conducta. Estos modelos de conducta están dentro del ámbito familiar, del ámbito escolar o de cualquier otro contexto social del que forme parte el menor.

Por otro lado, no hay que criminalizar al menor de edad debido a la anormalidad de su comportamiento, a pesar de ser manifiesta la respuesta jurídico-penal frente a los hechos

²⁶³ UCEDA I MAZA, F. X. (2006) Menores infractores: exclusión y educación. En M. GARCÍA LASTRA, A. CALVO SALVADOR, J.M. OSORO SIERRA, y S. ROJAS PERNIA (coords.), *Convergencia con Europa y cambio en la universidad: XI Conferencia de Sociología de la Educación*. Conferencia de Sociología de la Educación (pp.147-177). Santander, p. 154.

cometidos. Estas conductas delictivas forman parte de la cultura juvenil del menor y como se ha expresado anteriormente deben ser aceptadas con total normalidad. Al mismo tiempo, que la respuesta jurídico-penal dada debe respetar las garantías del derecho penal. En relación a lo anterior, hay que constatar en cualquier caso, la construcción de un marco jurídico adecuado para la protección de los menores. La cuestión está, en que dicho marco jurídico es primordial para dar una respuesta ajustada y concreta al fenómeno de aquellas infracciones cometidas por estos menores.

En consecuencia, la creación del derecho penal juvenil está orientada a una jurisdicción de menores que da respuesta especializada a las acciones de éstos siguiendo una finalidad preventiva especial. Todo ello en contraposición a la jurisdicción ordinaria del resto de infractores. Esta jurisdicción juvenil es específica para la etapa de adolescencia, por lo que la asunción de la responsabilidad de los menores va a estar en consonancia al grado de desarrollo mental y moral de los mismos.

2.4.1. La edad de la responsabilidad penal en el menor infractor

La edad como ya se ha indicado es determinante para decidir cuándo se interviene con un menor que ha cometido un delito, de acuerdo a los criterios de la jurisdicción penal específica. La relevancia de la edad es entonces importante al tener implicaciones en la concepción jurídica del menor infractor. Son precisamente las legislaciones juveniles de ambos países, las que recogen en su articulado los tránsitos de edad dentro de los cuales, se pueda exigir la responsabilidad penal a cualquier joven o adolescente que se encuentre dentro de dichos límites establecidos.

Recapitulando, en el caso español el individuo que no ha cumplido aún la mayoría de edad, pero que puede ser imputable por la comisión de un acto ilícito si ya ha cumplido los 14 años. En el caso alemán, los menores infractores de más de 14 y menos de 18 años, junto a los jóvenes de más de 18 y menos de 21 años, quienes pueden ser tratados también como adultos con arreglo al Código Penal. Partiendo de cada caso individual, se debe comprobar por parte de un Juez de Menores el desarrollo y madurez (tanto mental como moral) del sujeto. En todo caso, la comprobación de la madurez del menor en relación al ilícito penal, se lleva a cabo ya que en principio no se presupone la culpabilidad del joven.

Para entender la figura del menor infractor hay que explorarla desde diferentes perspectivas, al haber diversas variables implicadas en el estudio de la edad y la responsabilidad penal del menor. Como queda dicho, las variables individuales (sírvese a modo de ejemplo: la historia delictiva, la personalidad del sujeto, el consumo y abuso de sustancias) y las variables sociales (como los factores sociodemográficos, el entorno del sujeto, la influencia familiar o el nivel económico) influyen en la conducta del menor infractor. Se deben analizar por tanto en profundidad estas variables, ya que a través de su conocimiento se puede contrarrestar su conducta. El estudio de los factores que pueden contribuir en la conducta de un menor infractor, se va a plasmar en nuestro país en el informe del equipo técnico (formado por trabajadores sociales, educadores y psicólogos), el cual está adscrito al Juzgado de Menores.²⁶⁴

De acuerdo con el derecho internacional, se adaptan las legislaciones de ambos países a las exigencias internacionales en relación a la consideración del menor de edad para ajustar los fundamentos y principios de las tendencias universales de los sistemas de justicia. Así, se ve reflejado en los textos internacionales ya mencionados en este trabajo como son, la CDN (art. 1) y las Reglas de Beijing (Regla 2.2). En nuestro Código Penal se declara en el art. 19 la aplicación de la legislación penal de menores a aquellos sujetos que tienen menos de 18 años.²⁶⁵ La norma penal específica de menores en España señala en su art. 1.1, el tramo de edad a efectos de responsabilidad penal.²⁶⁶ Por otro lado, la consideración de la edad a efectos

²⁶⁴ Art. 4 del RD 1774/2004, de 30 de julio: «Los equipos técnicos estarán formados por psicólogos, educadores y trabajadores sociales cuya función es asistir técnicamente en las materias propias de sus disciplinas profesionales a los jueces de menores y al Ministerio Fiscal, elaborando los informes, efectuando las propuestas, siendo oídos en los supuestos y en la forma establecidos en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, y, en general, desempeñando las funciones que tengan legalmente atribuidas». La atención y la asistencia por parte del equipo técnico, será uno de los derechos que tenga el menor una vez que es incoado el expediente. De hecho, el equipo técnico depende funcionalmente del Ministerio Fiscal y debe estar en contacto permanente con éste, ya que le debe informar con regularidad sobre el estado personal del menor de edad (art. 27 de la LORRPM).

²⁶⁵ Art. 19 del CP: «Los menores de dieciocho años no serán responsables criminalmente con arreglo a este Código. Cuando un menor de dicha edad cometa un hecho delictivo podrá ser responsable con arreglo a lo dispuesto en la ley que regule la responsabilidad penal del menor».

²⁶⁶ Art. 1.1 del LORRPM: «Esta Ley se aplicará para exigir la responsabilidad de las personas mayores de catorce años y menores de dieciocho por la comisión de hechos tipificados como delitos o faltas en el Código Penal o las leyes penales especiales».

de exigir responsabilidad penal es similar en Alemania. El Código penal alemán («*Strafgesetz*») en virtud del §10, se aplica a jóvenes y adolescentes si así estuviera recogido en la legislación juvenil alemana (*JGG*).²⁶⁷ Por supuesto, en *JGG* se regula- a pesar de que se desarrollará en el apartado correspondiente de este Capítulo-la edad penal del menor y del adolescente.²⁶⁸ En cualquier caso, siguiendo criterios de Política criminal se ha elevado a lo largo de los años la edad penal a los 18 años en los países de estudio, regulándose en la norma penal juvenil.

Para finalizar, cabe señalar que a partir de una cierta edad el menor tiene la capacidad de comprensión de al menos la mayor parte de sus actos delictivos. Como puede deducirse, el menor a esa edad tiene un desarrollo personal y físico-psíquico más o menos completo, existiendo un consenso por parte de la doctrina. Parece razonable que se dé un trato justo y acorde en relación a la edad del sujeto dentro de un marco garantista. En cualquier caso, como ya se reflejó en la introducción de este Capítulo II, la edad de responsabilidad penal mínima exigible por los estándares internacionales, no va a ser cumplida por parte de todos los Estados que conforman la comunidad internacional.

2.4.2. El menor infractor y los medios de comunicación

Resulta interesante, como en los últimos tiempos delitos puntuales considerados «*graves hechos*» cometidos por menores han causado una alarma social y una sensación de impunidad, en parte, por el papel que juegan los medios de comunicación que justifican intervenciones más punitivas que persiguen el necesario castigo de los rebeldes menores». ²⁶⁹ Es claro, que en realidad, esta preocupación mediática lleva a la implementación de medidas y estrategias de política social, que persiguen la seguridad colectiva y propician una reducción de las

²⁶⁷ §10 *StGB*: «Für Taten von Jugendlichen und Heranwachsenden gilt dieses Gesetz nur, soweit im Jugendgerichtsgesetz nichts anderes bestimmt ist».

²⁶⁸ §1.2 *JGG*: «Jugendlicher ist, wer zur Zeit der Tat vierzehn, aber noch nicht achtzehn, Heranwachsender, wer zur Zeit der Tat achtzehn, aber noch nicht einundzwanzig Jahre alt ist».

²⁶⁹ COLÁS TURÉGANO, M.A. La influencia de los medios de comunicación en la Administración de Justicia..., op.cit, p.732.

garantías y de una búsqueda de la sanción ejemplar para los responsables menores de los casos más difundidos.²⁷⁰ Coherente con estos argumentos, a la vista está la influencia y presión que ejercen los medios de comunicación en los procesos relacionados con menores.

Parece razonable por otro lado, que la alarma social generada ante este tipo de situaciones pueda contribuir en la creencia social general de que estamos ante un aumento del número de infractores. Sobre todo, por el eco alcanzado por los delitos graves que son cometidos por éstos, siendo llamativo para la comunidad. En efecto, hemos de señalar por tanto a los medios de comunicación y al tratamiento que éstos dan de la noticia. La importancia del tratamiento informativo otorgado por los medios en relación a los delitos juveniles ha influenciado directamente en las propuestas y estrategias frente a este tipo de delincuencia en materia de Política criminal. En especial, «el enfoque transmitido por los medios de comunicación respecto a la delincuencia juvenil y su evolución es importante por lo que se refiere a las estrategias de paz y seguridad social».²⁷¹

Es usual y no es un hecho nuevo, que «los medios de comunicación han establecido un debate social en torno a la seguridad ciudadana y a las políticas de tolerancia cero».²⁷² Las crónicas de sucesos y el rol de la opinión pública en la información sobre la violencia juvenil, se manifiesta en nuestra sociedad de una manera más aguda. Concretamente, en el caso de delitos especialmente graves o que destaquen por sus particularidades. Es entonces cuando se plantea la cuestión, de si se está frente a un aumento de la delincuencia juvenil, o si realmente no existe tal aumento. Sobre la base de todo lo anterior, se considera oportuno barajar sobre la idea que la sociedad siente miedo e inseguridad ante el delito. Por lo que habría que entrar a valorar desde una perspectiva mucho más amplia, uno de los retos de las sociedades modernas en el contexto de la Política criminal que es: el establecimiento de unos límites en el marco de

²⁷⁰ COLÁS TURÉGANO, M.A. La influencia de los medios de comunicación en la Administración de Justicia..., op.cit., p. 733.

²⁷¹ HERRERO HERRERO, C. (2007). *Política criminal integradora*. Madrid: Dykinson, p. 265.

²⁷² Sobre el debate, *vid.* VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., y SERRANO TÁRRAGA, M.D. (2004). La opinión pública ante la delincuencia juvenil. El tratamiento informativo de los medios de comunicación sobre la delincuencia juvenil y su influencia en la Política criminal española. *Anuario de justicia de menores*, (4), pp. 147 y ss.

un Estado de Derecho para garantizar la lucha contra la manipulación mediática en aquellos supuestos donde estén implicados menores.

A partir de lo expuesto y a falta de ampliarlo más adelante, los medios de comunicación son en ocasiones un arma de doble filo en el tratamiento de ciertos delitos y con determinados grupos sociales. Para evitar esta creencia errónea y aproximarnos a la cuestión planteada, es necesario contar entre otras cosas con el estudio de los datos oficiales y de las investigaciones empíricas en el campo de la criminología. Aunque, también de otras ciencias sociales y de las investigaciones emanadas de la doctrina jurídica.

En definitiva, resulta efectiva en términos generales, la consideración de un tratamiento educativo efectivo para los menores de edad que han infringido la norma, sin que haya necesidad de un continuo castigo por parte de la sociedad. Se trata por tanto, de adecuar los mecanismos de resocialización hacia el menor infractor, ajustando la respuesta penal a la etapa evolutiva del menor. En los supuestos de menores infractores, el panorama no es alentador respecto al tratamiento dado por los medios, ya que se consigue frecuentemente un efecto contrario a lo que persigue la norma penal juvenil, que es la dificultad en la reinserción social del menor, a efectos preventivos de evitar y reducir la reincidencia.

3. Normativa internacional en materia de justicia penal juvenil

El modelo de responsabilidad o de justicia y el modelo educativo-protector van a confluir en las disposiciones de los instrumentos internacionales en el seno del sistema de protección de las Naciones Unidas. Del mismo modo, junto a la normativa internacional de las Naciones Unidas surgirán instrumentos jurídicos en el marco europeo, concretamente emanados del Consejo de Europa.

La figura del menor infractor ya se recoge en el articulado de la CDN, especialmente en su artículo 40.1 en relación al menor y la justicia. Esta disposición refiere, tanto si el menor ha

infringido las leyes penales como si se declara o acusa de ser culpable por haberlas infringido.²⁷³ Es por ello, que en el procedimiento penal contra un menor infractor se han de cumplir un mínimo de estándares. Éstos deben garantizar la protección del mismo y el respeto por sus derechos fundamentales. Entre los estándares internacionales procedimentales mínimos destacamos: el derecho a un juicio justo o el derecho a la presunción de inocencia.

Si se profundiza en la jurisdicción de menores en el último siglo, se puede observar un acercamiento hacia un proceso de convergencia en el ámbito de la justicia penal de menores y de la protección penal del mismo. En parte, por la incorporación en el ordenamiento jurídico interno de los Estados de aquellos instrumentos internacionales emanados de las Naciones Unidas y del Consejo de Europa. No obstante, es en el marco de las Naciones Unidas donde se han formulado y plasmado los instrumentos legales más significativos para prevenir y tratar la delincuencia juvenil. Si bien es cierto, como señalan De la Cuesta y Blanco, que «no siempre ha sido fácil, debido a la adaptación de tales disposiciones al ordenamiento interno de cada país, en parte por las tradiciones de los diversos países que configuran la comunidad internacional».²⁷⁴

En el ámbito europeo, se apostó por establecer acciones conjuntas para poder hacer frente al fenómeno de la delincuencia juvenil. Gracias entre otras, a la prevención y la promoción de políticas sociales claramente resocializadoras para el menor infractor. En el año 2006, a través del Dictamen del Comité Económico y Social Europeo de 15 de marzo,²⁷⁵ se insta a diseñar una estrategia común en el marco de las instituciones europeas para luchar contra la delincuencia juvenil. Una lucha a través de la prevención y la intervención con los menores y

²⁷³ Art. 40.1 de la CDN: «Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad».

²⁷⁴ DE LA CUESTA ARZAMENDI J.L., y BLANCO CORDERO, I. (2010). *Menores infractores y sistema penal*. Donostia- San Sebastian: Instituto Vasco de Criminología, p.10.

²⁷⁵ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la prevención de la delincuencia juvenil, los modos de tratamiento de la delincuencia juvenil y el papel de la justicia del menor en la Unión Europea (2006/C 110/13) Recuperado (15.01.2017) de: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52006IE0414>.

los jóvenes infractores con una clara finalidad resocializadora. También se tenía en cuenta, la prevención y la manifestación de la delincuencia adulta de los menores infractores en un futuro. En la misma línea, el Parlamento Europeo en el año 2007 promueve una acción conjunta europea para prevenir la delincuencia juvenil.²⁷⁶ Esta acción se basaba en la imposición de diferentes tipos de medidas como eran las medidas extrajudiciales, preventivas y de inclusión social. Aunque es cierto, como expresa Pérez Vaquero,

Al final, el planteamiento que se ha hecho sobre el problema criminológico de la delincuencia juvenil por parte del Consejo de Europa es más efectivo que el propuesto por la Unión Europea (cuyo debate es más genérico), ya que este último es más específico y práctico, del mismo modo, que las Recomendaciones propuestas por el Consejo de Europa mantienen una línea de trabajo más cercana a las de las Naciones Unidas.²⁷⁷

Finalmente, de lo expuesto se desprende que la contribución de los preceptos internacionales en relación a la prevención y el tratamiento de la delincuencia juvenil ha sido y sigue siendo relevante. Al igual, que la adopción de estos paradigmas en materia de Derechos Humanos, ya que recogen en su articulado de manera genérica pero también específica cuestiones sobre justicia de menores, ocupando así un lugar destacado en el acervo internacional en materia de menores.

²⁷⁶ Resolución del Parlamento Europeo, de 21 de junio de 2007, sobre La delincuencia juvenil: el papel de las mujeres, la familia y la sociedad (2007/2011(INI)).Recuperado (15.01.2017) de: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-20070283+0+DOC+XML+V0//ES>.

²⁷⁷ PÉREZ VAQUERO, C. (2014). La justicia juvenil en el Derecho Europeo. *Derecho y Cambio Social*, (37), p. 7.

3.1. Sistemas de protección de las Naciones Unidas en materia de justicia de menores y prevención del delito

Las Naciones Unidas han prestado especial atención en los últimos tiempos a los menores infractores, creando para ello un cuerpo normativo internacional específico de ámbito universal que incluye:

- Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia de los menores (Reglas de Beijing).
- Las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad).
- Las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad (Reglas de La Habana).

A continuación, se expondrán brevemente las cuestiones importantes de estos instrumentos jurídicos de carácter internacional, poniendo especial énfasis en las disposiciones más relevantes contenidas en dichos textos.

3.1.1. Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia de los menores (Reglas de Beijing)

Las Reglas de Beijing fueron adoptadas por la Asamblea General de la ONU, el 29 de noviembre de 1985 mediante la Resolución 40/33.²⁷⁸ Este texto fue elaborado teniendo en cuenta la Carta Internacional de los Derechos Humanos y diversos instrumentos jurídicos del ámbito de los derechos humanos relativos a los derechos de los jóvenes.

²⁷⁸ Resolución 40/33, 29 de noviembre de 1985, Reglas Mínimas para la administración de justicia de menores. Recuperado (15.01.2017) de: <http://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/beijingrules.pdf>.

Se pone especial atención al cumplimiento y respeto de los derechos y de las garantías de los menores y de los jóvenes para el establecimiento de un sistema judicial juvenil avanzado. En concreto, para aquellos menores en contacto con la justicia juvenil al sobresalir como objetivo el bienestar del menor. Con estas Reglas se homogenizan los diferentes sistemas de justicia de todo el mundo a través del establecimiento de unos criterios mínimos para el tratamiento de los delincuentes juveniles.

Se trata de un conjunto de Reglas, las cuales no van a ser vinculantes *per se*, sino que constituyen meramente recomendaciones de carácter orientativo para los Estados de la comunidad internacional. Sin embargo, a pesar de ser carentes de vinculación, existen Principios que se encuentran incluidos en la CDN y en otros Tratados Internacionales, los cuales sí que vinculan jurídicamente. Las Reglas de Beijing son anteriores a la Convención, por lo que esta última ha tomado consideraciones de la primera dándole un valor obligatorio.²⁷⁹ En lo referente al principio del interés superior del menor, éste se refleja a lo largo del texto, contribuyendo a la promoción de medidas alternativas que reduzcan la intervención penal.

Están estructuradas en seis partes claramente diferenciadas que incluyen: 1. los Principios Generales, 2. la Investigación y el Procesamiento, 3. la Sentencia y la Resolución, 4. el Tratamiento fuera de los establecimientos penitenciarios, 5. el Tratamiento en los establecimientos penitenciarios y 6. la Investigación, Planificación y Formulación y Evaluación de políticas.

Se incorpora un concepto amplio del delito, que posteriormente en las Directrices de Riad se va a perfeccionar, avanzando así en el contenido del mismo. En la Regla 2.2 b) se recoge la definición del delito como *«todo comportamiento (acción u omisión) penado por la ley con arreglo al sistema jurídico de que se trate»*. Se hace además una diferenciación de si el delito ha sido cometido por un menor o un adulto, al formular el objeto principal de estas Reglas de

²⁷⁹ En relación a los principios generales de las Reglas de Beijing que se tienen en cuenta en la CDN se encuentran entre otros: la promoción del bienestar del menor y su familia o el tratamiento jurídico dado al menor que entra en conflicto con la ley en aras de reducir la intervención judicial.

aplicación en los menores delincuentes.²⁸⁰ La concepción de niño, menor y joven se describe de manera extensa, ajustándose así a los diferentes sistemas penales juveniles. La definición de la figura del menor es poco rigurosa, aunque amplia, del mismo modo que la definición de menor delincuente.²⁸¹ En todo momento, «las Reglas de Beijing consideran la imputabilidad del menor de edad y, por lo tanto, su posible plena responsabilidad penal».²⁸²

En cuanto a la ampliación relativa al ámbito de aplicación de estas Reglas, como se distingue en la 3.1, «no solo se aplicarán a los menores delincuentes, sino también a los menores que puedan ser procesados por realizar cualquier acto concreto que no sea punible tratándose del comportamiento de los adultos». Se incluye en su redacción los llamados «delitos en razón de su condición», que están presentes en varios sistemas jurídicos y que hacen referencia a comportamientos de menores que son distintos y más amplios que en el caso de los adultos. Es decir, menores que han cometido delitos que son específicos por el mero hecho de su condición de niño y no de adulto. De esta manera, se propone castigar a aquellos menores por hechos que no son constitutivos de delitos en el supuesto que los hubiera cometido un adulto. A modo de ejemplo, entre los «delitos en razón de su condición» se encuentran la ausencia injustificada a la escuela o el consumo de alcohol.

Ciertamente, se debe considerar la conveniencia de sancionar penalmente a menores que estén en esa situación. Es evidente que no son comportamientos susceptibles de una sanción que debieran englobarse en la jurisdicción penal juvenil de un país, ya que supone en cierto modo un trato discriminatorio hacia el menor y por tanto nada positivo. No deben incurrirse en prácticas discriminatorias con base en esos comportamientos particulares, pero tampoco regular tipologías delictivas por el simple hecho de su condición de niño. En el caso de que fuera un adulto el que delinquiera no se sancionaría, por lo que se actúa dando un posible trato desigual hacia el menor que en este caso no está justificado. Cabe afirmar por tanto, que las

²⁸⁰ Regla 2.2 c) de las Reglas de Beijing: «Menor delincuente es todo niño o joven al que se ha imputado la comisión de un delito o se le ha considerado culpable de la comisión de un delito».

²⁸¹ CÁMARA ARROYO, S. (2010). *Internamiento de menores y sistema penitenciario. Volumen I. Premio Nacional Victoria Kent*. Madrid: Ministerio del Interior, p. 380.

²⁸² *Ibid*, p.381. Reglas 2.1 a) y 2.1 c) de las Reglas de Beijing.

respuestas tienen que ser diferentes alejando a los menores de procedimientos judiciales. En todo caso, promover el uso de alternativas más sociales (familiares, comunidades), más educativas y menos punitivas, ya que se le da al derecho penal un papel que no le corresponde.

Las Reglas de Beijing hacen frente también al problema del confinamiento del menor cuando se le impone una pena privativa de libertad. Esta pena privativa que conlleva a su reclusión debe imponerse como última alternativa, tras haber considerado con anterioridad otras sanciones y como medida de carácter excepcional.²⁸³ En el supuesto que el menor sea sentenciado a una pena privativa, el periodo de reclusión deberá ser por un tiempo breve separado en todo momento de los adultos, y respetándose todas las garantías para su tratamiento. En relación a la reincidencia, la imposición de una medida privativa de libertad se otorga en parte, cuando el menor delinque gravemente con violencia contra otra persona, o cuando existe reincidencia por la comisión de otros delitos graves.²⁸⁴ En cualquier caso, tiene que probarse que no había otra respuesta adecuada al supuesto concreto. Además de lo anterior, se regula la pena de prisión preventiva aplicada solo como último recurso y en un plazo de tiempo breve. En resumen, se apuesta en virtud del principio de flexibilidad, por medidas alternativas a la privación de libertad para evitar en la medida de lo posible la institucionalización del menor.²⁸⁵

Entre los objetivos de la justicia de menores y tal como se recoge en la Regla 5 de este texto, se hace hincapié en el bienestar de éstos y en la respuesta jurídica dada, la cual debe ser en

²⁸³ De hecho, en el comentario a esta Regla se señala que los criminólogos más avanzados abogan porque no se trate a los menores de edad en centros penitenciarios, justificando esta argumentación con base en la vulnerabilidad de este grupo y la posible influencia negativa derivada del sometimiento a un confinamiento. *Vid.* Regla 19.1 de las Reglas de Beijing.

²⁸⁴ Regla 17.1 c) de las Reglas de Beijing: «Solo se impondrá la privación de libertad personal en el caso de que el menor sea condenado por un acto grave en el que concurra violencia contra otra persona o por la reincidencia en cometer otros delitos graves, y siempre que no haya otra respuesta adecuada».

²⁸⁵ Regla 18.1a) de las Reglas de Beijing: «Para mayor flexibilidad y para evitar en la medida de lo posible el confinamiento en establecimientos penitenciarios, la autoridad competente podrá adoptar una amplia diversidad de decisiones (...)».

todo momento proporcional al menor delincuente y al tipo de delito cometido.²⁸⁶ Se incorpora así el principio de proporcionalidad, donde la respuesta ante el delito debe ser acorde a las circunstancias del joven que ha delinquido, aunque también al delito respetando esa proporcionalidad. Se apuesta por un derecho penal de autor, al primar las circunstancias personales del menor delincuente en la respuesta ante la reacción jurídica del delito.²⁸⁷ Por otro lado, se deben respetar las garantías procesales básicas durante el procedimiento de menores para la representación de un juicio justo e imparcial.²⁸⁸

Por último, este instrumento internacional promueve la protección del bienestar del menor para proporcionarle dentro del sistema judicial un tratamiento justo, eficaz, cercano y equitativo. En este aspecto, el menor no estará solo sino que tanto la sociedad como su familia pueden acompañarle formando parte del proceso en el que va a primar la educación. Además, estas Reglas enfatizan la importancia de la rehabilitación y la resocialización de los menores delincuentes.

3.1.2. Directrices para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad)

Las Directrices de Riad fueron adoptadas y proclamadas por la Asamblea General de la ONU en la Resolución 45/112, de 14 de diciembre de 1990.²⁸⁹ En estas Directrices sin fuerza jurídica vinculante, se reunían los principios fundamentales para prevenir la delincuencia

²⁸⁶ Regla 5 de las Reglas de Beijing: «El sistema de justicia de menores hará hincapié en el bienestar de éstos y garantizará que cualquier respuesta a los menores delincuentes será en todo momento proporcionada a las circunstancias del delincuente y del delito».

²⁸⁷ Regla 17.1 a) de las Reglas de: «La respuesta que se dé al delito será siempre proporcionada, no solo a las circunstancias y la gravedad del delito, sino también a las circunstancias y necesidades del menor, así como a las necesidades de la sociedad».

²⁸⁸ Regla 7.1 de las Reglas de Beijing: «En todas las etapas del proceso se respetarán garantías procesales básicas tales como la presunción de inocencia, el derecho a ser notificado de las acusaciones, el derecho a no responder, el derecho al asesoramiento, el derecho a la presencia de los padres o tutores, el derecho a la confrontación con los testigos y a interrogar a éstos y el derecho de apelación ante una autoridad superior».

²⁸⁹ Resolución 45/112, de 14 de diciembre de 1990, Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil. Recuperado (15.01.2017) de: <https://www.crin.org/en/docs/resources/publications/hrbap/IHCRC/UnitedNationsGuidelinesforthePreventionofJuvenileDelinquency.pdf>

juvenil. Del mismo modo, que aquellos criterios regulados para proteger a los menores en riesgo de abandono, desamparo, descuido, abuso o marginación, es decir, menores que se encuentran en situación de peligro o riesgo social y que por ello necesitan una protección y un cuidado especial.²⁹⁰ Estas Directrices junto a las Reglas de Beijing, representan los dos instrumentos más importantes en materia de justicia penal de menores.

Por lo que se refiere a la estructura de las Directrices se dividen en las siguientes partes: una primera parte constituida por los principios fundamentales, una segunda parte que incluye el alcance de las Directrices, una tercera parte dedicada a la prevención general, una cuarta parte que se refiere a los procesos de socialización, una quinta parte que trata sobre la política social, una sexta parte relacionada con la legislación y la administración de la justicia de menores y finalmente, una séptima parte que recoge la investigación, la formulación de normas y la coordinación.

Es precisamente en esta Resolución donde se deja constancia del avance en relación al concepto estricto de delito. Esta concepción estricta «supone el presupuesto necesario para iniciar un proceso contra un menor al habersele imputado la comisión de una infracción penal».²⁹¹ Desde esta perspectiva las Directrices declaran «que se ha de tener en cuenta que los comportamientos de los jóvenes que no se ajustan a los valores y normas generales de la sociedad (...), tienden a desaparecer al llegar a la edad adulta».²⁹² Aunque se inicie el proceso contra el menor por delinquir, se circunscribe básicamente ese comportamiento a un periodo vital concreto. Por otro lado en este texto, se incluyen «*los conceptos de joven "extraviado", "delincuente" o "pre delincuente", lo que contribuye a que los jóvenes desarrollen pautas*

²⁹⁰ Artículo 5 a) y Artículo 24 de las Directrices de Riad: «*Los sistemas de educación deberán cuidar y atender de manera especial a los jóvenes que se encuentren en situación de riesgo (...)*»

²⁹¹ COLÁS TURÉGANO, M.A. (2006). Aspectos penales característicos de la delincuencia juvenil. En J.L. GONZÁLEZ CUSSAC, y M.L. CUERDA ARNAU (coords.), *Estudios sobre la responsabilidad penal del menor*. Colección Estudios jurídicos. Nº 9 (pp. 79-120). Castellón: Publicaciones de la Universidad Jaime I, p.84.

²⁹² RODRÍGUEZ NUÑEZ, A. (2015). Los derechos humanos en el derecho penal juvenil. En J. GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, y A. RODRÍGUEZ NUÑEZ, A. *Política criminal y Derechos Humanos* (pp. 77-115). Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, p. 79.

permanentes de comportamiento indeseable».²⁹³ En definitiva, lo que está claro es que los niños deben ser el centro de atención desempeñando una función activa y participativa en la comunidad, dejando de lado el ser considerados como meros objetos de socialización.²⁹⁴

Se ha de resaltar la importancia de evitar criminalizar al menor, impidiendo así la penalización de aquellas conductas leves gracias a la promoción de una idea menos retributiva y restrictiva. En este sentido, se describe que *«deberá reconocerse la necesidad y la importancia de aplicar una política progresista de prevención de la delincuencia, así como de estudiar sistemáticamente y elaborar medidas pertinentes que eviten criminalizar y penalizar al niño por una conducta que no causa graves perjuicios a su desarrollo ni perjudica a los demás»*.²⁹⁵

Por lo que se refiere a las medidas preventivas, éstas se pueden clasificar en medidas orientadas a la prevención primaria, secundaria y terciaria. Se entiende que la prevención de la delincuencia juvenil es una parte esencial de la prevención social del delito, donde se debe favorecer la socialización e integración eficaz de niños y jóvenes respetando en todo momento el desarrollo personal en pie de la igualdad.²⁹⁶ También se dedica una especial atención a un aspecto clave de todo el proceso preventivo, que es la capacitación y la formación del personal que trabaja con menores.²⁹⁷ Sobre todo, porque se requiere de una formación especial a todos los niveles, para atender sus necesidades y evitar mediante estrategias alternativas que éstos entren a formar parte del sistema judicial.

Otro aspecto destacable, es no hacer uso de medidas restrictivas, degradantes o severas para el menor ni en la familia, ni en la escuela, ni en ninguna institución o centro destinado al cumplimiento de medidas de internamiento. En consecuencia, hay que finalizar diciendo que estas Directrices en materia de menores persiguen como fin la adopción de medidas preventivas a un nivel amplio para evitar el contacto del niño o joven infractor con la ley,

²⁹³ Artículo 5 f) de las Directrices de Riad.

²⁹⁴ Artículo 3 de las Directrices de Riad.

²⁹⁵ Artículo 5 de las Directrices de Riad.

²⁹⁶ Artículo 1 de las Directrices de Riad.

²⁹⁷ Artículos 54 y 58 de las Directrices de Riad.

haciendo partícipes a las instancias gubernamentales. Si por el contrario, no se puede impedir tal contacto con el sistema judicial, solo se recurrirá en última instancia a la pena privativa de libertad cuando así sean necesario.

3.1.3. Reglas para la protección de los menores privados de libertad (Reglas de la Habana)

La Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó el 14 de diciembre de 1990, las Reglas de la Habana mediante la Resolución 45/113.²⁹⁸ Como conjunto de Reglas Mínimas, son una referencia para contrarrestar cualquier efecto perjudicial derivado de una detención, encarcelamiento o internamiento en una institución pública o privada del que no se permita salir al menor por su propia voluntad. La autoridad que supervisa la privación de libertad de un menor debe velar por el respeto de los derechos humanos del mismo, al igual que por aquellos otros derechos que sean compatibles con la reclusión.²⁹⁹

Respecto a la estructura de las Reglas Mínimas se distinguen: las perspectivas fundamentales, el alcance y la aplicación de las reglas, los menores detenidos o en prisión preventiva y por último, la administración de los centros de menores. Del mismo modo que los instrumentos internacionales anteriores, estas Reglas son carentes de vinculación jurídica para los Estados, aunque complementan a las Reglas de Beijing.

No obstante, se asumen como eje central de estas Reglas aquellos aspectos que regulan el régimen de internamiento de los menores. Es de particular interés que este texto se focaliza en la ejecución de las penas y en el establecimiento de pautas básicas en relación con la reclusión de un menor en un centro de internamiento, de cumplimiento o en una prisión preventiva.³⁰⁰ Al fin y al cabo, se trata de establecer y promover un modelo progresista de diseño de prisión

²⁹⁸ Resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990, Reglas para la protección de los menores privados de libertad. Recuperado (15.01.2017) de: <http://www.cidh.org/privadas/reglasnacionesunidasmenores.htm>.

²⁹⁹ Reglas I.3 y II. 12 de las Reglas de la Habana.

³⁰⁰ Reglas IV.29 y 30 de las Reglas de la Habana.

para menores. Como se recoge al principio del texto, la última ratio para considerar el internamiento de un menor, es la pena privativa de libertad o la detención privativa.³⁰¹ Es importante asimismo destacar, la descripción que se hace sobre el personal y los centros de internamiento en relación a las características propias que deberían tener.³⁰²

Para finalizar es importante recordar que el objeto principal de estas Reglas es minimizar y reducir cualquier efecto negativo derivado de la detención de un menor de edad, y de la reintegración del mismo en la sociedad. También estas Reglas están concebidas para servir de referencia a aquellos profesionales e instituciones que participen en la administración de justicia de menores, fomentando el respeto por los derechos del menor y su bienestar físico y mental.

3.2. Normativa comunitaria en materia de delincuencia y justicia juvenil

Por lo que se refiere al marco legislativo aplicable a los menores infractores, conviene tener presente dentro del marco europeo diferentes disposiciones elaboradas tanto por la Unión Europea como por el Consejo de Europa. Como se ha reseñado con anterioridad, el dinamismo en la elaboración e implementación de tales instrumentos en materia de justicia es más relevante por parte del Consejo de Europa.³⁰³ Es por ello, que se va a reflejar y detallar a continuación de manera sucinta los textos jurídicos más significativos en esta materia.

La Unión Europea está menos acomodada «con el fenómeno de la delincuencia juvenil que otras organizaciones internacionales como las Naciones Unidas o el Consejo de Europa, a

³⁰¹ Regla I.1 de las Reglas de la Habana.

³⁰² Regla V. 82 de las Reglas de la Habana: «*La administración deberá seleccionar y contratar cuidadosamente al personal de todas las clases y categorías, por cuanto la buena marcha de los centros de detención depende de su integridad, actitud humanitaria, capacidad y competencia profesional para tratar con menores, así como de sus dotes personales para el trabajo*».

³⁰³ Sin embargo, el Consejo de Europa hasta el año 1978 realizaba Resoluciones, pero es a partir de 1979 cuando elabora solo Recomendaciones, cuyos destinatarios no están vinculados jurídicamente a ellas, aunque tienen efectos jurídicos y políticos importantes. *Vid.* LINDE PANIAGUA, E. (2009). Las fuentes del derecho comunitario. En P. MELLADO PRADO, E. LINDE PANIAGUA, y M. GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA. *Instituciones de derecho comunitario* (pp. 281-340). Madrid: Colex, p.317.

pesar del proceso de diseño de un modelo de intervención común a todos los Estados miembros con los menores infractores». ³⁰⁴ Se justifica en parte, ya que ha estado inmersa en materia económica para la integración monetaria y el establecimiento de un mercado común, alejándose de los asuntos de naturaleza penal juvenil.

Es por ello, que los instrumentos comunitarios en el seno del Consejo de Europa en materia de justicia juvenil- que versan sobre infancia y adolescencia y que fueron emitidos en forma de Recomendaciones por el Comité de Ministros más notables son:

- Recomendación (87)20, de 17 de septiembre de 1987, sobre reacciones sociales ante la delincuencia juvenil.
- Recomendación (2000)20, de 6 de octubre de 2000, sobre el papel de una intervención psicosocial temprana para prevenir la criminalidad.
- Recomendación (2003)20, de 24 de septiembre de 2003, relativa a las nuevas formas de tratamiento para la delincuencia juvenil y la función de la justicia juvenil.
- Recomendación (2008)11, de 5 de noviembre de 2008, Reglas europeas para infractores menores de edad sometidos a sanciones o medidas.

Podría decirse, que además de colaborar el Consejo de Europa en el sistema penal juvenil con una serie de Recomendaciones, han contribuido en la configuración de diversas Directivas derivadas del derecho comunitario. Estas Directivas se transponían a cada uno de los Derechos nacionales, donde sus destinatarios eran los Estados miembros (aunque también

³⁰⁴ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. (2014). *IV Plan de justicia juvenil, Tomo I*. Donostia-San Sebastián:Gobierno Vasco, p. 16. Si bien es cierto que la UE integrada por Estados europeos no tiene el «*ius puniendi*», a pesar de la frustada constitución en la que desplegaba una fórmula que no se aprobó, para recoger la mayor parte de su contenido en el posterior Tratado de Lisboa en el que se regulan además algunos delitos. Aunque es verdad, que en 2011 se presentó por parte de la Comisión Europea una comunicación titulada *Hacia una política de derecho penal de la UE: garantizar la aplicación efectiva de las políticas de la UE mediante el derecho penal*.

puede haber efecto directo sobre los ciudadanos europeos).³⁰⁵ Así por ejemplo cabe mencionar, la Directiva (UE) 2016/800 del Parlamento europeo y del Consejo de 11 de mayo de 2016 relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales, que establece como objeto el derecho a un juicio justo, la prevención de la reincidencia y la fomentación de la inserción social del menor.³⁰⁶

3.2.1. Recomendación (87)20, de 17 de septiembre de 1987, sobre reacciones sociales ante la delincuencia juvenil

La Recomendación del Comité de Ministros (87)20 sobre reacciones sociales ante la delincuencia juvenil,³⁰⁷ insta a los Estados a revisar si fuera preciso su legislación y práctica con el objetivo fundamental de la prevención de la delincuencia juvenil y de la desjudicialización, teniendo presente en todo momento la personalidad y desarrollo del menor, al igual que sus necesidades específicas. Los ámbitos que abarcan dicha Recomendación son: I. la prevención, II. la desjudicialización, III. la justicia de menores, IV. la intervención y V. las investigaciones.

Gracias a la promoción y la influencia de investigaciones de diversa índole, como las criminológicas, se desarrollan estrategias con base en diversas modalidades como la: prevención situacional (reduciendo el número de oportunidades en el entorno físico), prevención social (mejorando la calidad de vida mediante políticas sociales, económicas y familiares) y prevención comunitaria (asistencia familiar y escolar).³⁰⁸ En cuanto a los procesos de desjudicialización (*diversión*), se potencia la mediación penal y policial³⁰⁹ para evitar la intervención judicial tradicional (retributiva) en aras de apostar por una justicia más

³⁰⁵ LINDE PANIAGUA, E. Las fuentes del derecho comunitario..., op. cit., p.310.

³⁰⁶ Sobre las líneas básicas de esta Directiva puede consultarse GÓMEZ DE LIAÑO POLO, C. (2016). Garantías procesales de menores sospechosos o acusados en proceso penales. *Crónica de legislación*, 4, 182-185.

³⁰⁷ Recomendación (87)20, de 17 de septiembre de 1987, sobre reacciones sociales ante la delincuencia juvenil. Recuperado (15.01.2017) de: http://archivo.transnazionalita.isfol.it/file/CoE_Rec_R87-20%20Eng.pdf.

³⁰⁸ VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C. (2005). *Derecho penal juvenil europeo*. Madrid: Dykinson, p. 99.

³⁰⁹ Artículo 2 de la Rec(87)20: «(...) en los países donde la Policía tenga funciones de persecución a fin de evitar a los menores la asunción por el sistema de justicia penal (...)».

restaurativa. Las medidas de internamiento se consideran como último recurso, en favor de las medidas alternativas.

Mediante esta Recomendación se instó según Cruz Parra a,

Los gobiernos a revisar su legislación y su práctica, recomendando esa desjudicialización y mediación bajo la égida del propio órgano de persecución o de la policía, según cual sea el competente en cada país, con el fin de evitar que las personas menores de edad ingresen en la espiral nociva del sistema de justicia penal y padezcan sus consecuencias.³¹⁰

Bajo el epígrafe III *Justicia de menores* se incluyen cuestiones interesantes relacionadas con el sistema de justicia penal juvenil. Una de ellas es la promoción de una justicia de menores más rápida para favorecer una acción educativa eficaz sobre el menor (principio de celeridad).³¹¹ Del mismo modo, se evita que éste entre en contacto con la jurisdicción de adultos.³¹² Por otro lado, se pretende impedir en la medida de lo posible tanto la detención preventiva como provisional del menor.³¹³

No hay duda que cualquier intervención que se lleve a cabo con menores infractores debe realizarse en su ambiente natural vital.³¹⁴ Se ha de dar preferencia a la integración social y a la formación personal y profesional del menor. En general, aunque esta Recomendación no tiene carácter vinculante se aconseja a los Estados revisar sus legislaciones internas con miras a prevenir la delincuencia juvenil y teniendo en cuenta algunos textos anteriores en materia de menores, como son las Reglas de Beijing.

³¹⁰ CRUZ PARRA, J.A. (2014). *La mediación penal. Problemática y soluciones*. Granada: Autopublicación Libros, p. 253.

³¹¹ Artículo 4 de la Rec(87)20.

³¹² Artículo 5 de la Rec(87)20.

³¹³ Artículos 6 y 7 de la Rec(87)20.

³¹⁴ Artículo 11 de la Rec(87)20.

3.2.2. Recomendación (2000)20, de 6 de octubre de 2000, sobre el papel de una intervención psicosocial temprana para prevenir la criminalidad

Esta Recomendación (2000)20, de 6 de octubre de 2000, sobre el papel de una intervención psicosocial temprana para prevenir la criminalidad,³¹⁵ se centra principalmente en una prevención primaria y secundaria de la delincuencia juvenil en el que se reflexiona sobre la idea de cooperación por parte de la sociedad. Se destaca la «necesidad de poner en marcha estrategias globales de prevención del delito y comportamiento delictivo antes de que los menores entren a formar parte del sistema de justicia penal».³¹⁶ Dicha prevención se ha de orientar hacia una intervención psicosocial temprana ya que quien empieza a delinquir a una edad temprana, tiene mayor riesgo de comprometerse a una conducta criminal seria. Esto se cita, porque existen evidencias criminológicas que relacionan la comisión de hechos delictivos con la precocidad de un sujeto.

Este texto define la intervención psicosocial temprana como una medida o actividad dirigida a los niños en situación de riesgo, para que reduzcan durante esa etapa concreta un probable contacto futuro con una conducta criminal persistente.³¹⁷ Del mismo modo, se recoge en el texto la definición de los factores de riesgo y de los factores de protección.³¹⁸ Ambos factores pueden ser características individuales o socioeconómicas, culturales, demográficas u otro tipo de circunstancias que incrementan o que, en el caso de los factores de protección, ayudan a neutralizar la futura conducta criminal de un menor.

Cualquier programa llevado a cabo debe respetar el superior interés del menor en beneficio de las familias de los menores y de la comunidad en general, respetando los principios de

³¹⁵ Recomendación (2000)20, de 6 de octubre de 2000, sobre el papel de una intervención psicosocial temprana para prevenir la criminalidad. Recuperado (15.05.2017) de: <http://polis.osce.org/node/4701.pdf>.

³¹⁶ FERRANDIS TORRES, A., DÍEZ SÁNCHEZ, M., ALONSO SANZ, C., y VÉLAZ DE MEDRANO, C. (coords.) (2009). *Educación y protección de menores en riesgo: un enfoque comunitario*. Barcelona: Graó de Irif, p.182.

³¹⁷ Artículo I.1 de la Rec(2000)20.

³¹⁸ *Ibid.*

proporcionalidad, no estigmatización y de no discriminación.³¹⁹ Las medidas deben estar dirigidas a la neutralización de los factores de riesgo que estén presentes en la vida del menor. Entre ellos se pueden encontrar características criminógenas dentro de la familia, la escuela, el vecindario o el grupo de iguales. De la misma manera, las medidas orientadas a la promoción de los factores favorables deben reforzar las capacidades cognitivas, sociales, al igual que la relación parental y en el entorno escolar.³²⁰

La cooperación entre las diferentes agencias locales, regionales y nacionales es fundamental para la intervención con menores en situación de riesgo. La implementación de los programas y estrategias psicosociales deben ir orientados a la protección de los mismos en el ámbito sanitario, social y educativo.³²¹

No obstante, cabe señalar que la prioridad de esta Recomendación pivota sobre la investigación basada en la detección de los factores de riesgo asociados a la criminalidad, aunque también por otra parte, se impulsa la colaboración entre las diferentes agencias nacionales e internacionales. Contando para ello, con los distintos estamentos de la comunidad científica tanto para el diseño como para la implementación de los programas preventivos.

3.2.3. Recomendación (2003)20, de 24 de septiembre de 2003, relativa a las nuevas formas de tratamiento para la delincuencia juvenil y la función de la justicia juvenil

La Recomendación (2003)20, de 24 de septiembre de 2003, del Comité de Ministros del Consejo de Europa relativa a las nuevas formas de tratamiento para la delincuencia juvenil y la función de la justicia juvenil,³²² tomando en consideración las dos Recomendaciones

³¹⁹ Artículo II.1 de la Rec(2000)20.

³²⁰ Artículo II.4 de la Rec(2000)20.

³²¹ Bajo el epígrafe III *Niños en riesgo*.

³²² Recomendación (2003)20, de 24 de septiembre de 2003, relativa a las nuevas formas de tratamiento para la delincuencia juvenil y la función de la justicia juvenil. Recuperado (16.01.2017) de: [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/prisons/PCCP%20documents%202013/Rec\(2003\)20_E.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/prisons/PCCP%20documents%202013/Rec(2003)20_E.pdf).

anteriores «invita a implantar nuevas medidas innovadoras que permitan el desarrollo de la mediación en materia de delincuencia juvenil».³²³ Realmente se abren nuevas vías para el tratamiento de la delincuencia y así se reflejan «en el punto III.8 donde se aborda la delincuencia violenta y persistente gracias a sanciones más innovativas y proporcionales».³²⁴ Como parte de la estrategia contra la delincuencia juvenil se apuesta por evitar el sistema clásico. Se precisan de medidas alternativas como la reparación del daño o la mediación al proceso penal. De esta manera como se deslizaba, se fomentan y expanden las herramientas restaurativas en menores con un historial violento al implicar a su entorno en el tratamiento.

La norma se estructura en varios puntos que son: definiciones, aproximación estratégica, nuevas respuestas, implementación, derechos y garantías y por último, monitorización, evaluación y disseminación de la información.

Se ofrece una visión más amplia del concepto de sistema de justicia juvenil, ya que se propicia la respuesta multiagencia y multidisciplinar («*multi-agency and multidisciplinary*»). Un trabajo conjunto reforzado entre las instituciones oficiales del control social formal y otros actores de la sociedad civil como ONGs. Al mismo tiempo, como se refleja a lo largo del texto, se otorga una participación de carácter más relevante al círculo próximo del menor infractor propiciando vías de reparación y restauración a la víctima. Se promueve la presencia y la cooperación entre las instituciones locales llevando a cabo un seguimiento y una evaluación de todas las políticas e intervenciones con menores, para difundir así la información sobre la eficacia del trabajo con los jóvenes.

Entre los objetivos de la mejor estrategia de aproximación-bajo el epígrafe («II. *A more strategic approach*»)-hacia el sistema de justicia de menores, se distinguen la prevención de la delincuencia primaria juvenil y de la reincidencia. También, otro objetivo fundamental es la resocialización y la reinserción progresiva de los delincuentes en la sociedad. Por último pero

³²³ CRUZ PARRA, J.A. *La mediación penal. Problemática...*, op. cit., p.254.

³²⁴ Instrucción 10/2005 de la Fiscalía General del Estado, sobre el tratamiento del acoso escolar desde el sistema de justicia juvenil, p.40.

no menos importante, otro descrito en este punto refiere a las necesidades e intereses de las víctimas, gracias a la promoción de nuevos métodos para afrontar la delincuencia juvenil.

En todo caso hay que constatar que en relación a la culpabilidad, se hace mención en el texto al mejor reflejo respecto al contenido de la edad y la madurez del menor delincuente en este instrumento jurídico, estando en sintonía con el desarrollo del menor y, aplicándose de manera progresiva las medidas penales mientras a medida que aumenta su responsabilidad individual.³²⁵ Siguiendo el análisis de este punto y como afirma Cámara Arroyo, «aparece el término *culpabilidad* en este instrumento normativo aunque es de escasa utilización por el estigma penal que implica, y por las repercusiones que representan para el marco internacional».³²⁶

3.2.4. Recomendación (2008)11, de 5 de noviembre de 2008, Reglas europeas para infractores menores de edad sometidos a sanciones o medidas

El objetivo de esta Recomendación (2008)11 plantea la protección de los menores infractores que están sometidos a medidas o sanciones con la finalidad de promover su bienestar físico, psíquico y social.³²⁷ Las presentes Reglas avanzarán «en dos direcciones: para los jóvenes sometidos a cualquier forma de medidas aplicadas en la comunidad, y para los jóvenes detenidos, en la lógica de las Reglas de la Habana».³²⁸

Nuevamente se diferencian varias partes en estas Recomendaciones que son: Parte I (principios básicos, ámbito y definiciones), Parte II (marco legal, condiciones de ejecución y

³²⁵ III de la Rec(2003)20.

³²⁶ CÁMARA ARROYO, S. *Internamiento de menores y sistema penitenciario...op.cit.*, p. 460.

³²⁷ Recomendación (2008)11, de 5 de noviembre de 2008, Reglas europeas para infractores menores de edad sometidos a sanciones o medidas. Recuperado (16.01.2017) de: https://www.Fiscal.es/Fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/MN_Recomendacion_2008_11.pdf?idFile=023b5d10-4510-445d-8d7a-370beb39cebe.

³²⁸ DÜNKEL, F., y CASTRO, A. (2012). Reglas Europeas para infractores menores de edad sometidas a sanciones o medidas. *Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica*, (4), 93-122.

consecuencias del incumplimiento), Parte III (privación de libertad con una parte general y sus particularidades, y una parte especial), Parte IV (consejos y asistencia jurídica), Parte V (procedimientos de quejas, inspecciones y controles), Parte VI (personal), Parte VII (evaluación, investigación, trabajo con los medios de comunicación y con el público) y Parte VIII (actualización de las reglas).

Uno de los principios básicos de las mismas, es el respeto de los derechos humanos de los menores infractores sometidos a tales sanciones o medidas. Se respetan así, los estándares en materia de Derechos Humanos de los textos internacionales ampliamente conocidos en el marco de las Naciones Unidas pero también se consideran otras normas europeas pertinentes. Estas medidas y sanciones pueden ser aplicadas como se ha nombrado anteriormente, en la comunidad o en cualquier otra forma donde haya una privación de libertad del menor. La imposición de cualquier sanción o medida sobre un infractor menor de edad va a llevar consigo, la inequívoca imposición del respeto por los principios de integración social, educación y prevención de la reincidencia.³²⁹

Además en la aplicación de las mismas, se debe tener en cuenta como se ha considerado en otros instrumentos ya descritos, el principio del interés superior del menor. Se considera, la edad en función de las disposiciones legales establecidas en cada país³³⁰ y el bienestar físico y mental del menor. Del mismo modo, las autoridades en la ejecución de tales sanciones o medidas no deben mostrar ningún tipo de trato discriminatorio, ni exceder el tiempo estrictamente necesario.³³¹ En el mismo sentido, la privación de libertad para los menores de edad debe ser considerada como última opción. Se tiene que evitar en la medida de lo posible la prisión preventiva. Se promueve así, la aplicación de medidas restaurativas y de mediación

³²⁹ Principio básico A.2 de la Rec(2008)11.

³³⁰ El Consejo de Europa recomienda que la edad del menor «no podrá ser muy baja» y se debe recurrir a las «disposiciones legales» de cada Estado miembro para establecer la edad mínima a partir de la cual al menor se le puede imponer una sanción o medida. Principio básico A.4 de la Rec(2008)11.

³³¹ Principios básicos A.7 y 9 de la Rec(2008)11.

en todas las fases del proceso de tratamiento con menores.³³² El menor, debe poder participar en la imposición y en la ejecución de las posibles sanciones y medidas.

En relación al tratamiento del menor, éste deberá tener un enfoque no solo multidisciplinar sino también multi-institucional.³³³ Para ello, es necesario una formación y especialización adecuada por parte de los profesionales que traten con menores infractores gracias a los modelos de conducta positivos y de calidad. La investigación criminológica y el uso de la recogida de estadística en el marco del derecho comparado se fomenta.³³⁴ Ello es necesario y útil para prevenir la reincidencia, y evaluar el fracaso o el éxito de las medidas y sanciones impuestas a los jóvenes.

En resumen y tras analizar las diferentes Recomendaciones en materia de justicia juvenil y viendo que en la mayoría de ellas se repite la misma línea argumental en relación a las cuestiones de la delincuencia juvenil y del sistema de justicia penal, cabe decir que a pesar de no ser vinculantes para el Estado por tener carácter de «*soft law*», sí que es cierto que los órganos jurisdiccionales se han pronunciado al respecto. A modo de ejemplo, el Tribunal Constitucional Federal alemán en una sentencia del año 2006 estableció «que no deben desvalorarse pues cumplen una tarea importante en la interpretación de las normas internas y contienen parámetros mínimos que deben ser considerados por las autoridades a la hora de diseñar políticas públicas (*BVerGE* 6, 309, 361, f)».³³⁵

³³² Parte II de la Rec(2008)11 en relación al marco jurídico.

³³³ Parte VI.129.3 h) de la Rec(2008)11.

³³⁴ Parte VII.137 de la Rec(2008)11.

³³⁵ CASTRO MORALES, A., y SALINAS FERNÁNDEZ, E. (2016). Alemania. En C. NIETO MORALES (coord.), *La intervención comparada en menores en desprotección y en conflicto con la ley en diferentes países* (pp. 8-16). Madrid: Dykinson, p.10.

4. La regulación de la figura del menor en el ámbito penal

Como se ha podido analizar previamente, existen numerosos instrumentos relevantes en materia de la infancia y adolescencia, y de los sistemas de justicia en el ámbito internacional pero sobre todo en el ámbito comunitario, los cuales han incidido particularmente en las legislaciones de ambos países, en términos de armonizar y homogenizar cuestiones relativas a la jurisdicción de menores de aplicación en los Estados miembros. Se favorece el marco comunitario que promueve esa protección de la infancia y adolescencia, impulsando la actividad preventiva y de supervisión de las leyes penales existentes, adecuándolas a las necesidades especiales de los menores.

Los modelos de tratamiento de la delincuencia protagonizada por menores en el contexto europeo han experimentado grandes cambios en los últimos tiempos. Estas transformaciones se englobaban desde un modelo punitivo propio de la escuela clásica, en el cual, los menores eran equiparados a los adultos, al actual modelo de responsabilidad que conjuga lo educativo con lo garantista del sistema judicial.³³⁶ Diversos estudios criminológicos en España muestran resultados reveladores sobre los daños y riesgos que derivaban de ese modelo punitivo, sobre todo de las penas privativas de libertad.³³⁷ Ya lo expresaba Tamarit Sumalla, la educación es fundamental en un país, «porque invertir en educación exhibe mejores indicios de suavidad punitiva en población penitenciaria y duración del encarcelamiento».³³⁸ Lo que no se debe olvidar, es que cualquier tipo de intervención o sanción impuesta por el Estado debe ser

³³⁶ VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C. (2009). La responsabilidad penal de los menores en Europa. En Agencia para la Reeducación y Reinserción del Menor Infractor (ARRMI). Instituto Madrileño de Administración Pública (IMAP), *I Congreso Internacional de Responsabilidad penal de Menores: Hacia un modelo compartido de reeducación y reinserción en el ámbito Europeo* (pp. 67-76). Madrid, p.67.

³³⁷ Sobre la concepción del modelo punitivo aplicado en menores y los riesgos inherentes del mismo, algunas investigaciones destacadas como la de BERNUZ BENEITEZ, M.J., y FERNÁNDEZ MOLINA, E. (2008). La gestión de la delincuencia juvenil como riesgo. Indicadores de un nuevo modelo. *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (10-13), 1-20. Cfr. BRANDARIZ GARCÍA, J.A. (2016). *El modelo gerencial-actuarial de penalidad. Eficiencia, riesgo y sistema penal*. Madrid: Dykinson.

³³⁸ A pesar de cómo dice el autor «en los países con porcentajes altos de encarcelamiento de la población juvenil y al margen de ciertas particularidades, quedaría pendiente la verificación de si el sistema penal ejerce una mayor presión sobre la población juvenil, en el sentido de encarcelarla más que la población adulta». TAMARIT SUMALLA, J.M.(2007). Sistema de sanciones y política criminal. Un estudio de Derecho comparado europeo. *Revista electrónica ciencia penal y criminología. RECPC*, (09-06), 1-40, p.26.

acorde al menos en gran medida a las investigaciones que versan sobre la delincuencia de menores llevadas a cabo por la ciencia criminológica en los países europeos.

Es de interés señalar, que a pesar de que a lo largo del tiempo el tratamiento penal de los menores en Europa ha sufrido diferentes enfoques y concepciones, se alcanza un nuevo modelo de responsabilidad o justicia en donde los menores son titulares de derechos al igual que los adultos. Aunque como se evidencia, demandando una protección especial en el marco del derecho penal de menores. Ciertamente, se ha demostrado que los menores de edad no responden bien ante los castigos punitivos,³³⁹ ya que desde un punto de vista preventivo, la pena no es completamente eficaz como respuesta jurídica. Lo mismo ocurre en el caso de los menores reincidentes.³⁴⁰ De hecho, en el caso de este grupo se tiende a un castigo más ejemplarizante. Son, al fin y al cabo, *castigos mayores* para menores que reinciden, como parte de la estrategia de una teoría criminológica concreta³⁴¹, «que predice que la pena de prisión será más efectiva en la reincidencia en contraposición a otro tipo de medidas».³⁴²

Además, como se afirma en la literatura científica que está basada en la evidencia empírica, es claro que los menores de edad no pueden someterse al ámbito que impera para los adultos.³⁴³

³³⁹ AIZPURÚA GONZÁLEZ, E., y FERNÁNDEZ MOLINA, E. (2011). Información, ¿antídoto frente al populismo punitivo?. Estudio sobre las actitudes hacia el castigo de los menores infractores y el sistema judicial juvenil. *Revista Española de Investigación Criminológica. REIC*, (9), 1-29, p.23. Para saber más, PÉREZ JIMÉNEZ, F. (2006). *Menores infractores, estudio empírico de la respuesta penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.

³⁴⁰ De manera genérica la firmeza punitiva es evidente en la reincidencia. Para conocer más sobre esta cuestión SERRANO MAÍLLO, A. (2015). *Firmeza frente al delito, inseguridad y valores postmateriales en la modernidad tardía. Un análisis de la agravación por reincidencia como ejemplo de las tendencias punitivas contemporáneas* (Tesis doctoral). UNED, Madrid. En el caso de los menores reincidentes en el ámbito internacional, KURY, H. & SHEA, E. (eds.) (2011). *Punitivity. International development. Vol.2: Insecurity and Punitiveness*. Bochum: Universitätsverlag Dr. Brockmeyer.

³⁴¹ CID MOLINÉ, J. (2007). ¿Es la prisión criminógena? (un análisis comparativo de reincidencia entre la pena de prisión y la suspensión de la pena). *Revista de derecho penal y Criminología, UNED*,(19), 427-456, p. 450. Al respecto, el autor mantiene que «la teoría de la prevención especial negativa (en el sentido de que una primera experiencia de encarcelamiento es la que lleva a una reducción del delito) no sirve para explicar la disminución de la reincidencia en comparación a una pena alternativa, en cambio la teoría del etiquetamiento es compatible con la mayor tasa de reincidencia en personas condenadas a prisión». Al contrario, otros autores defienden la influencia de la teoría de la prevención especial negativa como WINDZIO, M.(2006). Is there a deterrent effect of pains of imprisonment? The impact of «social costs» of first incarceration on the hazard rate of recidivism. *Punishment & Society*, 341-364.

³⁴² CID MOLINÉ, J. ¿Es la prisión criminógena? un análisis comparativo..., op. cit., p. 451.

³⁴³ Entre otros, MCAULEY, M. & MCDONALD, K.I. (2007). Russia and youth crime. A comparative study of

Entre las razones esgrimidas, se reconoce el desarrollo evolutivo de los menores «con ciertas características que mitigan su responsabilidad e intensifican su sensibilidad al tratamiento».³⁴⁴ Además, en la justicia juvenil se apuesta por una respuesta socioeducativa reintegradora alejada de las medidas más restrictivas pero en pro de las medidas alternativas a la prisión. Por el contrario, el sistema de adultos no se caracteriza por una vocación educativa, por lo que hay una asunción de que el enjuiciamiento y ese tratamiento educativo deben ser diferenciados con los menores, sin perjuicio de las garantías comunes junto a los adultos. En resumen, los menores de edad tienen un sistema de justicia especializada, y así se desprende de los textos internacionales y comunitarios antes descritos.³⁴⁵ Por esta razón, la respuesta ante la problemática del menor ha de ajustarse a las características particulares del hecho, a las circunstancias personales y a las de cualquier otra índole.

Por estos motivos, para una mayor confianza en el correcto funcionamiento del orden jurídico, se impone una medida de seguridad, tratamiento o pena al menor infractor diferente a la pena impuesta para un adulto, con la pretensión de que el menor no delinca más, de esta manera se afronta el peligro futuro atajándolo y se muestra la eficacia funcional del ordenamiento jurídico.³⁴⁶ No obstante, el objetivo en menores como en adultos es la reinserción social y que no vuelva a delinquir, aunque es verdad que en jóvenes y adolescentes las oportunidades de cambio son mucho mayores.

Sin embargo, se pone en cuestión si estamos frente a un derecho penal de la seguridad, manifestándose mediante un endurecimiento de la respuesta judicial punitiva ante el delito,

attitudes and their implications. *British Journal of Criminology*, 47(1), 1-22, p. 4. MEARS, D.P., HAY, C., GERTZ, M. & MANCINI, C. (2007). Public opinion and the foundation of the Juvenile Court. *Criminology*, 45(1), 223-257, p. 228.

³⁴⁴ AIZPURÚA GONZÁLEZ, E., y FERNÁNDEZ MOLINA, E.(2014). ¿Procedimientos de adultos para delitos mayores? Una aproximación a la opinión pública hacia la transferencia de los menores infractores a tribunales ordinarios. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 16(16), 1-18, p. 3.

³⁴⁵ En consonancia, sobre todo en el ámbito internacional con la Convención de los Derechos del Niño y las Reglas de Beijing y en el ámbito comunitario con las Recomendaciones más significativas ya descritas en este trabajo. Al margen, que se consideren otra normativa elaborada en el marco europeo.

³⁴⁶ MARTÍN LÓPEZ, M. T. (2000). Consideraciones sobre la delincuencia de menores. En M.T. MARTÍN LÓPEZ (coord.), *Justicia con menores: menores infractores y menores víctimas* (pp. 101-142). Castilla-La Mancha: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, p.120.

sobre todo en el grupo de menores más conflictivos.³⁴⁷ En efecto, «se protege el valor de la seguridad a través del derecho penal en general y en el ámbito de menores en particular, al tener cada vez más entidad».³⁴⁸ En ocasiones, las funciones de la justicia penal de menores se identifican y se mezclan con las propias del derecho penal de adultos.

4.1. El ordenamiento penal español en relación al menor infractor

4.1.1. Consideraciones históricas previas

Si hacemos un recorrido histórico sobre cómo ha sido el tratamiento penal del menor, se distinguen diversos modelos que se adecuan a dicho tratamiento según el periodo y contexto propio de la época. Siguiendo a Colás Turégano, encontramos tres etapas claramente diferenciadas que corresponderían a una: etapa pretutelar, modelo tutelar y modelo de justicia.³⁴⁹

La autora destaca tres puntos importantes en la etapa pretutelar (siglo XIX): a) en la mayoría de ocasiones se otorga un mismo trato a niños y a adultos en las instituciones especializadas (conviviendo adultos con niños en las prisiones), b) cierta equivocación entre reforma y protección y c) una voluntad por la educación mostrada mediante alguna iniciativa. En el modelo tutelar ya en el siglo XX, se aprueban las primeras leyes específicas,³⁵⁰ y se establece

³⁴⁷ Aunque luego se desarrolle en el apartado correspondiente a las reformas de la LORRPM, véase que la LO 7/2000, en principio relativa a delitos de terrorismo, fue aprovechada para introducir un incremento de la duración de la medida de internamiento para delitos graves, pero que no necesariamente tienen que ver con el terrorismo, como son el asesinato, homicidio (doloso), los abusos sexuales cualificados o la violación.

³⁴⁸ BERNUZ BENEITEZ, M.J. (2005). Justicia de menores española y nuevas tendencias penales. *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (7), 1-23, p. 12.

³⁴⁹ COLÁS TURÉGANO, M. A. (2002). Presupuestos de la responsabilidad penal del menor. En V. CERVELLÓ DONDERIS, y M.A. COLÁS TURÉGANO. *La responsabilidad penal del menor* (pp. 15-100). Madrid: Tecnos, pp. 16-18. También el modelo tutelar es llamado asistencial o paternalista, y el modelo de justicia es conocido como de responsabilidad o de protección integral. Cfr. EZEQUIEL CRIVELLI, A. (2014). *Derecho penal juvenil. Un estudio sobre la transformación de los sistemas de Justicia penal juvenil*. Montevideo: B de F, pp. 67 y ss.

³⁵⁰ Ley de Tribunales para Niños de 25 de noviembre de 1918, y la Ley Tutelar de Tribunales de Menores (LTTM) y el Reglamento que habilita su ejecución, aprobados por decreto de 11 de junio de 1948.

una jurisdicción de menores cuyos Tribunales³⁵¹ eran competentes para enjuiciar a menores delincuentes y a menores necesitados de protección. Esta Ley Tutelar de Tribunales de Menores es una de las más importantes, elaborada una vez que finaliza la Guerra Civil y se va afianzando el régimen dictatorial del gobierno franquista. Durante esa época, los Tribunales conocían y enjuiciaban delitos y faltas³⁵² cometidos por menores de 16 años de edad, donde las medidas que se imponían eran «de carácter ilimitado sujetas a que el menor cumpliera la mayoría de edad civil o lograra su corrección».³⁵³ En España debido a ese régimen franquista, hubo un problema legislativo a la hora de afrontar cuestiones transcendentales relativas a los menores de edad y a la protección de sus derechos humanos fundamentales.

Como sigue, ya en los años 80 se transfieren las competencias de protección de menores a las CC.AA. Una vez consolidada la democracia en nuestro país y a pesar de que durante años estuvo vigente el modelo tutelar, se produce un cambio al sustituirse los Tribunales Tutelares de Menores por los Juzgados de Menores al incluirse en esa organización territorial del Estado español.³⁵⁴ Durante el periodo del modelo de justicia con los primeros indicios de transformación y ya con nuestra CE vigente, se declaran inconstitucionales algunas disposiciones de la LTTM.³⁵⁵ Aunque sí que es verdad, que esta legislación estuvo vigente hasta la aprobación de la LO 4/1992,³⁵⁶ que modifica sustancialmente la LTTM adaptándola a la CE y a los estándares internacionales. De hecho, en este modelo de justicia «se han

³⁵¹ Los Tribunales estaban formados por un Licenciado en Derecho (aunque a veces lo configuraban personas sin conocimiento jurídico) que decidía la medida a imponer según las circunstancias que rodeaban al menor, pero sin garantías procesales y penales, y no en relación al hecho cometido. Su finalidad era de amparo y de guarda, y la naturaleza de los Tribunales Tutelares era administrativa y de carácter paternalista.

³⁵² Los delitos y las faltas tipificados en las leyes municipales y provinciales, así como también los comportamientos de aquellos menores que mostraban una *conducta irregular* en virtud del art. 9.1 de la LTTM. Para saber más sobre la regulación penal de los menores en la dictadura franquista, *vid.* AMICH ELÍAS, C. (2009). Normativa jurídico-penal sobre infancia y juventud delincuente en la dictadura franquista. *Cuadernos de historia del derecho*, (16), 75-109.

³⁵³ EZEQUIEL CRIVELLI, A. *Derecho penal juvenil...*, op. cit., p. 150.

³⁵⁴ LANDROVE DÍAZ, G. (2001). *Derecho penal de menores*. Valencia: Tirant lo Blanch, p.82.

³⁵⁵ El Tribunal Constitucional declaró mediante Sentencia 36/1991, de 14 de febrero, inconstitucional el art. 15 de la LTTM, el cual regulaba el procedimiento que era aplicable en ejercicio de la facultad de corrección y reforma. Para un análisis detallado de la Sentencia, *vid.* VIVES ANTÓN, T. (1995). *La libertad como pretexto*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 337 y ss.

³⁵⁶ Ley 4/1992, de 5 de junio, reguladora de la Competencia y el Procedimiento en los Juzgados de Menores.

inspirado la mayoría de las legislaciones penales juveniles de Europa y Latinoamérica (...) en este sentido pueden mencionarse países como Alemania y España que obedecen a los parámetros generales de este modelo». ³⁵⁷ En síntesis, es importante destacar por tanto una normativa preconstitucional y otra postconstitucional en nuestro país. ³⁵⁸ Esta distinción se da en relación al establecimiento actual de un marco legal flexible que aúna la naturaleza educativa y penal de la ley, en contraposición al antiguo modelo asistencial que no incluía la consagración de los principios y garantías para menores infractores, y que no separaba la función de reforma de la de protección.

Durante todo ese proceso evolutivo de las legislaciones penales en nuestro país, cabe reseñar a grandes rasgos que debido a diversos criterios y modelos se va fijando la edad mínima en la que un menor puede someterse a la ley penal. En palabras de Ventas Sastre:

Desde el proceso de Codificación penal en España, la minoría de edad ha sido reconocida de manera unánime por la doctrina como una de las causas que excluyen, sin admitir prueba en contrario, la responsabilidad criminal conforme a la totalidad del ordenamiento jurídico, pese a que los distintos Códigos punitivos no hayan mencionado de manera expresa el fundamento de dicha exclusión. Sin embargo, conviene precisar que los Códigos españoles del siglo XIX solo reconocían esta presunción, *iuris et de iure*, de exclusión de la responsabilidad criminal para una primera edad, pues respecto de un segundo periodo, que podía comprender hasta los diecisiete años (Código Penal de 1822) o hasta los quince (Códigos de 1848-50 y 1870), establecían un criterio biopsicológico, al exigir la ausencia de discernimiento en el menor como fundamento de exención de la responsabilidad criminal. ³⁵⁹

³⁵⁷ EZEQUIEL CRIVELLI, A. *Derecho penal juvenil...*, op. cit., pp.104 y 105.

³⁵⁸ De hecho como manifiesta Dolz Lago, «(...) no fue una prioridad del legislador postconstitucional ya que tuvieron que transcurrir 21 años desde la aprobación de la Constitución española de 1978, para que los menores infractores penales dispusieran de una ley específica que regulara su responsabilidad penal (...)». En DOLZ LAGO, M.J. (2007). *Comentarios a la Legislación Penal de Menores. Incorpora las últimas reformas legales de la LO 8/2006*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 29.

³⁵⁹ VENTAS SASTRE, R. (2002). *La minoría de edad penal*. (Tesis doctoral). Universidad Complutense, Madrid, p. 73. Recuperado (09.05.2017): <http://biblioteca.ucm.es/tesis/der/ucm-t26341.pdf>.

Más allá de estas circunstancias y al margen de los avances y las deficiencias en la legislación penal de menores a lo largo de la historia, uno de los aspectos importantes se proyecta sobre la aplicación de la legislación. En lo que respecta a la consideración del presupuesto de la responsabilidad penal de los menores, se tiene en cuenta un límite mínimo y un límite máximo. Es verdad, que en términos generales la determinación de los límites mínimos y máximo de la edad penal presenta algunas discrepancias. Aunque sin entrar a hacer valoraciones al respecto, solo es preciso reflejar en este punto cuales son las delimitaciones en ambas legislaciones penales de menores. Tanto la doctrina criminológica como la doctrina penalista, ha ido imponiendo la corriente predominante en favor de un sistema penal donde se establezcan unos límites definidos.³⁶⁰

4.1.2. Mayoría de edad y madurez del menor

El CP español recoge en el párrafo primero del artículo 19 que «*Los menores de dieciocho años no serán responsables criminalmente con arreglo a este Código*». La referencia a la edad penal para los menores de edad en el CP de 1995 se expresa concretamente en el segundo párrafo de su artículo 19.³⁶¹ De esta manera, lo que hace nuestro CP es poner el límite en esa edad concreta. Es por ello, que una vez comprobada la edad y viendo que es menos de 18 años, se remite el caso específico a otra norma, concretamente a la LORRPM.

Como ya se manifestó con anterioridad en el Capítulo I, el criterio que prima en la actual legislación penal juvenil es el criterio biológico, al fijar la minoría de edad penal en un determinado momento de la vida de un sujeto. La Psicología evolutiva o del desarrollo se ha encargado de identificar y estudiar los cambios que aparecen en la vida de un individuo, «lo

³⁶⁰ En este sentido, CUELLO CONTRERAS, J. (2000). *El nuevo derecho penal de menores*. Madrid: Civitas, pp. 22-28.

³⁶¹ Artículo 19.2 CP describe: «*Cuando un menor de dicha edad cometa un hecho delictivo podrá ser responsable con arreglo a lo dispuesto en la Ley que regule la responsabilidad penal del menor*».

que explica la capacidad intelectual del mismo, la facultad para comprender la sociedad y las normas que regulan la convivencia».³⁶²

La adquisición y el desarrollo de la madurez en un menor de edad no son inmediatos, sino que son progresivos. La capacidad para comprender la ilicitud de una conducta y la capacidad de obrar conforme a esa comprensión no se adquiere de un día para otro. Al tener en consideración el tramo de edad para exigir responsabilidad penal conforme a la ley penal del menor, el autor del hecho delictivo no puede poseer una madurez plena simplemente cuando haya cumplido los 18 años y un día. Entre otras cosas, porque «la capacidad de discernimiento no se va alcanzar al día siguiente de cumplirse la edad señalada en vez de antes».³⁶³ Del mismo modo, que no todos los sujetos a una edad determinada van a tener el mismo grado de madurez.

Si se aborda la cuestión referente a la edad del menor y la responsabilidad penal, resulta claro destacar que las cualidades presentes para la determinación de dicha responsabilidad son las siguientes:

- El menor debe entender ética e intelectualmente el injusto y la norma.
- El menor debe tener capacidad plena para poder dirigir sus actos.

Lo que es evidente es que según nuestra norma juvenil que se explicará a continuación, el menor de edad incurre en responsabilidad penal si ha alcanzado una madurez emocional, mental e intelectual. La madurez por tanto es un elemento clave, ya que la comisión de un hecho delictivo requiere de un mínimo desarrollo mental y moral que cualitativamente es la denominada madurez de un sujeto, marcado eso sí por la fijación de la edad de los 14 años.

³⁶² MARTÍN CRUZ, A. (2007). El menor y el semiadulto ante la moderna Psicología evolutiva y ante la Ley Orgánica 8/2006 de modificación de la LORRPM. En A. JORGE BARREIRO, y B. FEIJOO SÁNCHEZ (eds.), *Nuevo derecho penal juvenil: una perspectiva interdisciplinar ¿Qué hacer con los menores delincuentes?* (pp. 117-170). Barcelona: Atelier, p.135

³⁶³ QUINTERO OLIVARES, G., MORALES PRATS, F., y PRATS CANUT, J. M. (2014). *Curso de derecho penal. Parte general (acorde con el nuevo código penal de 1995)*. Madrid: Aranzadi, p.434.

El límite mínimo no debía situarse a una edad muy temprana ya que esto tendría un efecto negativo sobre el niño. Por lo tanto, ese límite de 14 años en relación a la madurez emocional, intelectual y mental del sujeto, «es una edad adecuada como se fijó por el legislador al entender que se sitúa como límite entre el periodo de la infancia y de la adolescencia».³⁶⁴ Mientras, que el «límite máximo de edad penal, no debe ser demasiado alto (...), ya que puede provocar un rechazo social por la sensación de impunidad que se puede generar provocando una repulsa colectiva y una petición de acciones más punitivas».³⁶⁵ Además de lo anterior, se suma el hecho de la falta de contención de un sujeto en el momento del acto delictivo. Esta falta de inhibición es propia de los menores de 14 años, aunque como defiende Roxin, «esta falta de represión a menudo sigue faltando en la franja de 14 a 18 años».³⁶⁶

Dicho esto, se puede pasar a analizar las peculiaridades de la LORRPM, haciendo un recorrido sobre su contenido y valorando de manera general lo que ha supuesto la entrada en vigor de esta ley en nuestra sociedad, analizando brevemente la figura de la reincidencia en el derecho penal de menores.³⁶⁷ Sin ánimo de exhaustividad, ya que este asunto es sumamente extenso, expondremos a continuación los cambios e incidencias legislativas que ha sufrido esta ley.

³⁶⁴ MARTÍN LÓPEZ, M. T. (coord.) (2001). *La responsabilidad penal de los menores*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla la Mancha, pp. 93 y ss.

³⁶⁵ CAVADINO, M. & DIGNAN, J. (2005). *Penal Systems: a Comparative Approach*. Londres: SAGE, p.298. Traducción propia.

³⁶⁶ ROXIN, C. (1997). *Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*. Civitas: Munich, p.848.

³⁶⁷ Un análisis en profundidad sobre la reincidencia en la LORRPM se hará en el Capítulo IV de este trabajo de investigación.

4.1.3. La LO 5/2000, de 15 de enero, de responsabilidad penal de los menores

4.1.3.1. Introducción

La regulación penal del menor en España ha sufrido una evolución respecto a su contenido, desde su redacción original hasta la actual legislación vigente. De hecho como se refleja, llama poderosamente la atención que esta ley fuera modificada incluso con anterioridad a su entrada en vigor.³⁶⁸ Sobre todo en lo referente a su ámbito de aplicación, es decir, quien iba a ser destinatario concreto de la misma.

La naturaleza penal de esta ley ha sido objeto de controversia, ya que el vocablo *penal* fue justificado durante la elaboración del Anteproyecto por parte de sus autores. Aunque, se puede exigir una responsabilidad a los menores, ésta «no es tal (penal), ya que simplemente se otorgó para que las competencias en esta materia correspondieran a las CC. AA».³⁶⁹ Aunque en la Exposición de Motivos de la ley ya se recoge que «*la promulgación de la presente Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores era una necesidad impuesta (...)*» y «*(...) exige la regulación expresa de la responsabilidad penal de los menores de dicha edad en una Ley independiente (...)*». La naturaleza jurídica de esta norma como se manifiesta en la propia Exposición de Motivos es «*(...) formalmente penal pero materialmente sancionadora-educativa del procedimiento y de las medidas aplicables a los menores (...)*».

Con la entrada en vigor de la Ley Orgánica de responsabilidad penal del menor se aprueba una legislación específica para los menores de edad que difiere de la de los adultos. En palabras de Tamarit Sumalla, «se consolida un sistema penal propio cuyo grado de autonomía respecto al ordinario debe ser objeto de examen».³⁷⁰ Los principios rectores de esta Ley y las

³⁶⁸ Así, DOLZ LAGO, M.J. (2006). La reforma del derecho penal de menores. En J.L. GONZÁLEZ CUSSAC, y M.G. ALTAVA LAVALL (coords.), *Estudios sobre la responsabilidad penal del menor* (pp.347-379). Castelló de la Plana: Universitat Jaume I, p.248.

³⁶⁹ PANTOJA GARCÍA. F. (2006). *La ley de responsabilidad penal del menor: situación actual*. Valencia: Tirant lo Blanch, p.301.

³⁷⁰ TAMARIT SUMALLA, J.M. (2001) El nuevo derecho penal de menores: ¿Creación de un sistema penal

particularidades de la misma, se reflejan en la Exposición de Motivos y en el Título Preliminar y el Título I de la LO 5/2000.

En el Título Preliminar de la Ley se recoge claramente la naturaleza de disposición sancionadora de la misma. Se desarrolla la exigencia de una verdadera responsabilidad jurídica a los menores infractores, referida a la comisión de hechos tipificados como delitos o faltas³⁷¹ por el Código Penal y las restantes leyes penales especiales. Es en el mismo Título, donde se delimita la edad de aplicación de la norma, concretamente en el párrafo 1 del artículo 1 se declara lo siguiente: «*Esta Ley se aplicará para exigir la responsabilidad de las personas mayores de catorce años y menores de dieciocho por la comisión de hechos tipificados como delitos o faltas en el Código Penal o las leyes penales especiales*». De esta forma, en atención a la edad penal en el momento de la ejecución del hecho delictivo, para exigirle la responsabilidad penal al sujeto, queda establecido en el artículo 1.1 el límite inferior y el límite superior de dicha responsabilidad.

En todo caso hay que constatar que los menores de 14 años no se regirán por esta normativa. Asimismo, se distinguen dos subgrupos o tramos dentro del segmento de edad de 14 a 18 años que son: por un lado, los menores de 14 a 15 años y por otro, los menores de 16 a 17 años. La finalidad de esta separación radica en el establecimiento de factores diferenciadores que caractericen la duración de las sanciones (artículo 10). También como refiere Vázquez González, porque esta interpretación responde a «una única manifestación legal del criterio del grado de madurez en el derecho penal de menores español».³⁷² La LORRPM no es aplicable a la franja de edad que comprende a los jóvenes mayores de 18 y menores de 21 años (jóvenes semiadultos). Tras la reforma operada por la LO 8/2006, se suprimió por artículo único (apartados 1 y 3) la aplicación prevista y que daba contenido al art. 69 del CP.

menor? *Revista penal*, (8),71-89, p. 75.

³⁷¹ Las faltas se derogan del CP español en virtud de una reforma en el año 2015, aunque este asunto será desarrollado en el apartado correspondiente a las diferentes reformas en la legislación penal del menor contenido en este Capítulo.

³⁷² VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C. (2007). *Capítulo VIII. La Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores: Aspectos sustantivos*. derecho penal juvenil. Madrid: Dykinson, p.338.

Así pues, no existe actualmente la posibilidad de exigir responsabilidad penal a los mayores de 18 años acorde a esta ley.

4.1.3.2. Imputabilidad

El concepto de imputabilidad no se define expresamente dentro del articulado de nuestro CP vigente, sino que en el artículo 20 apartados 1, 2 y 3 se regulan las causas de inimputabilidad eximiendo penalmente al sujeto.³⁷³ Por lo que se entiende en sentido contrario, que un individuo es por tanto imputable si comprende y valora la ilicitud del hecho y si puede actuar conforme a esa comprensión. En palabras de Cervelló Donderis y Colás Turégano, la imputabilidad se fundamenta en la capacidad de la persona en decidir libremente-aunque no se puede demostrar científicamente-³⁷⁴ consta de tres momentos que requieren de una triple capacidad: a) cognoscitiva (en relación al conocimiento que se tenga de los hechos), b) valorativa (referente a la valoración de los hechos como contrarios a Derecho) y c) voluntaria (orientación del comportamiento conforme a la norma).³⁷⁵

Si atendemos al contenido de la imputabilidad o capacidad de culpabilidad³⁷⁶, en el CP son inimputables aquellos sujetos que tienen menos de 18 años.³⁷⁷ Con arreglo al derecho penal en su conjunto son imputables, pero éstos quedan excluidos de tal responsabilidad penal según el CP. Conforme a la ley penal del menor y al régimen establecido por la legislación de menores,

³⁷³ Desde luego la LORRPM sitúa una importante cuestión en relación a las causas de exclusión de la responsabilidad penal en el derecho penal de menores. La Ley precisa en su artículo 5.2 las circunstancias previstas en el artículo 20 (1º, 2º y 3º) del CP de adultos. Si se dan esas causas de exención en un supuesto concreto con un menor, no se sancionará a éste al entender que tampoco se sancionaría a un adulto si se diera el caso bajo esas mismas circunstancias.

³⁷⁴ Como precisan las autoras, «no se puede demostrar la libertad ni la carencia de la misma (...)». CERVELLÓ DONDERIS, V., y COLÁS TURÉGANO, M.A. *La responsabilidad penal del menor*, op.cit., p.51.

³⁷⁵ *Ibid.*

³⁷⁶ La capacidad de culpabilidad en su concepción tradicional sería «la capacidad de comprensión que tiene un sujeto del injusto del hecho y de actuar conforme a dicha comprensión». BENITEZ ORTÚZAR, I.F., y CRUZ BLANCA, M.J. *El derecho penal de menores...*, op. cit., pp. 154 y ss.

³⁷⁷ Art. 19 del CP: «Los menores de dieciocho años no serán responsables criminalmente con arreglo a este Código. Cuando un menor de dicha edad cometa un hecho delictivo podrá ser responsable con arreglo a lo dispuesto en la ley que regule la responsabilidad penal del menor».

aquellos que tengan edades comprendidas entre 14 y 18 años van a ser responsables penalmente, mientras que quedan excluidos de tal responsabilidad, los menores de 14 años (los cuales pueden ser sometidos a medidas civiles y administrativas).

Como la regulación específica de la responsabilidad penal es a través de la LORRPM, se tienen en cuenta una serie de particularidades que son el fiel reflejo de las diferentes manifestaciones que se postulan en la doctrina para determinar a partir de qué edad cabe exigir responsabilidad penal. Algunos autores de la doctrina española dudan si el menor entre 14 y 17 años pueda tener responsabilidad penal plena o no y por lo tanto ser imputable. Otros por el contrario, tienen una responsabilidad disminuida (*sui generis*) y entonces su capacidad de culpabilidad está disminuida y es especial. Bajo el prisma de la imputabilidad para los menores de edad, tienen cabida esas opiniones diversas en el marco de un debate sobre la naturaleza de la responsabilidad del menor. Estas posturas se podrían constituir en tres grupos claramente diferenciados³⁷⁸:

1. Los mayores de 18 años son imputables.
2. Los menores de 14 a 17 años son imputables.
3. Los menores de 14 a 17 años tienen una imputabilidad disminuida o reducida, suponiendo una vía intermedia entre ambas.

Las distintas corrientes doctrinales mayoritarias aludidas en relación a la naturaleza de la responsabilidad del menor se podrían explicar de manera sucinta de la siguiente manera:

1. Sujetos imputables a partir de los 18 años. A los menores por debajo de 18 años no se les podrá exigir ningún tipo de responsabilidad penal, aunque hay en cierto modo una *responsabilidad* de otra índole. Bueno Arús y otros mantienen que hay una responsabilidad, pero «usar en el lenguaje jurídico el término *penal* es erróneo, ya que

³⁷⁸ JIMÉNEZ DÍAZ, M. J. Edad y menor. *El menor como víctima y victimario...* op. cit., pp.57 y ss.

entienden que no es responsabilidad de esa naturaleza».³⁷⁹ De manera general, se señala que un sujeto es imputable porque es responsable penalmente, siendo la responsabilidad penal una consecuencia de dicha imputabilidad. Por tanto, al faltarle la imputabilidad, le falta la responsabilidad penal porque no se ha producido la acción típica, antijurídica y culpable. De esta manera acorde a esta corriente doctrinal, los menores de 18 años serán inimputables según la LO 5/2000.

2. Sujetos imputables entre los 14 y 17 años. Tienen capacidad plena de culpabilidad por lo que se les exige formalmente una responsabilidad penal por el hecho delictivo cometido.³⁸⁰ El menor que tiene más de 14 y menos de 18 años se considera que tiene capacidad de responsabilidad para asumir sus actos y las consecuencias de los mismos. Es decir, que la conducta que lleva a cabo es ilícita y actúa conforme al conocimiento de esa ilicitud.
3. Sujetos con imputabilidad disminuida³⁸¹ entre los 14 y los 17 años («*imputabilidad sui generis*»)³⁸² Existe una atenuación de la imputabilidad de los menores de edad por lo

³⁷⁹ El autor argumenta su posición en base a cinco puntos: «el legislador puede adelantar o atrasar la edad base de la imputabilidad desconociendo *la naturaleza de las cosas*, no todas las consecuencias legales de la comisión de un delito han de ser penales, las medidas de la LO5/2000 no son penas, la imputabilidad es una cuestión de hecho y de derecho y por último, hay una falta de estudios estadísticos serios». BUENO ARÚS, F. (2006). Menor edad: imputabilidad o inimputabilidad “*sui generis*”. Influencia en este punto de la ley orgánica reguladora de la responsabilidad penal del menor. En F. PANTOJA GARCÍA, y F. BUENO ARÚS (dirs.), *Actual doctrina de la imputabilidad penal* (pp. 317-368). Madrid: Consejo General del Poder Judicial, p.351. BUENO ARÚS, F. (1997). El Anteproyecto de Ley Orgánica reguladora de la Justicia de Menores elaborado por el Ministerio de Justicia. *Eguzkilore*, (11), p. 160. En el mismo sentido, sobre las diferentes posiciones doctrinales, *vid.* SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M.I. (1998). *Minoría de edad penal y derecho penal juvenil*. Granada: Comares, pp. 6 y ss.

³⁸⁰ Algunos partidarios de la imputabilidad plena del menor entre 14 y 17 años, *vid.*, MACHADO RUIZ, M. D. (2003). Minoría de edad e imputabilidad penal. *Actualidad Penal*, (1), 93-137.

³⁸¹ GARCÍA PÉREZ, O. (2000). La evolución del sistema de justicia penal juvenil. La Ley de Responsabilidad Penal del Menor de 2000 a la luz de las directrices internacionales. *Actualidad Penal*, (32), p.673. El autor, manifestaba además que era «imprescindible elevar el límite mínimo hasta los 16 años en relación a la previsión de un régimen específico para los menores de esta edad», criticando la falta de un límite inferior en el CP para exigir responsabilidad penal. GARCÍA PÉREZ, O. (1999). Los actuales principios rectores del derecho penal juvenil: un análisis crítico. *Revista de derecho penal y criminología*, 2ª Época, (3), 33-76, pp. 70 y ss. CEREZO MIR, J. (2001). *Curso de derecho penal español. Parte General III. Teoría jurídica del delito II*. Madrid: Tecnos, p. 95.

³⁸² Algunos partidarios de la imputabilidad *sui generis*, *vid.* MIR PUIG, S. (2003). *Derecho penal. Parte General*. Barcelona: Reppertor, p.597. MUÑOZ CONDE, F., y GARCÍA ARÁN, M. (2010). *Derecho penal. Parte*

que la respuesta a través de medidas sancionadoras será adecuada a tales supuestos. Las causas eximentes de responsabilidad penal de los menores está recogida en el artículo 5.2 de la LORRPM, previstas en los números 1º, 2º y 3º del artículo 20 del CP, siendo este artículo 5.2 importante cuando el menor es inimputable por concurrir alguna de las circunstancias descritas en el mismo. Por lo que a los menores de edad les serán aplicables una serie de medidas si concurren dichas circunstancias. Quiere decirse que si no se contemplan, entonces es porque no es necesario, ya que la ley está dirigida a menores de edad que tienen la capacidad de culpabilidad disminuida. Es por ello, que la capacidad de culpabilidad de los menores de edad es distinta a la capacidad de culpabilidad de los adultos, en consonancia con la racionalidad que caracteriza a los menores de la racionalidad propia de los adultos.

Si se parte de la base que el presupuesto de la culpabilidad es un principio básico del derecho penal, lo es también del derecho penal juvenil, ya que el sistema de justicia juvenil tiene naturaleza penal, por lo que rigen los principios y las garantías propias del derecho penal.³⁸³ Es por ello, que a pesar de las diferencias en relación al derecho penal de adultos, «al optar por un sistema de responsabilidad, implica la asunción como fundamento del mismo de, entre otros, el principio de culpabilidad».³⁸⁴ El estudio de la culpabilidad como categoría penal se va a llevar a cabo desde una doble vertiente: «como criterio de la determinación de la medida a imponer-en íntima relación con el principio de proporcionalidad- y como presupuesto ineludible de toda responsabilidad penal-cuya concurrencia debe ser comprobada en cada caso concreto».³⁸⁵ Ya que en palabras de la autora, «la culpabilidad es un presupuesto ineludible para la exigencia de responsabilidad penal al menor y determinar una medida educativa-sancionadora aunque con una serie de peculiaridades».³⁸⁶

General. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 363.

³⁸³ CERVELLÓ DONDERIS, V., y COLÁS TURÉGANO, M.A. *La responsabilidad penal del menor*, op.cit., p.48.

³⁸⁴ *Ibid*, p. 49.

³⁸⁵ CRUZ MÁRQUEZ, B. (2006). *Educación y prevención general en el derecho penal de menores*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, p. 63.

³⁸⁶ CRUZ MÁRQUEZ, B. *Educación y prevención general en el derechos...*,op. cit., p.62.

Por el contrario, ante la ausencia de esa culpabilidad, entonces el menor no comprendería el significado de sus actos y por lo tanto actuaría en base a esa ausencia de conocimiento de las normas, o bien de la incapacidad por controlarse ante la comisión del hecho típico y antijurídico. Entonces, un sujeto está exento de responsabilidad penal y es inimputable cuando faltan las dos o cualquiera de ellas.³⁸⁷ Cabe afirmar entonces, que el sujeto ha cometido ese hecho típico y antijurídico, pero no existe una responsabilidad penal por ausencia de la capacidad de culpabilidad (inimputabilidad). En relación al adulto, aunque no es el tema a tratar aquí, existen diferencias respecto a la capacidad de culpabilidad. En parte, como han demostrado investigaciones recientes, por los cambios producidos en el desarrollo cognitivo (a modo de ejemplo, el auto concepto)³⁸⁸ de un menor, ya que influirá en su comportamiento.

En esta línea, y descendiendo al plano concreto, lo que es evidente es que los menores de 18 años, pero mayores de 14 años no van a tener en términos de responsabilidad penal aquellas exigencias propias de los adultos. Por lo tanto, la intervención penal frente a la delincuencia juvenil debe ser afrontada desde la especificidad y separación del régimen penal de adultos. En cualquier caso, conviene tener presente el artículo 5.3³⁸⁹ de la LORRPM, por una razón importante ya que como indica Blanco Barea:

Una persona con dieciocho años podrá ser imputado, procesado y sentenciado (y por tanto “condenado “a cumplir una medida judicial en los centros, instituciones y recursos destinados a menores infractores) por la comisión de un delito o falta cuando

³⁸⁷ Opinión mantenida por la autora al señalar, que «(...) al faltar la capacidad de culpabilidad, falta también la capacidad de comprensión y la capacidad de dirección». *Ibid*, p.69.

³⁸⁸ Los menores primarios y reincidentes (primer tramo y segundo de responsabilidad penal) tienen más déficits, siendo estos déficits negativos. *Vid.* FARIÑA, F., GARCÍA, P.A., y VILARIÑO, M. (2010). Autoconcepto y procesos de atribución: estudio de los efectos de protección/riesgo frente al comportamiento antisocial y delictivo, en la reincidencia delictiva y en el tramo de responsabilidad penal de menores. *Revista de investigación en educación*, (7), 113-121.

³⁸⁹ Artículo 5.3 del LORRPM :«Las edades indicadas en el articulado de esta Ley se han de entender siempre referidas al momento de la comisión de los hechos, sin que el haberse rebasado las mismas antes del comienzo del procedimiento o durante la tramitación del mismo tenga incidencia alguna sobre la competencia atribuida por esta misma ley a los jueces y Fiscales de menores».

en el momento de producirse los hechos, no tenía cumplidos los 18 años y naturalmente, no haya prescrito con arreglo a las normas del art. 15 de la LORRPM.³⁹⁰

En fin, al margen de debates respecto a la difícil tarea de encontrar un fundamento propio para la imputabilidad, en materia de culpabilidad hay una serie de manifestaciones propias de un menor adolescente. Estas manifestaciones corresponden a cambios corporales, psicológicos y sociales que experimenta el adolescente en esa fase de desarrollo. No solo manifestaciones cualitativas sino también cuantitativas, siendo diferentes de las experimentadas por los adultos. Son diferentes, tanto «en la percepción de la norma infringida y sus consecuencias, como en la vivencia de la intervención penal».³⁹¹ Según la autora citada, para valorar la culpabilidad, se exige analizar la dinámica y naturaleza de la conducta delictiva en base a las particularidades del proceso evolutivo del menor. Además, se ha de valorar la comprensión del menor respecto al injusto del hecho para actuar conforme a esa comprensión.

4.1.3.3. Imputabilidad y reincidencia

A pesar de que se van a analizar las manifestaciones de la reincidencia en la legislación penal de menores en otro Capítulo, sí que es necesario esbozar brevemente ahora cuál es el fundamento de la reincidencia como agravante de la responsabilidad penal. Hay diversas interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales sobre cómo se resuelve, donde entre otras destacan: la mayor peligrosidad del sujeto, la mayor culpabilidad del sujeto o el mayor contenido del injusto.³⁹²

Esas diferentes posiciones adoptadas por la doctrina y la falta de consenso por parte de la jurisprudencia del Tribunal Supremo lleva a que la institución de la reincidencia sea difícil de

³⁹⁰ BLANCO BAREA, J. A. (2008) Responsabilidad penal del menor: principios y medidas judiciales aplicables en el derecho penal español. *Revista estudios jurídicos*, (8), 43-77, p.5.

³⁹¹ CRUZ MÁRQUEZ, B. (2011). Presupuestos de la responsabilidad penal del menor: una necesaria revisión desde la perspectiva adolescente. *AFDUAM*, (15), 241-269, p. 258.

³⁹² ORTS BERENQUER, E., y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (2008). *Compendio de derecho penal (Parte General)*. Valencia: Tirant lo Blanch, p.304.

justificar como agravante al menos en los términos en los que viene siendo concebida.³⁹³ Aunque como mantienen algunos autores, «ninguna de las posiciones justificaba su existencia, a pesar de reconocer que la reincidencia expresa cuanto menos una actitud de rebeldía y desprecio por el Derecho».³⁹⁴

Como defiende la mayor parte de la doctrina, el hecho de que una persona reincida es el indicador de una mayor peligrosidad por parte del sujeto infractor. Es por ello, que la reincidencia se explica en base a elementos de la prevención especial que derivan de la peligrosidad del autor del hecho delictivo. De esta manera, frente a la peligrosidad del autor, pero no siempre, lo que realmente es efectivo son las medidas de seguridad y no la imposición de medidas más graves.³⁹⁵ Numerosos autores, abogan por que la agravante de la reincidencia se base en una presunción de mayor peligrosidad del delincuente, aunque determinando la misma en cada supuesto particular.

Otras corrientes doctrinales son las de mayor culpabilidad en consecuencia a la mayor gravedad del hecho delictivo, porque se presupone un desprecio constante por parte del infractor menor de edad que ya fue sancionado por un delito anterior. Como hay un mayor desprecio por parte del reo al realizar un nuevo acto delictivo, entonces en la reincidencia hay una mayor gravedad de la culpabilidad. Cerezo Mir defiende esta postura, al considerar que la culpabilidad en la reincidencia es mayor porque el que reincide va a actuar con un conocimiento seguro de la antijuricidad y de la punibilidad, junto con el hecho de la advertencia por la sentencia condenatoria y el tratamiento recibido a conseguir la reinserción social, ocasionando así un aumento de la capacidad de autodeterminación conforme a la norma.³⁹⁶

³⁹³ VAELO ESQUERDO, E. (2001). Aspectos problemáticos de la reincidencia. En A. NIETO (coord.), *Homenaje al Dr. Mariano Barbero Santos: "in memoriam"* (pp.1359-1374). Cuenca: Ediciones de la Universidad de Salamanca, p.1362.

³⁹⁴ ORTS BERENQUER, E., y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. *Compendio de derecho penal...*, op. cit., p. 305.

³⁹⁵ COBO DEL ROSAL, M., y VIVES ANTÓN, T.S. (1999), *Derecho penal. Parte General*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 899 y ss.

³⁹⁶ CEREZO MIR, J. (2004). *Curso de derecho penal español. Parte General: Introducción (I) (6ª Edición)*.

Posteriormente en cuanto al incremento del injusto, un sector doctrinal considera la mayor gravedad del hecho delictivo como un mayor contenido del injusto. Por lo que, la gravedad de la misma va unido al mayor injusto y cuanto mayor es el injusto, entonces se muestra una especial rebeldía por parte del infractor ante la norma que es infringida.³⁹⁷ La representación de esta corriente en España, estaría encabezada por Mir Puig, que defiende que la recaída en el delito demuestra un rechazo por los valores jurídicos insistiendo en el delito a pesar de condenas anteriores, por lo que esto comportaría un mayor grado del injusto.³⁹⁸

La mayor pretensión del aumento de la culpabilidad en un menor reincidente se puede traducir además en una mayor comprensión del injusto y de actuar conforme a esa comprensión, aplicándose entonces las medidas más restrictivas. Es por ello, que las reacciones más punibles frente a la mayor culpabilidad serán las penas juveniles. Zaffaroni mantiene que «(...) en lugar de una imaginaria mayor conciencia de antijuridicidad, en la reincidencia habría generalmente menor culpabilidad en virtud de la reducción del ámbito de autodeterminación que genera la previa intervención punitiva, por estigmatizante y reductora del espacio social del penado».³⁹⁹ También, en relación a las teorías doctrinales que suscriben la mayor insuficiencia de la pena anterior, Caruso Fontán expresa lo difícil que es comprobar en qué medida y en qué sentido han influido las penas en un sujeto al haber condenas precedentes.⁴⁰⁰

La fundamentación de la reincidencia en el ámbito de la delincuencia juvenil va en la misma línea doctrinal que para la reincidencia en adultos. Aunque, ha sido algo controvertido en mayor grado en el derecho penal de menores, ya que es un derecho orientado a la reeducación donde la determinación de la medida juvenil atiende al interés superior del menor.

Madrid: Tecnos, pp.168 y ss.

³⁹⁷ CARDENAL MONTRAVETA, S. (2010). La reincidencia en el derecho penal de menores. En D.M. LUZÓN PEÑA (dir.), *derecho penal del Estado Social y Democrático de Derecho. Libro homenaje a Santiago Mir Puig* (pp. 661-684). Madrid: La Ley, p.663.

³⁹⁸ MIR PUIG, S. (1974). *La reincidencia en el Código Penal*. Barcelona: Bosch, p.537.

³⁹⁹ZAFFARONI, E. R. (s.f.). *Reincidencia*. Recuperado (01.05.2017) de:<http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2016/07/doctrina43850.pdf>.

⁴⁰⁰ CARUSO FONTÁN, M.V. (2014). *El delincuente imputable y peligroso. Cuestiones de Política criminal*. Valencia: Tirant lo Blanch, p.150.

La reincidencia se considera una consecuencia agravatoria ya que se da un mayor reproche al entender esa nueva repetición de un comportamiento delictivo en un menor. Además, lo que es una paradoja es

No hacer alusión directa al hecho delictivo cometido con anterioridad por quién está siendo juzgado en el momento actual por la comisión de un delito distinto, por lo que la alusión a la reincidencia refiere a aspectos ajenos a la infracción actual, como por ejemplo la culpabilidad individual por su comisión.⁴⁰¹

De todas maneras, hay que tener en cuenta respecto al comportamiento anterior que: a) el delito anterior puede haber sido más grave que el segundo delito, por lo que el nuevo delito es mucho menor e incluso puede no ser considerado como tal, b) la mayoría de delitos cometidos por jóvenes son delitos de bagatela, por lo que no se requiere de una preparación especial en la antijuricidad de la comisión del hecho delictivo y c) no tiene que presuponerse que el menor tiene un mayor conocimiento del hecho, y en consecuencia el poder haberlo evitado, simplemente por haber cometido delitos previos.

Si bien no es objeto de este trabajo el análisis doctrinal de esta cuestión, sirvan al menos las consideraciones expuestas para poner de relieve la importancia de analizar el papel de la imputabilidad en el derecho penal de menores en el contexto de la relación entre la capacidad de culpabilidad y la reincidencia, y las consecuencias jurídicas atribuidas a tal relación.

4.1.3.4. Principios de la LORRPM

Es necesario resaltar la importancia de los principios propios⁴⁰² que rigen en esta ley. Son en realidad, «los principios generales del orden procesal penal, tamizados por la especialización de esta materia, y erigidos sobre todos ellos, como criterio rector interpretativo *el interés*

⁴⁰¹ CRUZ MÁRQUEZ, B. (2011). La circunstancia agravante de reincidencia en el derecho penal Juvenil. *Revista de Estudios Jurídicos*, (11), 1-11, p. 2.

⁴⁰² Estos principios informadores son abordados en la Exposición de Motivos, y descritos en el Título Preliminar y el Título I de la LORRPM.

superior del menor». ⁴⁰³ Los criterios de los principios propios del modelo de responsabilidad penal de menores son:

- Reeducación e integración social. Debido a la naturaleza educativa de la ley, se lleva a cabo una intervención de carácter socioeducativo. En efecto, formalmente la ley es penal pero materialmente es sancionadora-educativa. Ciertamente, la naturaleza jurídica de la LORRPM es de disposición sancionadora porque se les exige una verdadera responsabilidad jurídica a los menores infractores en relación a los hechos delictivos tipificados en el CP o en las leyes especiales. En las disposiciones finales de la ley se expresa el carácter supletorio de otras normas, cuando no esté previsto expresamente en la LORRPM. Es decir, en el ámbito sustantivo por un lado estará el CP y las leyes especiales, mientras que en el ámbito procedimental la LECrim.

- Principio de intervención mínima. Se caracteriza por la imposición de una sanción en función de la gravedad del hecho cometido. El derecho penal es la última ratio a falta de sanciones menos lesivas. De esta manera, se reserva para los casos más particulares en función de su gravedad, la intervención del orden penal. Junto con el principio de intervención mínima aparece el principio de oportunidad que como sostienen algunos autores, evitan los procesos de estigmatización social sobre el menor. Frente a la propuesta de flexibilidad del sistema de menores, se tiene en cuenta el interés del menor, la finalidad educativa y la minimización de la estigmatización del delincuente juvenil (victimización terciaria). De esta manera, se intenta como recoge Altava Lavall, «limitar al máximo las consecuencias afectivas que un proceso judicial puede tener en el desarrollo de las personas menores de edad». ⁴⁰⁴ En todo caso, hay que constatar la importancia que adquiere para el debate doctrinal la consideración de

⁴⁰³ En palabras de los autores, «el principio del interés del menor se configura como el más específico de esta jurisdicción, y proyecta su efecto irradiante sobre el resto de los principios procesales, confiriéndoles una aplicación especial». DE URBANO CASTRILLO, E., y DE LA ROSA CORTINA, J.M. (2007). *La responsabilidad penal de los menores. Adaptada a la LO 8/2006, de 4 de diciembre*. Navarra: Aranzadi, p.28.

⁴⁰⁴ ALTAVA LAVALL, M.G. (2006). Concepto y reconocimiento del interés superior del menor en la legislación española. En J.L. GONZÁLEZ CUSSAC, y M.G. ALTAVA LAVALL (coords.), *Estudios sobre la responsabilidad penal del menor* (pp. 347-379). Castelló de la Plana: Universitat Jaume I, p.35.

recurrir previamente a las instancias de control social informal. Frente al orden jurisdiccional penal, es importante darle al menor un tratamiento diferente valorando sobre todo las circunstancias que le rodean, y que son parte de su dimensión personal y social.

- Principio de oportunidad. Con este principio se introduce una especie de *discrecionalidad legalizada* por Jueces y Tribunales, introduciendo el factor corrector en base a la demanda del caso concreto, con la idea del cumplimiento constitucional de reeducar y reinserir al menor y satisfacer los intereses de la víctima y de la sociedad.⁴⁰⁵ De esta manera, los hechos delictivos menos graves se van a solucionar con anterioridad a llegar al procedimiento.

- Reconocimiento de las garantías procesales y de los derechos individuales del menor. Se reconoce de una manera expresa todas las garantías procesales y se exige, además, el cumplimiento de los derechos de los menores como titulares de derechos (art.1) en el marco de un sistema de responsabilidad penal. Los poderes públicos están obligados a velar por el cumplimiento de las garantías del procedimiento y de los derechos individuales de los sujetos menores de edad. Entre las garantías procesales destacan, por ejemplo: a) la intervención del Ministerio Fiscal con una mayor profesionalización y especialización⁴⁰⁶ (plena competencia para la instrucción) ya que se encargará de instruir los hechos cometidos por los menores, b) la imposición de medidas alternativas adecuadas y específicas o c) el hecho de no superar un periodo de tiempo concreto en los casos de privación de libertad de menores (que si se equipararan con las mismas medidas privativas impuestas para un adulto).

⁴⁰⁵ DE URBANO CASTRILLO, E., y DE LA ROSA CORTINA, J.M. *La responsabilidad penal de los menores...*, op.cit., p.32.

⁴⁰⁶ De hecho, en la Disposición final cuarta de la LORRPM se recoge la especialización de Jueces, Fiscales y abogados al señalar que: «(...) en el ámbito de sus competencias respectivas, procederán a la formación de miembros de la Carrera Judicial y Fiscal especialistas en materia de Menores con arreglo a lo que se establezca reglamentariamente. Dichos especialistas tendrán preferencia para desempeñar los correspondientes cargos en las Salas de Menores de los Tribunales Superiores de Justicia y en los Juzgados y Fiscalías de Menores, conforme a lo que establezcan las leyes y reglamentos».

- Principio del interés superior del menor.⁴⁰⁷ Es uno de los principios rectores de la ley que sigue las pautas establecidas en las recomendaciones y en los acuerdos internacionales. Tanto el procedimiento llevado a cabo como las medidas adoptadas en materia de menores, van a respetar este principio siendo a su vez una fuente de inspiración. De hecho, aparece expresamente declarado en el punto 7 de la Exposición de Motivos.
- Establecimiento de tramos de edad para el menor infractor (14-15 años) y (16-17 años), al requerir desde una perspectiva jurídica y científica un tratamiento diferenciado desde el punto de visto procesal y sancionador.
- Las CC.AA. tienen la competencia para la ejecución de las medidas impuestas en la sentencia, en relación con la reforma y la protección de los infractores menores de edad.

4.1.3.5. Medidas de la LORRPM

Otro de los aspectos importantes en esta ley corresponde a las medidas sancionadoras educativas. Se ha fijado, que las medidas que se impongan deben tener en cuenta la edad del menor infractor, por lo que es determinante la flexibilidad en la adopción y en la ejecución de las mismas. Al final, lo que se persigue es el establecimiento de un sistema con consecuencias penales⁴⁰⁸ cuya finalidad sea la educación y la resocialización del menor, con exclusiva finalidad preventivo-especial.

⁴⁰⁷ En todo caso, el principio del interés superior del menor se trata en profundidad en el siguiente Capítulo (III).

⁴⁰⁸ Landrove señala en esta línea, que «nos encontramos ante consecuencias jurídicas materialmente constitutivas de penas, incluso de internamiento en régimen cerrado, es decir, prisión. Detrás de tal *fraude de etiquetas* se esconde la voluntad de no llamar a las cosas por su nombre y el añejo paternalismo en ese ámbito del que se pretende haber prescindido». LANDROVE DÍAZ, G. (2007). *Introducción al derecho penal de menores*. Valencia: Tirant lo Blanch, p.68.

El modelo de responsabilidad penal de menores está diseñado de tal manera que las medidas sancionadoras aunque también educativas, no deben obstaculizar el desarrollo evolutivo del menor, ni afectar a sus circunstancias ni a sus características personales. Evidentemente, se alude a las medidas más pedagógicas y menos sancionadoras evitando las penas de larga duración y de privación de libertad. En parte, mediante la potenciación y promoción de alternativas a las penas privativas de libertad, al no perseguirse fines retributivos ni tampoco subyacer criterios preventivos generales de carácter negativo.

Bajo el Título II *De las medidas* en virtud del artículo 7, se contemplan las medidas susceptibles de ser impuestas a menores. Las medidas se dividen en medidas privativas y medidas no privativas de libertad. En las medidas privativas de libertad se contemplan las siguientes modalidades: internamiento ordinario (modalidades en función de la restricción de libertad: internamiento en régimen cerrado, internamiento en régimen semiabierto e internamiento en régimen abierto), internamiento terapéutico (cerrado, semiabierto, abierto)⁴⁰⁹ y permanencia de fin de semana. El internamiento ordinario y el internamiento terapéutico refleja «la separación entre la sanción penal dirigida al capaz de culpabilidad y la intervención penal frente al imputable o al semi-imputable».⁴¹⁰ Según el art. 7 d) esta medida puede ser aplicada sola o como complemento de otra medida prevista en esta artículo «*en el caso de*

⁴⁰⁹ La Reforma 8/2006 introduce en un solo apartado la medida correspondiente al internamiento terapéutico en régimen cerrado, semiabierto o abierto. Aunque sí que es verdad, como expresan algunos autores que hay «escasez de centros especializados en las CC.AA., por lo que existe un cierto miedo ante la pérdida de eficacia al ingresar a los menores infractores en centros no especializados». HAVA GARCÍA, E., y RÍOS CORBACHO, J.M. (2004). Las medidas aplicables a menores en la ley 5/2000. En L.R. RUÍZ RODRÍGUEZ, y J.I. NAVARRO GUZMÁN (coords.), *Menores. Responsabilidad penal y atención psicosocial* (pp.145-170). Valencia: Tirant lo Blanch, p. 158. También Montero Hernanz corrobora el hecho de que no existen muchos centros de esas características en la red de salud mental, al igual que le genera interrogantes la elaboración de un diagnóstico previo sin un equipo cualificado, el no desligar la seguridad de la terapia y el vincular un régimen de vida a la medida, lo que puede interferir en la intervención terapéutica. En MONTERO HERNANZ, T. (2011). *Legislación penal juvenil comentada y concordada*. Madrid: La Ley, p. 79. Asimismo, autoras como Molina Blázquez y Carretero González señalan que «son pocas las CC.AA. que cuentan con centros en los que se apliquen programas terapéuticos en régimen cerrado y en algunas Comunidades solucionan el problema con especialistas socio-sanitarios que se integran en centros ordinarios o sino, trasladan a los menores fuera del centro para que reciban atención terapéutica». MOLINA BLÁZQUEZ, C., y CARRETERO GONZÁLEZ, C. (2004). Análisis de las medidas y su ejecución. En S. DÍEZ RIAZA (coord.), *Cuestiones relevantes en la aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, de responsabilidad penal del menor* (pp. 105-143). Madrid: Universidad Pontificia Comillas, pp. 108-109.

⁴¹⁰ CRUZ MÁRQUEZ, B. (2007). *La medida de internamiento y sus alternativas en el derecho penal juvenil*. Madrid: Dykinson, p. 26.

personas que padezcan anomalías o alteraciones psíquicas, un estado de dependencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o sustancias psicotrópicas, o alteraciones en la percepción que determinen una alteración grave de la conciencia de la realidad».

En las medidas no privativas de libertad se encuentran: el tratamiento ambulatorio, la asistencia a un centro de día, la libertad vigilada, las prestaciones en beneficio de la comunidad, la realización de tareas socio-educativas, la amonestación, la privación del permiso de conducir ciclomotores o vehículos a motor, o del derecho a obtenerlo, o de las licencias administrativas para caza o para uso de cualquier tipo de armas, la convivencia con otra persona, familia o grupo educativo, la prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez⁴¹¹ y la inhabilitación absoluta.⁴¹²

A pesar de que la norma juvenil es sustancialmente preventiva-especial, en aras de una construcción positiva y pacificadora de las relaciones sociales y del proceso de maduración del menor, no es menos cierto que las modificaciones acontecidas en la misma han ocasionado un progresivo endurecimiento. Ese endurecimiento general de las medidas en las sucesivas reformas, se ha dado «como respuesta a los casos más graves de delincuencia juvenil siguiendo una corriente neo retribucionista».⁴¹³

En lo referente a la aplicación de una medida cuando se observa reincidencia (interpretación conforme al art. 22.8 CP como norma supletoria)⁴¹⁴ y en virtud del artículo 10 bajo el epígrafe *Reglas especiales de aplicación y duración de las medidas*, el Juez de Menores impone una medida del catálogo descrito en el art. 7 (en este caso internamiento en régimen cerrado ya que es de carácter obligatorio) al apreciar reincidencia en los «supuestos de extrema

⁴¹¹ Introducida por la Reforma 8/2006, de 4 de diciembre.

⁴¹² Introducida por la Reforma 7/2000, de 22 de diciembre.

⁴¹³ COLÁS TURÉGANO, M.A. (2015). Hacia una humanización de la justicia penal: la mediación en la justicia juvenil española. Principios y ámbito aplicativo en la LO 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. *Rev.boliv.de Derecho*, (20), 142-167, p. 144.

⁴¹⁴ La reincidencia es entendida en virtud del art. 22.8 del CP, cuando el sujeto ha sido condenado ejecutoriamente por sentencia firme por delitos de la misma naturaleza del mismo Título.

gravedad». ⁴¹⁵ Es verdad que para cada supuesto concreto se establece una duración determinada dentro del marco legal, teniendo en consideración como criterio de determinación al interés superior del menor, incluso en el caso de un menor reincidente, a pesar de que se obligue al juez a imponer la medida más restrictiva. ⁴¹⁶ Cuando se dan los hechos descritos en el art. 9.2 y el menor tiene dieciséis o diecisiete años en el momento de la comisión del delito, entonces el Juez en virtud del art. 10.1 b) *in fine*, impone como medida al menor el internamiento en régimen cerrado completada sucesivamente con la libertad vigilada. ⁴¹⁷ En todo caso, en palabras de Cervelló Donderis,

Para la aplicación preceptiva del internamiento cerrado no se considera a un menor reincidente cuando al tiempo de cometer el delito ya cumplió la medida anterior, sin necesidad de plazo adicional, limitando su apreciación a los casos en los que cumpliendo una medida o pendiente de cumplir cometiera un nuevo delito. ⁴¹⁸

Finalmente, y a modo de resumen, lo importante que se desprende de esta ley al margen de las carencias, de las posibles críticas y/o análisis más exhaustivos, es el objetivo resocializador con carácter preventivo especial positivo. Al margen de las particularidades discutibles, se pretende ayudar al menor infractor mediante el estímulo de su desarrollo social y educativo respetando en todo momento el interés superior del menor cuando se imponen las medidas por parte del Juez de Menores.

⁴¹⁵ Art. 10.1 b) de la LORRPM.

⁴¹⁶ Según Cervelló Donderis «esta previsión va mucho más allá que la regulación de adultos, ya que el Código Penal se limita a agravar la duración de la pena legalmente prevista, mientras que la LORRPM se refiere a la elección de la clase de medida, lo que debe ser aplicado por los Jueces de una manera muy restrictiva y no como una presunción *iuris et de iure* de extrema gravedad de los hechos». CERVELLÓ DONDERIS, V. (2009). *La medida de internamiento en el derecho penal del menor*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 65.

⁴¹⁷ Por lo que las reglas especiales de aplicación de medidas para los supuestos de extrema gravedad cuando los delitos son cometidos por menores de 16 y 17 años no se integran más en el art. 9.5, redactándose su regulación en el art. 10 mediante la LO 8/2006.

⁴¹⁸ CERVELLÓ DONDERIS, V. *La medida de internamiento en el Derecho...*, op. cit., p. 66. Si bien, en el Capítulo III se explicará en profundidad los plazos de cancelación de los antecedentes y la referencia al registro de sentencias en relación a la reincidencia en menores.

De todas formas, como se analizará más adelante en el apartado de la respuesta que da el derecho penal alemán a los menores infractores, cabe decir que el derecho penal de menores en España, reproduce el sistema penal que se constituyó en el país germano. Por tales motivos, habrá diversos elementos de confluencia, aunque también de diferenciación entre ambas legislaciones penales juveniles.

4.1.4. Reformas de la LORRPM

4.1.4.1. Consideraciones previas

Desde antes incluso de su entrada en vigor, la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, de responsabilidad penal del menor, ha sufrido hasta cinco modificaciones en los últimos años. Estos cambios atienden principalmente a razones de Política criminal frente a los delitos más graves respondiendo así de una manera más dura y contundente. Como se ha unificado en la doctrina, el endurecimiento y cada vez mayor carácter retributivo de esta ley viene motivado en parte por la presión ejercida por los diferentes actores sociales y la influencia de los medios de comunicación, lo que ha ocasionado un impacto social como consecuencia de los delitos de corte más violento. La criminalidad especialmente más violenta ha provocado diversos cambios en las tendencias político-criminales de nuestro país. Además, la reincidencia como fenómeno criminológico se ha visto en el centro de ese debate político-criminal, dando lugar a un particular tratamiento e intervención con estos menores.

No es intención en este apartado debatir sobre la motivación de tales reformas, pero sí afirmar que no por el hecho de endurecerse la respuesta penal van a disminuir los casos más graves. Del mismo modo, que no se puede modificar una ley penal cada vez que ocurra un hecho delictivo de tales características. Hay una percepción errónea del incremento de la criminalidad más violenta en relación a la aplicación de medidas más restrictivas. El uso de una vía retributiva y de reproche no justifica la mejor respuesta ante casos más graves o de

reincidencia en menores. Como se ha demostrado mediante estudios criminológicos y estudios empíricos del campo de las Ciencias Sociales, al igual que a través de análisis estadísticos elaborados por las instituciones oficiales, la delincuencia juvenil ha disminuido.⁴¹⁹ Si bien es cierto, que, por la presión de partidos políticos, por ciertas estructuras sociales y por el tratamiento de los medios de comunicación, se ha creado una imagen distorsionada de esta criminalidad. Sin embargo, parece ser que la sensibilidad frente a los actos delictivos cometidos por menores y por menores reincidentes ha aumentado, y así se ha reflejado en la ley penal del menor.

En este apartado, se señalarán las modificaciones más significativas, del mismo modo que el alcance de las mismas, indicando y estudiando las manifestaciones y las particularidades en relación a la institución de la reincidencia en esta norma penal, al igual que sus consecuencias jurídicas.

4.1.4.2. Reformas en la legislación del menor

Antes de la entrada en vigor del texto original de la LORRPM, se aprueba la LO 7/2000, de 22 de diciembre, de modificación de la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal y de la LO, 5/2000, de 12 de enero, de la responsabilidad penal de los menores, en relación con los delitos de terrorismo. Esta modificación incluía variaciones de carácter sustantivo y procesal a través de un endurecimiento del régimen penal. Dicho régimen penal era mucho más severo para determinadas formas de delincuencia que revestían mayor gravedad, a pesar de no tener relación con el terrorismo (previstos en los arts. 138, 139, 179, 180 y 571-580)⁴²⁰, por lo que

⁴¹⁹ A modo de ejemplo, sobre el análisis más actual en relación a la evolución de la delincuencia juvenil, *vid.* ANDRÉS PUEYO, A., y CANO MARTÍN, A. (5 de octubre de 2016). Delincuencia juvenil: una realidad que preocupa a numerosos profesionales [Mensaje de Blog]. Recuperado (18.05.2017) de: www.il3.ub.edu/blog/delincuencia-juvenil-una-realidad-que-preocupa-a-numerosos-profesionales. También, URRACO SOLANILLA, M., y REVILLA CASTRO, J.C. (2015). La producción académica: treinta años de tesis doctorales sobre juventud en España. *Revista de Estudios de Juventud*, (110), 217-237.

⁴²⁰ Arts. 138 (homicidio doloso), 139 (asesinato), 179 (violación), 180 (agresiones sexuales y violación agravada), 571-580 (terrorismo) del CP.

como sostiene Tamarit Sumalla, «se relega el interés del menor a un segundo plano».⁴²¹ En relación a los delitos de terrorismo, se introducen unas «*mínimas especialidades necesarias* que incluyen la posible prolongación de los plazos de internamiento».⁴²²

El legislador aprueba una variación al régimen original en el orden orgánico y procesal, mediante la LO 9/2000, de 22 de diciembre, sobre medidas urgentes para la agilización de la Administración de Justicia, por la que se modifica también la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Ya en la Exposición de Motivos se evidencia la voluntad de incorporar «*en la Ley Orgánica del Poder Judicial la adecuación de los Juzgados de Menores, que serán servidos por Magistrados de la Carrera Judicial con los requisitos que se establecen en la Ley Orgánica 5/2000 (...)*».⁴²³ Es por ello como sigue la EM, que debido «*a la creación de las Secciones de Menores en las Fiscalías, se prevé Secretarios Judiciales que presten sus servicios en éstas*». En este texto se regula de una manera expresa la prisión preventiva para los menores de 18 años, promoviendo al mismo tiempo su excarcelación y traslado a centro de reforma.⁴²⁴ También, se deja en suspenso durante dos años desde la entrada en vigor de la ley, la aplicación del art. 4 donde se establece el régimen especial respecto a los mayores de 18 y menores de 21 años (Disposición transitoria única).⁴²⁵

Más tarde, llegaría la LO 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. En torno a la figura de la acusación particular en el proceso penal, la nueva redacción que se da al art. 25 de la ley expresa que «*la*

⁴²¹ TAMARIT SUMALLA, J.M. *Principios político-criminales y dogmáticos...*, op.cit., p.15.

⁴²² MORENILLA ALLARD, P. (2007). Título Preliminar. En M.C. GÓMEZ RIVERO (coord.), *Comentarios a la ley del menor (Conforme a las reformas introducidas por la LO 8/2006)* (pp. 39-66). Madrid: Iustel, p. 55.

⁴²³ En la misma Exposición de Motivos se introduce «*(...) el cambio de atribución de competencia en materia de apelación contra las resoluciones de los Juzgados de Menores, en favor de las Audiencias Provinciales*».

⁴²⁴ Se añade un nuevo párrafo al apartado 6 entre los actuales párrafos primero y segundo, pasando este último a ser párrafo tercero. Disposición adicional tercera: «*los que se hallaren sujetos a prisión preventiva a la entrada en vigor de la Ley serán excarcelados y conducidos a un centro de reforma a disposición del Ministerio Fiscal. Si el Ministerio Fiscal estima procedente el mantenimiento del internamiento, deberá solicitarlo en el plazo de cuarenta y ocho horas del Juez de Menores, quien convocará la comparecencia prevista en el artículo 28.2*».

⁴²⁵ El plazo de suspensión fue ampliado posteriormente hasta el 1 de enero de 2007 por la Disposición transitoria única de la LO 9/2002, de 10 de diciembre, de modificación de la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y del Código Civil, sobre sustracción de menores. Aunque, en virtud de la LO 8/2006 se pone fin a esta cuestión al suprimir la aplicación de la LORRPM a los mayores de 18 años.

persona ofendida por el delito, sus padres o representantes legales en caso de menores de edad o incapaces podrán personarse en el procedimiento como acusadores particulares» (Disposición final segunda). Aunque el monopolio de la acción sancionadora estaba atribuida al MF, con este cambio que iba en contra de los principios expuestos en la EM de la ley, «se comparte con la víctima dicha acción, abriendo la totalidad del proceso establecido y por tanto, incidiendo en la ordenación de todas sus fases e instancias». ⁴²⁶ Sin embargo, existe una limitación en la actividad de la acusación particular y es que tanto «los medios de investigación como los medios de prueba han de referirse al hecho y a las circunstancias en que se ha cometido, sin hacer referencia a circunstancias personales, psicológicas, sociales, familiares y educativas del menor». ⁴²⁷ Se añade además de lo anterior, una Disposición adicional sexta, donde se recoge que se procederá a «*impulsar las medidas orientadas a sancionar con más firmeza y eficacia los hechos delictivos cometidos por personas que, aun siendo menores, revistan especial gravedad, tales como los previstos en los artículos 138, 139, 179 y 180 del Código Penal*». ⁴²⁸

La reforma legislativa de mayor trascendencia fue la aprobada mediante la LO 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. No se hace otra cosa que reflejar indiscutiblemente una predisposición hacia ese endurecimiento paulatino del legislador respecto al régimen de responsabilidad penal de los menores. A grandes rasgos, entre las modificaciones procesales más relevantes destacan: «el desarrollo de la figura del acusador particular, la reforma parcial de la medida cautelar personal de privación de libertad y el proceso civil del menor». ⁴²⁹ Entre las modificaciones relativas a las medidas impuestas sobresalen por dos motivos: la

⁴²⁶ MORENILLA ALLARD, P. Título Preliminar..., op. cit., pp. 56 y 57. De hecho, el acusador particular va a participar en todas las fases del proceso penal, desde la fase de investigación hasta la fase del juicio oral (Audiencia), incluyendo la fase de ejecución de la medida.

⁴²⁷ Vid. RODRÍGUEZ PÉREZ, J.P. (2004). Algunas peculiaridades del proceso penal de menores. *Anales de la Facultad de Derecho*, (21), 169-183.

⁴²⁸ Disposición adicional sexta introducida por el apartado tercero de la disposición final segunda de la L.O. 15/2003. Se establece así, la prolongación del tiempo de internamiento a través del refuerzo de las medidas en los centros. Aunque también, la posibilidad del cumplimiento de las mismas en centros penitenciarios al cumplir el menor los 18 años.

⁴²⁹ MORENILLA ALLARD, P. Título Preliminar..., op. cit., p. 57.

introducción de nuevas medidas que no estaban recogidas en la ley (como la medida de alejamiento) y la modificación de medidas ya existentes (ampliación de la medida del internamiento en régimen cerrado). En cuanto a las medidas impuestas a menores reincidentes se amplía su duración, siendo la duración máxima de 6 años, o en sus respectivos casos, de 200 horas de prestaciones en beneficio de la comunidad o de permanencia de dieciséis fines de semana.⁴³⁰

Otra modificación que incluye esta reforma, es la desaparición de la aplicación de la norma (art.4 de la LORRPM y art. 69 del CP) a aquellos jóvenes adultos entre 18 y 21 años. Es por ello, que este grupo queda fuera del ámbito de aplicación porque se produce una «supresión definitiva» de la misma, como queda reflejado en la Exposición de Motivos.⁴³¹ Sin embargo, en opinión de Jiménez Díaz,

La consecuencia automática de lo anterior es que, desde febrero de 2007, el artículo 69 del CP ha quedado materialmente sin contenido, aunque hay que denunciar que el mismo sigue intacto en el texto punitivo puesto que el legislador español no se ha preocupado de derogarlo, tal y como en buena técnica jurídica debería haber hecho.⁴³²

Por otro lado, la reincidencia va a operar en la LO 8/2006 influyendo en la toma de decisiones respecto a: la suspensión de ejecución del fallo (art.40) o la incoación por parte del Ministerio Fiscal de un expediente de reforma contra un menor (art. 18).

⁴³⁰ Art. 10.1 b) modificado por la LO 8/2006: «si al tiempo de cometer los hechos el menor tuviere dieciséis o diecisiete años de edad, la duración máxima de la medida será de seis años; o, en sus respectivos casos, de doscientas horas de prestaciones en beneficio de la comunidad o permanencia de dieciséis fines de semana. En este supuesto, cuando el hecho revista extrema gravedad, el Juez deberá imponer una medida de internamiento en régimen cerrado de uno a seis años, complementada sucesivamente con otra medida de libertad vigilada con asistencia educativa hasta un máximo de cinco años. Sólo podrá hacerse uso de lo dispuesto en los artículos 13 y 51.1 de esta Ley Orgánica una vez transcurrido el primer año de cumplimiento efectivo de la medida de internamiento. A los efectos previstos en el párrafo anterior, se entenderán siempre supuestos de extrema gravedad aquellos en los que se apreciara reincidencia».

⁴³¹ CUERDA ARNAU, M.L. (2008) Consideraciones político-criminales sobre las últimas reformas de la Ley Penal del menor. *Doctrina*, (22), 22-32, p. 25.

⁴³² JIMÉNEZ DÍAZ, M.J. *Menores y responsabilidad penal...*, op. cit., p. 160.

Cabe mencionar brevemente, la LO 8/2012, de 27 de diciembre, de medidas de eficiencia presupuestaria en la Administración de Justicia, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, que se refiere solo a asuntos de competencia.

Para acabar, otro aspecto que hay que apuntar es la desaparición de las faltas del CP mediante la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Por tales motivos, los menores de edad que hayan cometido un hecho delictivo y que sea tipificado como tal en el CP o en las leyes penales especiales serán destinatarios de la LORRPM, pero ya no las faltas, ya que han sido suprimidas del CP en virtud de tal reforma. El legislador las ha reubicado bajo una nueva categoría delictiva de delitos leves. Este cambio de faltas a delitos leves con la nueva reforma ha ocasionado una serie de cambios tanto en el derecho penal sustantivo como en el procesal.

4.1.4.3. El Reglamento 1774/2004, de 30 de julio

Además de las reformas a las que se ha hecho mención en el apartado anterior, se ha de nombrar el desarrollo reglamentario parcial de la LORRPM aprobada por Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio.⁴³³ Este RD se focaliza en tres materias concretas a tenor del art. 1 en la actuación de la Policía Judicial y del equipo técnico, el régimen disciplinario de los centros y la ejecución de las medidas cautelares y definitivas. Aunque como mantiene Landrove Díaz, se dilató en el tiempo la aprobación del Reglamento, el cual haría frente a los problemas de carácter práctico que la LORRPM no resuelve de manera expresa.⁴³⁴ Era algo demandado por la doctrina, el hecho de un desarrollo reglamentario de la LORRPM «dejando a la ordenación de las CC.AA. el grueso de la ejecución material de las medidas sobre menores delincuentes».⁴³⁵

⁴³³ BOE núm. 209, de 30 de agosto de 2004, páginas 30127 a 30149.

⁴³⁴ LANDROVE DÍAZ, G. *Introducción al derecho penal de menores...*, op. cit., p. 65. El autor además sostiene que en ocasiones, la LO y el RD se invaden mutuamente en áreas que no le son propias o se imponen soluciones no demasiado adecuadas. Aunque bien es cierto, que no entra a analizar el asunto en cuestión.

⁴³⁵ MORENILLA ALLARD, P. *Título Preliminar...*, op. cit, p. 58.

La única mención que se hace a la reincidencia en el Reglamento que desarrolla la norma penal es en el Capítulo IV bajo el epígrafe *Del régimen disciplinario de los centros*. Concretamente, en virtud del art. 67 donde en relación a la graduación de las sanciones y a tenor del principio de proporcionalidad para determinar las sanciones y su duración, se tendrán en consideración entre otras, «(...) *la reincidencia en otras faltas disciplinarias*».

4.2. El ordenamiento penal alemán en relación al menor infractor

4.2.1. Consideraciones históricas previas

Ciertamente, en el siglo XIX después de la reunificación del Imperio alemán, el derecho penal juvenil venía regulado en el derecho penal general.⁴³⁶ En este texto normativo se recogía el reflejo de un periodo de incapacidad absoluta de aplicación para aquellos menores de 12 años (§55).⁴³⁷ Aunque también una responsabilidad penal condicionada al criterio de discernimiento aplicado a los menores entre 12 y menos de 18 años (§56).⁴³⁸

A lo largo de la historia tanto la ciencia criminológica como el derecho penal han creado en el ámbito internacional mecanismos para hacer frente a la intervención y protección con y de los menores infractores basados en el pensamiento educativo. Incluso hasta la mitad del siglo XX, la intervención con menores como consecuencia de déficits educativos, fue promulgada bajo la influencia también de la *Escuela moderna* de Franz von Liszt.⁴³⁹ En esa época, donde el derecho penal de autor incluye conceptos como la «reeducación, reforma o corrección que se plasman en programas de protección y de control en una categoría social definida a partir del

⁴³⁶ *Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, de 15 de mayo de 1871.

⁴³⁷ MANZANARES SAMANIEGO, J.L. (1996). La legislación penal juvenil en Alemania. *Cuadernos de Derecho Judicial*, (15), 85-100, pp. 88 y ss.

⁴³⁸ *Ibid*, p. 89.

⁴³⁹ Escuela Sociológica o Escuela de Marburgo, donde se postula entre otros que el «derecho penal debería prestar atención a los resultados obtenidos de las investigaciones antropológicas y sociológicas de los delincuentes, extendiéndose la idea de la prevención especial en las investigaciones para las distintas categorías de delincuentes». En RIVERA BEIRAS, I. (2005) (coord.). *Política criminal y Sistema Penal. Viejas y nuevas racionalidades punitivas*. Barcelona: Anthropos, p. 58.

peligro que representa para un determinado orden en el que no encaja adecuadamente: los menores abandonados-delinquentes».⁴⁴⁰

Se puso un especial énfasis en la separación de la justicia del adulto de la justicia del menor, justificándose en aras de la rehabilitación y de la prevención. En parte, gracias al «movimiento del Tribunal juvenil («*Jugendgerichtsbeugung*») y a la escuela de derecho penal («*modernen Strafrechtsschule*»)».⁴⁴¹ La historia nos dice asimismo, que se establecen los primeros Tribunales especializados en menores en las ciudades de Colonia, Berlín o Frankfurt/Main.⁴⁴² Es por ello, que el inicio del derecho penal juvenil en Alemania aparece conjuntamente al nacimiento de los primeros Tribunales especiales que se crean para atender a los menores infractores. Estos Tribunales juveniles son los que marcan la aprobación de una ley especial penal exclusiva para ellos. El enfoque educativo de estos órganos jurisdiccionales era primordial, ya que los jueces dictaban sus sentencias en base a ese carácter educativo.

El desarrollo de la legislación penal juvenil en el país germano durante los años 20 ya en el umbral del siglo XX, se enmarca en el proceso de la elaboración de dos leyes: la Ley de bienestar de menores del Imperio («*Reichsjugendwohlfahrtsgesetz*», *RJWG*), de 9 de julio de 1922 y la Ley de Tribunales de menores del Imperio («*Reichsjugendgerichtsgesetz*», *RJGG*), de 16 de febrero de 1923. Se introducen así, las necesidades educativas en la ley penal especial para las jóvenes (*RJGG*), actuando además sobre jóvenes desamparados y vulnerables y separando la protección del menor de la jurisdicción juvenil (*RJWG*). Se creó ese sistema dual en el ámbito de la protección jurídica del menor con una distribución de competencias, cuyo modelo aún perdura en la actualidad.⁴⁴³ La *RJGG* de 1923 trae grandes novedades, como la inimputabilidad de los menores de 14 años o la respuesta penal frente al delito mediante la

⁴⁴⁰ COUSO SALAS, J. (2006). *Fundamentos del derecho penal de culpabilidad. Historia, teoría y metodología*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 455.

⁴⁴¹ SCHAFFSTEIN, F., y BEULKE, W. (1991). *Jugendstrafrecht*. Stuttgart: Kohlhammer, p.30. Traducción propia.

⁴⁴² DÜNKEL, F. *Juvenile Justice in Germany...*, op.cit. p. 226. El primer Tribunal de menores en Frankfurt fue en 1908, seguidos en el mismo año de Colonia y Berlín. En EBNER, C. (febrero, 2008). 1908 wurde das erste Jugendgericht eröffnet. *Lausitzer Rundschau*. Recuperado (19.05.2017) de: <http://www.lr-online.de/nachrichten/Tagesthemen-1908-wurde-das-erste-Jugendgericht-eroeffnet;art1065,1923413>.

⁴⁴³ Las Oficinas de la Juventud («*Jugendamt*») se vinculan al proceso penal.

imposición de medidas educativas («*Erziehungsmaßregeln*»). Además, «se determina para los jóvenes entre catorce y dieciocho años la aplicación de penas atenuadas».⁴⁴⁴ De esta manera, se aplica «un catálogo de medidas tales como instrucciones, controles y obligaciones de carácter educacional, que si son apreciadas por el Tribunal como suficientes, entonces se podría prescindir de la pena».⁴⁴⁵

Entre los años 1943 y 1953 se sientan las bases de la Ley de los Tribunales de menores (*JGG*). Se promulga la ley de los Tribunales Juveniles del Imperio («*Reichsjugendgerichtsgesetz*», *RJGG*) de 6 noviembre de 1943. Durante el periodo del Tercer Reich, se imponen los campos de concentración de la juventud, que estaban en el límite entre una medida penal y una medida policial. Siguiendo a Laubenthal, «sin mediar órdenes judiciales para el desplazamiento de los jóvenes a estos campos, se promulgaba una política racista y de biorazas («*rassebiologische Jugendpolitik*»)».⁴⁴⁶ Aparecen diversos cambios en la ley conforme a la ideología nazi, como por ejemplo: la consideración de la etnia del joven, la instauración de la pena privativa de libertad indefinida, se introducen las medidas correctivas entre la educación y la pena («*Zuchmittel*»), la atención sobre el menor en el momento de la comisión de un hecho delictivo para ser tratado como adulto (en el caso de tener 16 años), el establecimiento de la responsabilidad penal del menor a partir de los 12 años o la abolición de la libertad condicional. Si bien es verdad, que después de la II Guerra Mundial y con la escisión de países del este de Europa, los Tribunales juveniles pierden fuerza.

En 1953 se promulga la actual legislación del derecho penal juvenil, («*Jugendgerichtsgesetz*», *JGG*), completada mediante las Directrices de la JGG, de 15 de febrero de 1955 («*Richtlinien zum Jugendgerichtsgesetz*»). Siguiendo a Cano Paños, estas Directrices fueron aprobadas por

⁴⁴⁴ BLANCO, C. (2006). Estudio histórico y comparado de la legislación de menores infractores. En M. GONZÁLEZ (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje a Marta Morineau Tomo II* (pp. 90-141). México: Instituto de investigaciones jurídicas, p.90.

⁴⁴⁵ RÖSSNER, D. El derecho penal de menores en Alemania con especial..., op. cit., p. 308.

⁴⁴⁶ LAUBENTHAL, K. (2015). *Historische Entwicklung des JGG*. Heidelberg: Springer, p. 17. En la misma línea, Rössner señala que durante la época nazi «la idea de educación se tergiversa hasta lo irreconocible por contenidos racistas biologicistas». RÖSSNER, D. El derecho penal de menores en Alemania con especial..., op. cit., p. 308.

la Administración de Justicia de los Estados Federados e iban dirigidas a jueces y fiscales.⁴⁴⁷ Posteriormente, las reformas legales que se emprendieron en Alemania en 1990 y el sistema de intervención mínima moderado instaurado en este país, donde «se da prioridad a las medidas educativas y a la *diversión*, como consecuencia del reconocido principio de la «*economía procesal*», que entrega incluso a la policía, distintos grados de discreción»,⁴⁴⁸ han ido caracterizando las pautas del nuevo modelo de justicia penal juvenil. De hecho en la literatura especializada, se estudia la relación entre la justicia y el bienestar dentro del propio sistema de justicia de menores alemán, siguiéndose el modelo europeo de equilibrio entre lo judicial y lo educativo, y ahí coincide con nuestro país. Entre los cambios ocasionados por la primera reforma de 1990 destacan, la eliminación de la prisión indeterminada, la elaboración de nuevas medidas educativas y la perfección de vías alternativas a la judicialización.

Es cierto, que con el tiempo y en base a estudios criminológicos realizados se llegó a la conclusión que la conducta delictiva de un menor infractor no era debida básicamente a déficits educativo, por lo que el modelo tutelar alemán entra en crisis. Después de la reunificación de la RFA (República Federal alemana) y de la RDA (República Democrática alemana) y tras la firma del Tratado de Reunificación de 3 de octubre de 1990, no ha habido cambios sustanciales en la *StGB* ni en la *JGG*, al margen de la ampliación en las disposiciones de las normativas de los diferentes «*Bundesländer*».

4.2.2. Mayoría de edad y madurez del menor

El derecho penal juvenil alemán se caracteriza «por sustraer al joven cuya madurez o capacidad de culpabilidad no ha sido determinada positivamente-y, en ocasiones, al joven adulto-, del derecho penal general, y someterlo a un sistema de sanciones específicas, (...), impuestas a través de Tribunales especiales».⁴⁴⁹

⁴⁴⁷ CANO PAÑOS, M.A. *El futuro del derecho penal juvenil europeo. Un estudio comparado...*, op.cit., p.147.

⁴⁴⁸ DÜNKEL, F., y CASTRO, A. *Sistemas de justicia juvenil ...* op.cit., p.427.

⁴⁴⁹ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M.I. *Minoría de edad penal...*, op. cit., pp.57-58.

El criterio de madurez («*Reifekriterium*») puede ser considerado como un «concepto jurídico indeterminado,⁴⁵⁰ ya que no es de aplicación uniforme al no ejecutarse siempre de la misma manera». Hay que tomar en consideración las diferencias individuales durante el proceso de maduración del menor en relación a su desarrollo intelectual y moral. De alguna manera, se deben interpretar una serie de particularidades para determinar la falta de *especificidad* del contenido del §3 *JGG*.⁴⁵¹ Esta interpretación se lleva a cabo por parte del órgano jurisdiccional en cada caso concreto de acuerdo a esa capacidad de madurez del menor. Según establece la doctrina, «si hay ausencia de la capacidad de madurez entonces hay ausencia de culpa atendiendo al significado del §3».⁴⁵²

El contenido del § 3 de la norma penal juvenil en relación a la responsabilidad penal del menor refiere a una:

- madurez especial, que incluye la madurez moral («*sittliche Reife*») con un componente ético, y la madurez mental («*geistige Reife*») con un componente intelectual.
- habilidad especial, en relación a la injusticia del hecho (mala conducta) y actuar conforme a la idea que el sujeto sabe que ese comportamiento está mal (excluidos los comportamientos impulsivos).
- la relación con el hecho delictivo.

⁴⁵⁰ VOLBERT, R., y DAHLE, K.P. (2010). *Forensisch-psychologische Diagnostik im Strafverfahren*. Göttingen: Hogrefe, p. 133. Traducción propia.

⁴⁵¹ §3 *JGG*:«*Ein Jugendlicher ist strafrechtlich verantwortlich, wenn er zur Zeit der Tat nach seiner sittlichen und geistigen Entwicklung reif genug ist, das Unrecht der Tat einzusehen und nach dieser Einsicht zu handeln. Zur Erziehung eines Jugendlichen, der mangels Reife strafrechtlich nicht verantwortlich ist, kann der Richter dieselben Maßnahmen anordnen wie das Familiengericht*» («*Un joven es penalmente responsable si en el tiempo de cometer el hecho delictivo tiene la madurez suficiente desde el punto de vista de su desarrollo moral y mental para comprender el significado de la injusticia del acto delictivo cometido y para actuar en consecuencia. Si el joven no es responsable por esa ausencia de madurez, entonces el juez puede ordenar las mismas medidas impuestas en el Tribunal de Familia*»). Traducción propia.

⁴⁵² BRUNNER, R. (2001). *Das Jugendstrafrecht an der Wende zum 21. Jahrhundert*. Berlin: De Gruyter Recht, p.132. Traducción propia.

En función de eso, se adoptarán medidas en base a criterios de desigualdad positiva. Esta desigualdad positiva hace referencia a los casos en los que hay sujetos de igual edad pero con un desarrollo totalmente diferente. Atendiendo al desarrollo intelectual o psíquico y moral del menor, éste mostrará una capacidad de madurez concreta para comprender el injusto y actuar conforme a esa comprensión, para poder determinar si el menor tiene o no una capacidad de culpabilidad plena.

La legislación penal juvenil alemana en el caso de los menores de 14 a 17 años, razona sobre la responsabilidad del menor cuando desde un punto de vista de su evolución moral y mental, tenga la madurez suficiente y la capacidad de comprender el significado del hecho delictivo que ha cometido. Esto quiere decir por un lado, que se debe hacer una exploración específica de la capacidad del menor ya que no hay una presunción de responsabilidad. En cambio por otro lado, «la responsabilidad del menor en todo caso debe ser constatada de una manera explícita en cada caso individual».⁴⁵³ Conviene asimismo tener presente, que según está recogido en este texto normativo, son los Tribunales de menores los competentes para determinar si los jóvenes entre 18 y 20 años van a ser juzgados siguiendo la ley juvenil o la ley penal para adultos. Para ello y adoptando el criterio de discernimiento propio del derecho penal de menores, se debe hacer una exploración para saber el trato que se le da al sujeto, a no ser, que la infracción que cometa el sujeto sea de antemano propia de menores. Es decir, el criterio de discernimiento que versa en el derecho penal de menores alemán en relación a ese grupo de semi-adultos, ha establecido una edad penal concreta en la cual el que ha cometido una infracción será penalmente responsable.

Si es mayor de 14 pero no ha cumplido los 18 años se atenderá a lo estipulado en el §3 de la *JGG*.⁴⁵⁴ Para determinar, si el menor es capaz de entender del mismo modo que es capaz de

⁴⁵³ PRITTWITZ, C. (2010). La justicia penal de menores en Alemania. En E. ANARTE BORRALLA (dir.), *Tendencia de la justicia penal de menores: una perspectiva comparada* (pp. 21-36). Madrid: Iustel, p.26.

⁴⁵⁴ El debate entre psicólogos, juristas y psiquiatras en relación a este artículo se plantea alrededor de cuatro términos que son: «*sittliche Reife*» (madurez moral), «*geistige Reife*» (madurez mental), «*Einsichtsfähigkeit*» (capacidad de comprensión) und «*Handlungsfähigkeit*» (capacidad de actuar). La doctrina jurídica, médico-forense y psiquiátrica buscan explicar el enjuiciamiento de la capacidad de madurez desde una óptica biológica, psicológica y social, en el tramo de edad de 14 a 18 años, y en ocasiones al joven adulto.

adecuar su voluntad a tal entendimiento. No obstante, como queda evidenciado en la literatura alemana, los Tribunales en ocasiones generalizan. Es por ello, que no contemplan cada caso en particular a la hora de llevar a cabo el examen individual de madurez. En este sentido Albrecht, se hace eco de «la actual discusión que genera la interpretación del § 3 de la Ley, ya que la praxis judicial actúa de forma bastante frívola, vacía y repetitiva»⁴⁵⁵. Aunque, en opinión de otros autores, «el fundamento sigue un criterio biológico, ya que ese desarrollo moral y espiritual se fundamenta en tal criterio, siendo tal la capacidad, para comprender una consecuencia psicológica exigida por la norma.»⁴⁵⁶

En consecuencia, el sistema alemán siempre va a exigir una exploración específica sobre la capacidad del menor para comprender el significado del hecho delictivo y actuar en consecuencia, porque «no hay una *presunción de responsabilidad*, por lo que en virtud del §3 JGG se debe *explícitamente* constatar en cada caso concreto de manera individual».⁴⁵⁷

4.2.3. *Jugendgerichtsgesetz (JGG)*, de 4 de agosto de 1953

4.2.3.1. *Introducción*

La legislación alemana en materia de menores es representativa de otras legislaciones europeas.⁴⁵⁸ De hecho, el criterio principal en el derecho penal de menores en el país germano es la respuesta de carácter educativo frente al hecho criminal. Es por ello, que la influencia del pensamiento esencialmente educativo «*Erziehungsgedanke*»,⁴⁵⁹ es fundamental y así queda reflejado en el articulado de esta ley, siendo «esa idea el *leit motiv* del derecho penal de

⁴⁵⁵ ALBRECHT, P.A. (2000). *Jugendstrafrecht*. München: Verlag C.H. Beck., pp.99 y ss. Traducción propia.

⁴⁵⁶ GRASNICK, W. (1987). *Über Schuld, Strafe und Sprache*. Tübingen: J.C.B. Mohr, p. 8. Traducción propia.

⁴⁵⁷ PRITTWITZ, C. La justicia penal de menores..., op. cit., p. 26.

⁴⁵⁸ En este sentido, se distinguen tres sistemas o modelos político-jurídicos en Europa: el sistema continental (central: Alemania y meridional: España), el anglosajón («*common law*») y el nórdico (países escandinavos y Finlandia). En TAMARIT SUMALLA, J.M. (2007). Sistema de sanciones y Política criminal. Un estudio de Derecho comparado europeo. *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, (09-06), 1-40, p.7.

⁴⁵⁹ Cuya materialización se integró dentro de la reforma de la Ley JGG de 2007. Vid. CANO PAÑOS, M.A. *¿Supresión, mantenimiento o reformulación...?*, op.cit, p. 13.

menores en términos preventivo-especiales».⁴⁶⁰ La naturaleza jurídica de la legislación penal juvenil se corresponde a una concepción de derecho penal educativo y como tal, se pretende dar un lugar importante a la educación, siendo ésta la piedra angular dentro del derecho penal de menores en Alemania. Como se ha dicho, el derecho penal juvenil dirigido a la resocialización es concebido como un derecho penal educativo y como «un derecho penal de autor («*Täterstrafsrecht*»), en contraposición al derecho penal general».⁴⁶¹ Al concebirse como un derecho penal de autor se tiene en cuenta la consecuencia jurídica penal dependiente de la personalidad del autor, y no del hecho.

Al margen de las similitudes y diferencias con la norma española, comprensible es por otro lado, que a pesar del criterio de discernimiento utilizado por el legislador alemán para establecer la responsabilidad penal de un sujeto menor de edad, el derecho penal de menores en el país germano ha servido como fuente de inspiración para gran parte del articulado de la actual legislación penal de menores española.⁴⁶²

El actual sistema judicial juvenil está regulado en la «*Jugendgerichtsgesetz*» (*JGG*),⁴⁶³ cuya traducción exacta sería Ley de los Tribunales juveniles (también conocida como Ley de los Tribunales de menores), cuya redacción data de 4 de agosto de 1953, siendo reformulada más tarde el 11 de diciembre de 1974.⁴⁶⁴ La aplicación y objetivo de esta norma como bien queda reflejado en el §2, es el ámbito de la justicia de menores.⁴⁶⁵ Al contrarrestar los nuevos delitos

⁴⁶⁰ COUSO SALAS, J. *Fundamentos del derecho penal de culpabilidad...*, op. cit., p. 471.

⁴⁶¹ CANO PAÑOS, M. A. Posibilidades de «Diversión» por parte del Ministerio Fiscal..., op. cit., p. 227.

⁴⁶² Cfr. sobre la jurisprudencia y la doctrina alemana que están suficientemente desarrolladas en el contexto del derecho penal de menores por lo que su referencia es relevante para la norma penal juvenil española, influyendo en sus reformas legislativas. COUSO SALAS, J. *Fundamentos del derecho penal de culpabilidad. ...*, op. cit., p. 453.

⁴⁶³ *Jugendgerichtsgesetz (JGG)*, de 4 de agosto de 1953 en inglés. Recuperado (18.01.2017) de: <http://www.gesetze-im-internet.de/jgg/BJNR007510953.html#BJNR007510953BJNG000100319>. También llamada por la doctrina en lengua castellana, Ley Judicial Juvenil alemana.

⁴⁶⁴ *BGBl. I S. 3427, «Bekanntmachung der Neufassung des Jugendgerichtsgesetzes vom 11. Dezember 1974».*

⁴⁶⁵ § 2 *JGG*: «*Die Anwendung des Jugendstrafrechts soll vor allem erneuten Straftaten eines Jugendlichen oder Heranwachsenden entgegenwirken. Um dieses Ziel zu erreichen, sind die Rechtsfolgen und unter Beachtung des elterlichen Erziehungsrechts auch das Verfahren vorrangig am Erziehungsgedanken auszurichten*» («*La aplicación de la justicia juvenil es contrarrestar especialmente los nuevos delitos de los menores o adolescentes. Para lograr este objetivo, las consecuencias legales y bajo la atención de la educación parental también el*

cometidos por los adolescentes mediante una concepción educativa, se aplicarán las normas generales en el caso de que esta ley no disponga de otras prescripciones.

4.2.3.2. Imputabilidad

Antiguamente, en relación a la imputabilidad del menor en el derecho germánico respondía pecuniariamente la persona que los tuviera bajo su cargo.⁴⁶⁶ En la actualidad, la capacidad de culpabilidad («*Schuldfähigkeit*») se menciona de una manera expresa en el §20 del *StGB*,⁴⁶⁷ cuyo contenido recoge la «incapacidad de culpabilidad por trastornos psíquicos» («*Schuldunfähigkeit wegen seelischer Störungen*»), es decir, las causas de inimputabilidad. Por otro lado, la culpabilidad disminuida («*Verminderte Schuldunfähigkeit*») se desarrolla en el §21 *StGB*.⁴⁶⁸ Esto quiere decir que una vez confirmada la responsabilidad penal del menor en un caso concreto se tienen en cuenta unos factores específicos que pueden estar presentes o ausentes, y que en función de esa presencia o ausencia se excluye la imputabilidad según el §20 o se disminuye la imputabilidad en virtud del §21. Entonces, frente a la valoración del

procedimiento prioritario es adaptarse al pensamiento educativo»). Traducción propia.

⁴⁶⁶ Aunque en ocasiones, éste se podía librar de su responsabilidad entregando el autor al ofendido para que dispusiese de él. También, podía ocurrir que se condenara al menor de edad o que en todo caso se sustituyera la condena por la obligación de abandonar el lugar. En MARTÍNEZ GARAY, L. *La imputabilidad penal: concepto...*, op.cit., p.25.

⁴⁶⁷ *Ibid*, p. 58. Sobre ello, Martínez Garay, alude a la fórmula o método mixto (biológico-psicológico) para referirse a la regulación legal de la imputabilidad contenida en el §20 del *StGB* alemán, ya que esta fórmula se refiere a las causas y los efectos de la imputabilidad. Debido a un debate doctrinal entre los autores germanos, se han propuesto otras denominaciones para abordar esta regulación sobre la fórmula mixta de la imputabilidad, aunque no es objetivo de este trabajo exponerlas aquí. §20 *StGB*: «*Ohne Schuld handelt, wer bei Begehung der Tat wegen einer krankhaften seelischen Störung, wegen einer tiefgreifenden Bewußtseinsstörung oder wegen Schwachsinnns oder einer schweren anderen seelischen Abartigkeit unfähig ist, das Unrecht der Tat einzusehen oder nach dieser Einsicht zu handeln*» («Sin culpa es considerado aquel que es incapaz en el momento de cometer el hecho delictivo a causa de un trastorno mental patológico, una profunda alteración de la conciencia o un retraso mental grave u otro tipo de anormalidad mental, ver la injusticia del acto delictivo o actuar conforme a ese conocimiento»). Traducción propia.

⁴⁶⁸ §21 *StGB*: «*Ist die Fähigkeit des Täters, das Unrecht der Tat einzusehen oder nach dieser Einsicht zu handeln, aus einem der in § 20 bezeichneten Gründe bei Begehung der Tat erheblich vermindert, so kann die Strafe nach § 49 Abs. 1 gemildert werden*» («Es la capacidad del delincuente para ver la injusticia del acto o para actuar conforme a esa comprensión, reduciéndose en gran medida en función de cualquiera de los motivos previstos en el § 20, por lo que la pena puede ser mitigada en virtud del § 49 párr. 1»). Es decir, se analiza la capacidad del delincuente para ver la injusticia del acto y para actuar de acuerdo con esa comprensión, ya que la reducción sustancial de alguna de las características mencionadas en el §20 *StGB* en el momento de cometer el delito, reduce la pena impuesta según el § 49.1 *StGB*.

grado de madurez de un menor que ha cometido un hecho delictivo y en aras de exigir una responsabilidad penal, debe poder demostrarse en positivo la capacidad de madurez para comprender el injusto del hecho y actuar conforme a esa comprensión.

Con respecto a la capacidad de comprensión del injusto («*Einsichtsfähigkeit*»), según la doctrina alemana como ya se desarrolló anteriormente, incluye por un lado la madurez intelectual («*Verstandreife*») en relación al hecho concreto, y por otro lado, la madurez moral («*etische Reife*»).⁴⁶⁹ Además de la capacidad de entendimiento, se precisa de la capacidad de acción conforme a esa comprensión («*Steuerungsfähigkeit, Handlungsfähigkeit*») del hecho concreto. Los dos elementos de la imputabilidad son independientes, pudiendo concurrir la capacidad de comprensión del injusto pero no la capacidad de acción, aunque no al contrario. Bien es cierto, que a veces puede haber un «impedimento para comprender el injusto por parte del menor ya que la representación de valores y la comprensión racional existentes han sido derribadas, sobre todo como señala la doctrina, en delitos contra la propiedad (caracterizados por un impulso de poseer)».⁴⁷⁰

En realidad, va a actuar sin culpabilidad quien sufre trastornos psíquicos, lo que le impide comprender el injusto del hecho o comportarse acorde a esta comprensión por cualquiera de los trastornos descritos en dicha rúbrica (§20 *StGB*). La fórmula legislativa que adopta la imputabilidad en la norma penal general, corresponde a un modelo mixto, igual que la española.⁴⁷¹

Como ya se dijo, la regulación de la imputabilidad está contenida en el §3 de la *JGG* en relación a la responsabilidad criminal de los menores («*Verantwortlichkeit von Jugendlichen*»). Es por ello, que los menores de 14 a 17 años serán juzgados por los Tribunales de menores si en el momento de la comisión del acto delictivo, son poseedores de

⁴⁶⁹ PRUIN, I.R. (2007). *Die Heranwachsendenregelung im deutschen Jugendstrafrecht. Jugendkriminologische, entwicklungspsychologische und rechtsvergleichende Aspekte*. Mönchengladbach: Forum Verlag Godesberg, p.18. Traducción propia.

⁴⁷⁰ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M.I. *Minoría de edad penal...*, op.cit., p.55.

⁴⁷¹ Clasificación considerada por la mayor parte de la doctrina alemana.

una capacidad moral e intelectual suficiente para apreciar la injusticia de sus acciones y comprender el acto criminal. Como ocurría en el caso español, los menores de 14 años no son responsables jurídicamente, lo que se conoce en la terminología alemana como «*Kinder*» (niños). Estos niños en el momento de comisión del hecho delictivo al tener menos de 14 años tienen una presunción de inculpabilidad o inimputabilidad («*Schuldunfähigkeit*»),⁴⁷² recibiendo las medidas impuestas por un Juez Tutelar («*Vormundschaftsrichter*»).⁴⁷³ Estas medidas pueden ser de tipo protector o de tipo educativo, como por ejemplo, asistencia educativa o auxilio educativo voluntario (acorde a la legislación civil y social alemana).⁴⁷⁴ Las medidas impuestas a los menores de 14 años dependerán de las necesidades del menor y de las posibilidades de los «*Länder*», al tener éstos la competencia de educación y asistencia.⁴⁷⁵

En supuestos concretos, los jóvenes semiadultos de 18 años y que no hayan cumplido los 21 serán responsables penalmente e imputables con arreglo al *StGB*. En principio, el grupo de los semiadultos o adultos jóvenes son responsables jurídicamente según la legislación penal juvenil bajo determinadas condiciones, aplicándose para ello unas respuestas jurídicas especiales. El §105 *JGG* contiene los requisitos que sirven para determinar si un semiadulto es responsable conforme a la norma juvenil. Estas dos condiciones son, que el menor tenga un desarrollo moral y mental equiparable a un menor («*Jugendliche*») en el momento de la comisión del delito⁴⁷⁶ o que el joven adulto haya cometido un hecho delictivo que sea catalogado como una infracción juvenil («*Jugendverfhlung*») atendiendo a sus circunstancias, causas y motivaciones.⁴⁷⁷ No obstante, en caso de duda prevalece la aplicación

⁴⁷² §19 *StGB*: «Schuldunfähig ist, wer bei Begehung der Tat noch nicht vierzehn Jahre alt ist» («*No es culpable, quien en el momento de la comisión del hecho delictivo no se han cumplido 14 años*»). Traducción propia.

⁴⁷³ Como sostiene Albrecht, en ocasiones los jueces imponen medidas contenidas en el *JGG*, porque las medidas de protección suelen ser más intensas y rigurosas que algunas de las reguladas en la norma penal juvenil. ALBRECHT, P.A. *Jugendstrafrecht...*, op. cit., p. 100.

⁴⁷⁴ Las medidas de protección y de asistencia están previstas en el Código Civil alemán (*BGB*) y las medidas educativas recogidas en el articulado de la ley *KJHG*, *JWG* o de la ley *JÖSchG*.

⁴⁷⁵ VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C. *Derecho penal juvenil...*, op., cit., p.111.

⁴⁷⁶ La jurisprudencia alemana ha ido elaborando una serie de criterios que determinan el nivel de madurez de un sujeto como por ejemplo: independencia en la relación parental, planificación realista de la vida, actitud seria hacia el trabajo, capacidad de vincularse con los demás o superación realista de la vida cotidiana. *Ibid*, p. 115.

⁴⁷⁷ §105 *JGG*: «(...)1. die Gesamtwürdigung der Persönlichkeit des Täters bei Berücksichtigung auch der Umweltbedingungen ergibt, daß er zur Zeit der Tat nach seiner sittlichen und geistigen Entwicklung noch einem

del derecho penal de menores, y si se aplica el derecho penal de adultos con ciertas restricciones en las medidas impuestas.

Para acabar, la capacidad de culpabilidad se debe valorar en cada supuesto individual a tenor del §3 *JGG* y fundamentarse en el dictámen del Juez, si hubiese duda, es entonces cuando el órgano jurisdiccional presupone que el menor de edad en virtud de esa disposición no es imputable, y se limita por tanto a un procedimiento educativo.

4.2.3.3. *Imputabilidad y variables psicopatológicas*

Puede observarse, una cuestión fundamental relacionada con los factores de riesgo derivados de variables psicopatológicas en el contexto de la reincidencia juvenil en relación a la imputabilidad de un menor o adolescente.⁴⁷⁸ Se ha estudiado la relación empírica de estas variables con la fundamentación para responsabilizar a un sujeto de un hecho delictivo concreto.

La influencia de las variables psicopatológicas en la culpabilidad de un sujeto ante la comisión de un hecho ilícito determina la imposición de medidas en consonancia a las disposiciones del §§20⁴⁷⁹ y 21 *StGB*. Es decir, se analiza la capacidad del delincuente para ver la injusticia del acto y para actuar de acuerdo con esa comprensión, ya que la reducción sustancial de alguna de las características mencionadas en el §20 *StGB* en el momento de cometer el delito, reduce la pena impuesta según el § 49.1 *StGB*.⁴⁸⁰

Jugendlichen gleichstand, oder 2. es sich nach der Art, den Umständen oder den Beweggründen der Tat um eine Jugendverfehlung handelt». Traducción propia.

⁴⁷⁸ Las variables psicopatológicas como factores de riesgo en la delincuencia y reincidencia juvenil -derivadas de las investigaciones del ámbito criminológico- se exponen en el Capítulo IV epígrafe 2.3.1.1.

⁴⁷⁹ Las circunstancias que describe el §20*StGB* son estados patológicos que crean sobre el sujeto un estado anormal: trastornos patológicos, alteraciones profundas de la conciencia, demencia u otras anomalías mentales graves.

⁴⁸⁰ El § 49.1 *StGB* contiene las circunstancias atenuantes legales especiales.

En el caso de la jurisdicción penal juvenil en virtud del §7.1 *JGG* como medida de prevención y corrección, se puede imponer el establecimiento del menor infractor en un centro u hospital psiquiátrico. Estas medidas por tanto, refieren al internamiento particularmente de los infractores con graves psicopatologías. Lo mismo es aplicable, para el sujeto que tenga tendencia a consumir alcohol u otras sustancias intoxicantes (§64 *StGB*).⁴⁸¹ En el caso de menores se impone especialmente en aquellos con tendencia en exceso al consumo de estupefacientes. Hay una excepción, la regla especial en torno a la culpabilidad de los jóvenes (§35.1 *StGB*),⁴⁸² en aplicación del §3*JGG* aunque sin la imposición de una medida.

Por último, destacar que la diferencia entre el §3*JGG* y el §20 *StGB* radica como se desprende de la disposición de la legislación de menores, que está condicionado por la madurez del joven o adolescente. Mientras, que en la legislación de adultos no está influenciado por la madurez del sujeto.

4.2.3.4. Principios de la *JGG*

Uno de los principios básicos dentro de los principios procesales y penales de la legislación penal de los menores en Alemania («*Prinzipien des JGG*»), es el ya citado principio educativo «*Erziehungsprinzip*». Este principio no está exento de polémica ya que entre la doctrina alemana, se han alzado voces favorables a eliminarlo de la norma penal juvenil.⁴⁸³ Otro de los

⁴⁸¹ §64 *StGB*: «*Hat eine Person den Hang, alkoholische Getränke oder andere berauschende Mittel im Übermaß zu sich zu nehmen, und wird sie wegen einer rechtswidrigen Tat, die sie im Rausch begangen hat oder die auf ihren Hang zurückgeht, verurteilt oder nur deshalb nicht verurteilt, weil ihre Schuldunfähigkeit erwiesen oder nicht auszuschließen ist, so soll das Gericht die Unterbringung in einer Entziehungsanstalt anordnen, wenn die Gefahr besteht, dass sie infolge ihres Hanges erhebliche rechtswidrige Taten begehen wird (...)*».

⁴⁸² §35.1 *StGB*: «*Wer in einer gegenwärtigen, nicht anders abwendbaren Gefahr für Leben, Leib oder Freiheit eine rechtswidrige Tat begeht, um die Gefahr von sich, einem Angehörigen oder einer anderen ihm nahestehenden Person abzuwenden, handelt ohne Schuld. Dies gilt nicht, soweit dem Täter nach den Umständen, namentlich weil er die Gefahr selbst verursacht hat oder weil er in einem besonderen Rechtsverhältnis stand, zugemutet werden konnte, die Gefahr hinzunehmen (...)*» («*Cualquier persona ante una amenaza actual, para prevenir un peligro de si mismo actuará sin culpabilidad ante la prevención del daño contra de la vida, la integridad física o la libertad. Esto no se aplica si el delincuente particularmente, ha causado el riesgo o porque estaba en una relación especial de la cual se podría esperar que aceptara ese riesgo*»). Traducción propia.

⁴⁸³ Cfr. ALBRECHT, H.J. (2002) *Ist das Jugendstrafrecht noch zeitgemäß? Gutachten für den 64. Deutschen Juristentag*. Munich: Beck Verlag. También en, DEUTSCHER BUNDESTAG (2008). *Zum Erziehungsgedanken*

principios destacados es el principio de subsidiariedad («*Subsidiaritätsprinzip*»),⁴⁸⁴ en el caso que se aplique una medida como consecuencia de una infracción penal juvenil, ya que se recurre a la priorización de las educativas (§5.2)⁴⁸⁵ frente a otras medidas contenidas en la *JGG*. Si las medidas educativas no son suficientes, entonces se imponen las coercitivas (§13.1), y si éstas no son todavía válidas y el delito es de carácter grave, entonces se impone una pena juvenil (§17.2).⁴⁸⁶

Además de lo anterior, una de las manifestaciones del principio de oportunidad («*Oportunitätsprinzip*») y del principio de intervención mínima en el ámbito procesal de menores, son las medidas desjudicializadoras («*Diversion*») recogidas en los artículos §45 y §47 de la *JGG*. De esta manera, el Ministerio Fiscal o el Juez pueden concluir anticipadamente el procedimiento penal.⁴⁸⁷

Otros principios de la norma penal juvenil junto a los descritos, son:

- Principio de individualización («*Prinzip der Individualisierung*»). Uno de los objetivos de la *JGG* es la prevención individual orientada a la figura del acusado o demandado, al igual que la individualización de la medida sancionadora.
- Principio de flexibilidad («*Prinzip der Flexibilität*»). Recoge una amplia gama de medidas sancionadoras especiales para los jóvenes diferenciadas de aquellas impuestas

im *Jugendstrafrecht*. Recuperado (20.05.2017) de:
<https://www.bundestag.de/blob/408078/b40ab56035eded6af31a10cf73ddef48/wd-7-015-08-pdf-data.pdf>.

⁴⁸⁴ GÜNZEL, S. (2001). *Die geschichtliche Entwicklung des Jugendstrafrechts und des Erziehungsgedankens*. Marburg: Tectum, p.144. En base a este principio, las medidas ambulatorias y las medidas de carácter informal tienen prioridad sobre la terminación del proceso mediante una sentencia. Del mismo modo, que priorizan sobre las medidas de carácter estacionario. Traducción propia.

⁴⁸⁵ §5.2 *JGG*: «*die Straftat eines Jugendlichen wird mit Zuchtmitteln oder mit Jugendstrafe geahndet, wenn Erziehungsmaßregeln nicht ausreichen*». Traducción propia.

⁴⁸⁶ §17.2 *JGG*: «*Der Richter verhängt Jugendstrafe, wenn wegen der schädlichen Neigungen des Jugendlichen, die in der Tat hervorgetreten sind, Erziehungsmaßregeln oder Zuchtmittel zur Erziehung nicht ausreichen oder wenn wegen der Schwere der Schuld Strafe erforderlich ist*». Traducción propia.

⁴⁸⁷ Para una mayor ampliación de este asunto, véase el Capítulo IV en relación a la presencia de estos principios en las medidas de *diversion*.

a los adultos. La flexible aplicación de estas medidas va a la par que la flexibilidad del proceso.

- Principio de la norma más favorable («*Prinzip der Nichtschlechtstellung*»). En relación con el principio de igualdad de trato (§3 *JGG*) con el objetivo de prohibir la discriminación de los jóvenes en relación a los adultos. Para ello, se tiene en cuenta durante el proceso y la imposición de las sanciones a los menores que no haya ningún tipo de perjuicio.
- Principio de aceleración («*Prinzip der Beschleunigung*»). La justicia de menores debe darse en un plazo razonable en el menor tiempo que sea posible.

Gracias a estos principios penales y procesales como ocurría en la norma penal española, se establecen unas garantías que favorezca el tratamiento jurídico del menor en la jurisdicción juvenil alemana.

4.2.3.5. Medidas de la *JGG*

No puede olvidarse que las medidas adoptadas en la *JGG* como consecuencia de la comisión de un hecho delictivo por parte de un menor se estructuran en tres grupos (§5 *JGG*) que son:

- Medidas educativas («*Erziehungsmaßregeln*») reguladas en §§9-12 *JGG*. Por ejemplo, la educación asistencial, trabajos en beneficio de la comunidad o aceptación de un trabajo o un aprendizaje. Son medidas aplicadas en principio a delitos de escasa gravedad, a pesar de que se impongan últimamente a delitos de mayor envergadura.⁴⁸⁸ De hecho, dichas medidas no quedan inscritas en el Registro Federal Central («*Bundeszentralregister*») sino en un registro especial para jóvenes y adolescentes

⁴⁸⁸ MANZANARES SAMANIEGO, J.L. La legislación penal juvenil en Alemania..., op. cit., p. 90.

(«*Erziehungsregister*»), el cual es obligatorio. El Registro educativo se enmarca dentro del Registro Federal Central.

- Medidas correctivas o disciplinarias previstas en §§13-16 *JGG* («*Zuchtmittel*») como la amonestación, el arresto juvenil⁴⁸⁹ o las obligaciones. Como medidas situadas en un punto intermedio entre las educativas y la pena juvenil, «se inspiran en la culpabilidad del autor tendiendo a la prevención mediante la represión y el castigo».⁴⁹⁰

No obstante, este sistema de subsidiariedad se ve profundamente matizado por las provisiones contenidas en el §8 *JGG*⁴⁹¹ que introduce en el modelo de justicia juvenil la posibilidad de que el Juez de Menores decrete una concurrencia de consecuencias jurídicas, procediendo a aplicar de manera conjunta medidas educativas y coercitivas.⁴⁹²

- Pena juvenil recogida en §17-18 *JGG* («*Jugendstrafe*») de 6 meses a 5 años, excepto en casos graves donde el CP alemán castigue el delito con penas de prisión de más de 10 años, entonces la pena juvenil podrá ser de esta duración. Es importante tener en consideración la edad que tenía el sujeto en el momento de la comisión del hecho delictivo. En cualquier caso, la pena juvenil impuesta deberá ser tal que una acción educativa sea requerida y ejecutada en instituciones especiales para menores (§92.1 *JGG*). Ante la apreciación de reincidencia en los supuestos de delitos graves y sin

⁴⁸⁹ El arresto juvenil («*Jugendarrest*») para algunos autores es un internamiento que explícitamente es una pena privativa de libertad y tiene tres modalidades: de tiempo libre sin sobrepasar las 48 horas («*Freizeitarrrest*»), breve («*Kurzarrrest*») de hasta 4 días y de larga duración con un máximo de 4 semanas («*Dauerarrrest*»). PRITTWITZ, C. *La justicia penal de menores...*, op. cit., p. 27.

⁴⁹⁰ PÉREZ MACHÍO, A.I. (2007). *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, p.107.

⁴⁹¹ §8.1 *JGG*: «*Erziehungsmaßregeln und Zuchtmittel, ebenso mehrere Erziehungsmaßregeln oder mehrere Zuchtmittel können nebeneinander angeordnet werden (...)* («*Las medidas educativas y disciplinarias pueden disponerse conjuntamente (...)*»). Traducción propia.

⁴⁹² FERREIRÓS, C.E., SIRVENT, A., SIMONS, y R., AMANTE, C. (2011). *La mediación en el derecho penal de menores*. Madrid: Dykinson, p.147.

poder recurrir a otro tipo de medidas, se puede admitir la pena juvenil como medida impuesta a un menor.

Las medidas educativas fueron introducidas por la *RJGG* de 1923, mientras que las coercitivas se integran en la *RJGG* de 1943.⁴⁹³ Estas medidas están actualmente vigentes, a pesar de algunas modificaciones que se hicieron posteriormente. Si bien es cierto, que la doctrina alemana coincide que es el primer grupo de medidas las que se suponen auténticas medidas, al tener una finalidad efectiva para suplir las carencias educativas del menor. No obstante, como se ha enumerado anteriormente estas carencias no suponen el único elemento que influye en la conducta antisocial del joven.

Es importante de nuevo destacar que si las medidas educativas son insuficientes, entonces se puede recurrir a los otros dos tipos de medidas. Las penas juveniles se imponen cuando los dos medios anteriores no son idóneos y cuando el acto delictivo tenga elementos perjudiciales o con una tendencia nociva («*schädlichen Neigungen*»), y la pena se pueda fundamentar en una gravedad de la culpabilidad («*Schwere der Schuld*»)⁴⁹⁴ En efecto, estas medidas se impondrán a los menores que han sido declarados capaces de culpabilidad, y por lo tanto penalmente responsables, donde a juicio del Tribunal además de lo anterior, se concluya que ni la medida educativa ni la medida correctiva ha sido suficiente. En cuanto al régimen penitenciario para menores no existe uno como tal, por lo que la ejecución de las medidas es llevada a cabo gracias a normas federales administrativas.⁴⁹⁵

Indudablemente, uno de los aspectos fundamentales en el derecho penal juvenil y por consiguiente en el ordenamiento jurídico es la exigencia de una correcta capacitación y formación de los jueces y los Fiscales de menores sobre todo en la aplicación de las medidas

⁴⁹³ LAUBENTHAL, K. *Historische Entwicklung...*, op.cit., p. 16.

⁴⁹⁴ §17.2 JGG: «*Der Richter verhängt Jugendstrafe, wenn wegen der schädlichen Neigungen des Jugendlichen, die in der Tat hervorgetreten sind, Erziehungsmaßregeln oder Zuchtmittel zur Erziehung nicht ausreichen oder wenn wegen der Schwere der Schuld Strafe erforderlich ist*».

⁴⁹⁵ Aunque como expresa Cervelló Donderis, «fue criticado por el TC, al igual que se rechaza el cumplimiento de los menores de 14 a 18 años en centros de jóvenes para el cumplimiento de sus penas». CERVELLÓ DONDERIS, V. *La medida de internamiento en el Derecho...*, op. cit., p. 86.

sancionadoras. Es necesario que tanto jueces como Fiscales deban tener una formación pedagógica, sociopedagógica, criminológica y psicológica, aunque esta exigencia ha ido acompañada de cierta polémica. En la actualidad, como recoge una gran mayoría de la doctrina alemana, hay una evidente carencia de cumplimiento. Todo esto se reflejó y discutió en el informe del proyecto de Ley StORM («*StORM-Gesetz*») de 2011, que finalmente fue rechazado por algunos Estados federales.⁴⁹⁶

4.2.4. Reformas de la *JGG*

4.2.4.1. *Consideraciones previas*

En 1953, después de la II Guerra Mundial se inicia el proceso legislativo para modificar la ley anterior del Imperio y suprimir todos los vestigios pasados del nacionalsocialismo, mediante la promulgación de la actual ley vigente, *JGG*, de 4 de agosto de 1953. Entre las modificaciones se incluían, el establecimiento de la responsabilidad penal en 14 años, la aplicación de la jurisdicción de menores al grupo de jóvenes de 18 a 21 años (aplicación o no de *JGG* en cada caso individual) o la investigación durante el procedimiento penal teniendo en cuenta, las causas y el diagnóstico del desarrollo individual del menor.

Posteriormente, en los años 70 se reforma la justicia de menores a través de la práctica penal como consecuencia del conocimiento criminológico del fenómeno de la delincuencia y de la eficacia de la prevención juvenil. Se priorizan las medidas ambulatorias, y al mismo tiempo medidas socioeducativas por parte de las instituciones. Las propuestas se basan en la búsqueda de sanciones alternativas, reduciendo el procedimiento formal frente a los jóvenes y evitando así la estigmatización derivada de las medidas judicializadoras. Se promueve por tanto una

⁴⁹⁶ DÜNKEL, F. (2013). Jugendgerichtsbarkeit im europäischen Vergleich. En G. ESSER, *Festschrift für Hans-Heiner Kühne zum 70. Geburtstag*. Heidelberg : C.F. Müller, p.654.

«reducción del excesivo control social judicial para prevenir nuevos medios de penalización».⁴⁹⁷

4.2.4.2. Reformas de JGG

La primera reforma de gran relevancia en la norma penal juvenil alemana se produce en el año 1990. Es la conocida como Primera Ley de Reforma de Tribunales de menores («*Erstes Gesetz zur Änderung des Jugendgerichtsgesetzes*», 1. JGGÄndG),⁴⁹⁸ de 30 de agosto de 1990, entrando en vigor el 1 de diciembre de 1990. Los cambios y la amplia reforma penal y procesal llevada a cabo era algo demandado por la doctrina, los Jueces y los Fiscales y en realidad por la gran mayoría de los actores sociales, ya que no había habido apenas cambios sustanciales desde el año 1953.⁴⁹⁹

En relación a las sanciones introducidas en esta reforma, se incluyen nuevas medidas ambulatorias como alternativa expresa a la pena privativa de libertad, y se deroga también el arresto juvenil de larga duración. Todas estas transformaciones se deben a la adecuación de la ley a la personalidad del menor. Asimismo, los mecanismos de *diversión* se incorporan al contenido de la ley y se introduce una referencia expresa a la conciliación con las víctimas. Dentro del catálogo de medidas destaca la aplicación de la finalidad educativa de la norma.

Se apuesta por tanto, por medidas como la «mediación entre autor y víctima («*Täter-Opfer-Ausgleich*») con finalidad educativa, mientras que la reparación y las disculpas son de carácter sancionador».⁵⁰⁰ Al fin y al cabo, se apuesta por hacer más efectivo el fortalecimiento del

⁴⁹⁷ HEINZ, W., SPIEB, G., y STORZ, R. (1988). Prävalenz und Inzidenz strafrechtlicher Sanktionierung im Jugendalter. Ergebnisse einer Untersuchung von zwei Sanktioniertenkohorten anhand von Daten des Bundeszentralregisters. Kriminologische Forschung in der 80er Jahren. (Projektberichte aus der Bundesrepublik Deutschland), *Freiburg Eigenverlag*, 35(2), 631-661, p. 650. Traducción propia.

⁴⁹⁸ *BGBI* I, S. 1853.

⁴⁹⁹ COUSO SALAS, J. *Fundamentos del derecho penal de culpabilidad*. ..., op. cit., p. 458.

⁵⁰⁰ VARONA MARTÍNEZ, G. (1998). *La mediación reparadora como estrategia de control social. Una perspectiva criminológica*. Granada: Editorial Comares, p.9. Estas medidas de *diversión*, para la reparación y conciliación con las víctimas del delito que pueden llegar al punto de la no intervención, son mecanismos no formales como alternativa a la respuesta formal penal frente al delito (§§45 y 47 JGG). Véase el epígrafe de este

pensamiento educativo en el ordenamiento penal juvenil con base en las manifestaciones del principio de oportunidad. Tras esta reforma y como consecuencia del giro hacia la represión que había mostrado esta Ley por una serie de acontecimientos que llevaron a un planteamiento político más firme frente a la delincuencia juvenil, y a una respuesta más restrictiva por parte de los órganos jurisdiccionales, se llevaron a cabo otras transformaciones normativas que introducían elementos más adversos orientados a una prevención general en vez de a una prevención especial.

Con la Segunda Ley de Reforma (*2.JGGÄndG*), de 13 de diciembre de 2007 («*Zweites Gesetz zur Änderung des Jugendgerichtsgesetzes und anderer Gesetze*»)⁵⁰¹ que entró en vigor el 1 de enero de 2008, se introduce una cláusula en relación a la finalidad preventivo-especial de la ley,⁵⁰² además de incluirse algunas cuestiones referidas a la ejecución de las penas juveniles. Posteriormente, se adoptó otra medida que se integró en la Ley de introducción de la imposición posterior de la custodia de seguridad en virtud del derecho penal juvenil («*Gesetz zur Einführung der nachträglichen Sicherungsverwahrung bei Verurteilungen nach Jugendstrafrecht*»), de 8 de julio de 2008.⁵⁰³ Ésta, se encuentra articulada en los apartados 2-4 del §7 de la *JGG*. Su aplicación a los menores y a los jóvenes-adultos peligrosos, o que hayan cometido determinados delitos de naturaleza grave debe ser revisada cada año.

Sin embargo, la adopción de la misma ha sido muy criticada⁵⁰⁴ porque atenta contra lo expresado en la CDN en relación a la duración del confinamiento de un menor en un centro de

trabajo en relación a las *Manifestaciones de la Justicia restaurativa* (Capítulo IV).

⁵⁰¹ *BGBI.* I S. 2894.

⁵⁰² La cláusula da contenido al §2 que reza así «*la aplicación del derecho penal juvenil debe centrarse en la prevención de nuevos hechos punibles por parte de un adolescente o un joven adulto. Es por ello, que para poder alcanzar dicho objetivo, tanto las consecuencias jurídicas y como también teniendo en cuenta el derecho a la educación de los padres, deben orientarse primordialmente de conformidad con el principio educativo*» Traducción propia.

⁵⁰³ RINCEANU, J. (2014). El futuro de la custodia de seguridad en Alemania. En L. ARROYO, M. DELMAS-MARTY, J. DANET, y M. ACALE (eds.), *Securitarismo y derecho penal. Por un derecho penal humanista* (pp. 159-176). Castilla-La Mancha: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, p.161.

⁵⁰⁴ El TEDH concluyó que vulneraba las disposiciones del Convenio Europeo de Derechos Humanos en la Sentencia del Tribunal de Derechos Humanos (Sección 5ª). Caso M. contra Alemania, de 17 de diciembre de 2009, (Nº19359/04). Para saber más, *Vid.* SILVA, J.M. (2010) ¿Es la custodia de seguridad una pena? *Indret*, 1-3.

internamiento. Además, de por otro lado perpetuar la estancia del menor en dicho centro, ya que en realidad esta medida es acumulativa a la pena. Hay que constatar que dicha medida se puede aplicar al menor infractor reincidente que haya cometido delitos graves, o bien a un sujeto no reincidente pero con una peligrosidad y una tendencia a la comisión de delitos dolosos. Para ello, es necesaria una evaluación global del acto o de los actos para saber si hay una alta probabilidad de que el menor vuelva a cometer delitos. El legislador comprueba por tanto si hay serios problemas en el pronóstico de peligrosidad («*Gefahrprognose*»).

De esta manera, se introduce la imposición de la custodia de seguridad posterior al cumplimiento de la pena («*nachträgliche Sicherungsverwahrung*»), donde el Tribunal decreta la custodia después de la sentencia y antes de que el sujeto alcance la libertad. Esta medida se impone en menores y en general en semi-adultos, «sobre todo en el caso de delitos sexuales que tras cumplimiento de largas condenas juveniles y antes de la puesta en libertad, no se muestra una mejora durante el cumplimiento de la condena y por lo tanto existe riesgo de reincidencia».⁵⁰⁵ En cualquier caso, las diferentes reformas de la *JGG* recaen en los Estados Federados, minimizando así las diferencias existentes entre éstos a pesar de que la regulación de algunas medidas, sea competencia de la Federación.

En resumen y más allá de esta ley, de lo que se trata es de determinar los cambios más significativos que se han introducido en ella para poder valorarla desde una perspectiva positiva, al margen de las deficiencias y circunstancias mejorables que queden manifiestas en ella. Para acabar, debe recordarse en palabras de Duce y Couso, y como enfoque representativo de la ley penal del menor en Alemania que:

Es la más antigua de las legislaciones que contemplan un sistema de justicia penal juvenil distinto de la justicia penal de adultos y de la legislación tutelar de menores que no está ajena a los debates surgidos en Europa y en otros continentes acerca de la

⁵⁰⁵ ETTELT, W. (2008). El derecho penal para menores alemán considerando las actuales propuestas de reforma. En D. VARGAS. *Actas del II Symposium internacional sobre justicia juvenil y del I Congreso europeo sobre programas de cumplimiento de medidas judiciales para menores. Tomo I.* (pp. 255-261). Sevilla: Universidad de Sevilla. Secretariado de publicaciones, p.258.

conveniencia o no de endurecer la respuesta penal frente a la delincuencia juvenil, para acercarla más, en su caso, a la justicia penal de adultos; sin embargo, hasta ahora, se mantiene en lo esencial, como un sistema de justicia penal especial, con diferencias significativas en intensidad y cualidad de la respuesta penal, en comparación con el Sistema penal de adulto, sin renunciar por ello a (la mayor parte de) las garantías básicas vigentes en éste.⁵⁰⁶

4.3. Diferencias y similitudes entre la LORRPM y la JGG

Como antes se argumentaba, debido a la transformación constante del fenómeno de la delincuencia juvenil tanto en Alemania como en España, la legislación penal de menores en ambos países ha sufrido diferentes reformas a lo largo de estos últimos años. En parte, por adecuar dicha normativa a las disposiciones derivadas de las Recomendaciones emanadas de las Naciones Unidas y del Consejo de Europa. Tras varios años de gestación, se aprobaron las reformas de sendas leyes penales en materia de menores en los dos países dando lugar a algunas coincidencias entre ambas, pero también ciertas divergencias.

En ambos países, se distinguen las medidas sancionadoras cuya finalidad educativa basada en la prevención especial están destinadas a resocializar al menor. Se evita la imposición de penas privativas de libertad aplicables solo en dos supuestos: ante la comisión de delitos más graves o ante el fracaso de las otras medidas. Por lo tanto, las penas privativas de libertad son la *ultima ratio* en ambas legislaciones. Siguiendo la misma línea del régimen sancionador integrado en ambas normativas, cabe subrayar que las penas privativas de libertad tienen una duración máxima de 10 años para aquellos delitos más graves.

En relación a la edad por la que un menor es responsable penalmente, se mantienen los 14 años como el límite mínimo para exigir la responsabilidad penal al mismo. En ambos, hay una coincidencia en comparación con otros países de nuestro espectro sociocultural. Por otro lado,

⁵⁰⁶ DUCE, M., y COUSO, J. (2012). El derecho a un juzgamiento especializado de los jóvenes infractores en el derecho comparado. *Polit. Crim.*,7(13), 1-73, p.8.

el principio del interés superior del menor también es un principio rector e inspirador en ambas legislaciones. En base a éste, se adopta la decisión más adecuada para el menor infractor según el caso concreto.

Ambas normativas han ido sufriendo sendas modificaciones hasta alcanzar un carácter más represivo de la norma, que es el actual. Al final, tanto la gran mayoría de la doctrina como la práctica jurídica juvenil han coincidido en que no es práctico ni efectivo desde un punto de vista criminológico ni jurídico. Sobre todo, en la mayoría de las disposiciones que contienen ambos textos, ya que como se ha señalado a lo largo del trabajo hay un debate doctrinal respecto a ciertos aspectos de ambas leyes.

Además, existe una combinación en ambos derechos penales juveniles entre «*autonomía y accesoriadad*»,⁵⁰⁷ como señalan Barquín y Cano Paños. Este derecho penal de menores se caracteriza por tener autonomía respecto a las medidas que están previstas en la ley, donde se contemplan unas normas específicas en base a las sanciones que se imponen a un menor infractor. También, se caracteriza por ser accesorio con respecto a la determinación de las infracciones penales.

De lo enumerado y lo expuesto de la LORRPM y de *JGG* en los epígrafes anteriores, se infiere que además de las similitudes nombradas, se descubren algunas diferencias.

Por un lado, el criterio de discernimiento en el caso alemán respecto al criterio biológico del derecho penal de menores español. Como es sabido, los Tribunales alemanes tienen la obligación de examinar el criterio de discernimiento de un menor que ha cometido un acto delictivo de manera individual porque no se presupone la responsabilidad penal. Sin embargo, este criterio está ausente en el ordenamiento penal juvenil español, ya que se parte de la base que los menores son responsables conforme a una franja de edad dada y si no concurren causas de exención o extinción de la responsabilidad penal previstas en el CP.

⁵⁰⁷ BARQUÍN SANZ, J., y CANO PAÑOS, M.A. (2006). Justicia penal juvenil en España: Una legislación a la altura de los tiempos. *Revista de derecho penal y criminología*, (18),37-95, p. 44.

En España, al final no es aplicable la LORRPM al grupo de menores semiadultos mayores de 18 pero menores de 21 años. Mientras, que en Alemania aún es aplicable la *JGG* antes que el Código penal alemán para este grupo, de manera extendida por parte los Jueces de Menores.

Por otro lado, la figura de la acusación particular está regulada en el proceso penal de menores en España (art. 25).⁵⁰⁸ No obstante, en Alemania está prohibida la acción penal por parte de la acusación particular.

En relación al orden de aplicación de las medidas sancionadoras, en la *JGG* donde rige el principio de subsidiariedad, se imponen unas medidas siguiendo un orden que va de más restrictivo a menos restrictivo. Si es ineficaz la primera medida que es la educativa, se pasa a una disciplinaria. Si ésta tampoco funciona, entonces a una pena juvenil que es privativa de libertad. Dentro de cada medida, existe un catálogo que a su vez es coherente con la restricción de derechos del menor en sentido de mayor a menor punitividad. En cambio, del articulado de la LORRPM que recoge las medidas juveniles se desprende tal cual está redactado, que no se sigue un orden en la imposición de medidas en función de su restricción. De hecho, pese a la afirmación del legislador en el artículo 7.1 donde se prevé que «*las medidas que pueden imponer los Jueces de Menores, ordenadas según la restricción de derechos (...)*». Si atendemos a esa restricción de derechos que casa con la mayor o menor punitividad de las mismas, me parece que el tratamiento ambulatorio no sea más restrictivo que la permanencia de fin de semana más privativa, o por ejemplo, que una amonestación sea más restrictiva que una inhabilitación absoluta. Aunque, también es cierto que la discordancia con la mayor o menor aflicción de las medidas y que se sigue manteniendo en la redacción actual vigente de la inhabilitación absoluta, se debe a la incorporación de ésta mediante la LO 8/2006.

⁵⁰⁸ Redactado por el apartado segundo de la disposición final segunda de la LO 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

5. Valoraciones finales

Tal como se ha apuntado a lo largo de este Capítulo, el sistema de justicia juvenil en España y en Alemania se debe adecuar a las necesidades del menor infractor. A efectos de exigirle una responsabilidad penal se establecen para ello unos parámetros de edad que en las dos legislaciones penales juveniles analizadas seguirán las pautas marcadas por los instrumentos internacionales y europeos. Gracias al amplio acervo jurisdiccional en relación a la jurisdicción de menores, se establecen unos criterios mínimos que afianzan el adecuado tratamiento y garantía de los derechos de los delincuentes juveniles, y por ende de los menores reincidentes. Lo cual, se transpone a las legislaciones internas de los países en estudio.

La edad de un sujeto en el momento de la comisión de un delito va a ser determinante para diferenciar el tratamiento jurídico que recibe en contraposición al propio de la jurisdicción de adultos. La relación entre edad y delito ha sido extensamente estudiada por la ciencia criminológica y por otras ciencias afines. Como se ha demostrado, la delincuencia juvenil se identifica con periodos específicos en la vida de un individuo. A través de una aproximación teórica desde diferentes áreas del conocimiento, se busca ampliar y profundizar sobre el fenómeno de la delincuencia juvenil, y en especial de la reincidencia juvenil.

Por otro lado, las reformas operadas en virtud de la legislación penal juvenil española y alemana, precisan de un estudio más detallado que el que permite este trabajo, ya que la pretensión es contextualizar dicha cuestión poniendo para ello de manifiesto los diversos cambios acontecidos en el tiempo. En esta primera rápida aproximación se observa que las numerosas modificaciones que se han registrado, no merecen una misma valoración por igual. Aunque, se interpreta una tendencia a la censura en algunas de las modificaciones, ya que se restringe más que se educa en algunos casos.

Se evidencia pues, una respuesta a la presión política, mediática y social a través de un cambio de paradigma en ambas legislaciones por hechos que han acontecido en ambos países, y que propugnaron entonces un cierto endurecimiento en algunas disposiciones que afectan a los menores de edad. En concreto, el hecho de que un menor haya cometido delitos previos, de alguna manera se ha traducido en una mayor inseguridad, miedo y rechazo hacia este colectivo por parte de la sociedad.

CAPÍTULO III. EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

1. Introducción

La consideración actual del menor de edad ha sido impulsada por el reconocimiento jurídico del principio del interés superior del menor. Por eso, en la actualidad este principio es reconocido como la piedra angular de numerosos ordenamientos jurídicos, entre los que se incluyen el ordenamiento jurídico español y el alemán. El logro anotado se debe pues, a la voluntad de los Estados de regular la situación del menor.

Con todo, se puede afirmar que tal principio constituye uno de los pilares fundamentales del Derecho en relación con la infancia. De ahí, que se ha desarrollado no solo en el seno del Derecho de familia -que está en continua evolución en el marco del Derecho internacional privado-, sino también en el ámbito de los Derechos Humanos del Derecho internacional y por supuesto, del derecho penal de menores. Este principio, está incluido además en las legislaciones de las correspondientes Comunidades Autónomas en materia de protección de menores, si bien es cierto que no se tratará aquí.

Antes de comenzar, hay que tener en cuenta dos premisas: la primera, que los menores son sujetos que requieren de atención especial, así como de protección y promoción de sus derechos, y como consecuencia de esta premisa surge la segunda, la cual se fundamenta en la necesidad de aplicar e interpretar tal principio a la totalidad de situaciones en las que el niño esté involucrado. Precisamente, como consecuencia de su situación de especial vulnerabilidad y con intención de garantizar el desarrollo integral de su persona.

Efectivamente, España y Alemania se han hecho eco de la relevancia de este principio, el cual, es determinante en el sistema de justicia juvenil. Así, como criterio de interpretación y como principio rector, es fundamental en la aplicación de medidas dentro del sistema de justicia de menores. Lo prioritario es la protección del menor en conflicto con la ley, teniendo en cuenta la consideración de su interés. Sin embargo, no es menos cierto que no hay que dejar de lado el interés de la víctima o perjudicado. A tales efectos, el presente capítulo examina de forma individualizada cuatro cuestiones que han sido consideradas de relevancia en relación con el objeto de estudio.

En primer lugar, se trata de aportar una delimitación conceptual del principio del interés del menor para posteriormente otorgar mayor claridad al análisis que sigue. Por lo tanto, el objetivo de este epígrafe es dar respuesta a la pregunta ¿Qué es el interés superior del menor?

En segundo lugar, se aborda el tratamiento jurídico concebido a la minoría de edad en relación con el interés superior del menor en el ámbito internacional desde una perspectiva histórica descriptiva. La finalidad del epígrafe es examinar el proceso legislativo que ha desembocado en la situación actual del niño. A través de esta reseña sobre los instrumentos legales aprobados a favor de la infancia en el ámbito internacional, se puede analizar posteriormente la aplicación e interpretación del principio. No solo en el caso español sino también en el caso alemán, pero de una forma más comprensible y adecuada.

En tercer lugar, se aborda la legislación aprobada en España a favor del menor de edad a través del principio, -en este punto hay que insistir en la importancia del interés superior del menor como principio rector en la LORRPM-. Anotado lo anterior, se examina la aplicación e interpretación que se ha llevado a cabo sobre el principio en los pronunciamientos de los Tribunales, desde su inclusión en el sistema hasta la actualidad. Y de acuerdo con esto, se estudia someramente una cuestión que en estas líneas se ha considerado relevante: la relación que mantiene éste con el principio de oportunidad.

En cuarto lugar, se aborda el caso alemán, es decir, al igual que en epígrafe anterior, se abarca la legislación aprobada en Alemania a favor de la infancia. Posteriormente, se examina la aplicación e interpretación que se ha llevado a cabo sobre el principio del interés superior del niño en la jurisprudencia de los Tribunales alemanes.

Con todo ello, es de advertir que en lo que sigue, no se pretende hacer un análisis exhaustivo de la normativa aprobada a favor de la infancia sino en todo caso, estudiar su aplicabilidad e interpretación en el sistema jurídico. Al mismo tiempo, cabe subrayar que entre los principios que rigen las actuaciones públicas en beneficio de la infancia, se encuentra el principio del interés del menor. Éste, es esencial en materia de protección jurídica del menor en nuestro ordenamiento jurídico pero también en el ordenamiento jurídico alemán, también en el ámbito internacional. Por lo que en cualquier actuación tanto pública como privada donde estén involucrados los niños, es necesario aplicar este principio. Por ello, es necesario dar una solución específica y concreta a cada situación de manera individual y distinta.

2. ¿Qué es el interés superior del menor?

Existen como recoge Roda y Roda, dos modalidades de regulación en torno al principio del interés del menor en función de lo dispuesto en los ordenamientos jurídicos más relevantes: el continental y el anglosajón.⁵⁰⁹ En función de uno u otro, se interpretará tal concepto de manera diferente. En los casos de los países de estudio, al pertenecer al modelo continental, el órgano jurisdiccional determina la concreción del principio en cada supuesto individual. En el caso del modelo anglosajón, la interpretación del principio se somete a criterios normativos que equilibran la indeterminación del concepto.

2.1. Interpretación doctrinal en España

El interés superior del menor, como se ha puesto de manifiesto en la doctrina en España es un concepto de difícil concreción. Un numeroso grupo de autores españoles se han mostrado disconformes respecto a algunos aspectos que rodean tal concepto. Como afirma Valero Heredia, se producen dos tipos de reacciones en la doctrina:

Un primer grupo de autores que se posiciona a favor de tal imprecisión, dejando así más margen a los operadores jurídicos para adecuar su tutela a las circunstancias específicas del supuesto empírico planteado, lo que llevaría a la determinación de su contenido en el momento concreto; y un segundo grupo de autores, que defiende que circunscribir la concreción del menor a cada situación específica, va a conllevar un riesgo de imprecisión y de subjetivismo que se traduce en una inseguridad jurídica.⁵¹⁰

Además de esa inseguridad jurídica como consecuencia de la falta de predicción de las decisiones adoptadas por los órganos jurisdiccionales, encontramos en la doctrina otro

⁵⁰⁹ RODA Y RODA, D. (2014). *El interés del menor en el ejercicio de la patria potestad. El derecho del menor a ser oído*. Navarra: Aranzadi, p. 36.

⁵¹⁰ VALERO HEREDIA, A. (2009). Minoría de edad, patria potestad e interés superior del menor. En *La libertad de conciencia del menor de edad desde una perspectiva constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, p. 77.

inconveniente que puede unirse a esta segunda vertiente de autores. Nos referimos, a la discrecionalidad por parte del Juez y su eventual riesgo de arbitrariedad en las decisiones tomadas. Así pues, se trata de un concepto jurídico indeterminado cuya complejidad debe ser entendida e interpretada como considera Villagrasa Alcaide «en una forma dinámica, flexible, de manera que nos permita ir perfilando en cada caso concreto una idea acerca de lo que es».⁵¹¹ Es por ello, que se va a necesitar una concreción del mismo en cada caso particular. En general, la normativa no va a ofrecernos una solución clara y directa sino que como mantiene dicho autor, la solución se va a buscar «acudiendo a criterios de valor o de experiencia, según la naturaleza del concepto».⁵¹²

Bajo este prisma, tiene cabida la opinión de Ravetllat Ballesté al señalar, que «tratar de dar una significación rígida, estricta e inamovible a una cláusula de este estilo sería contrario a la propia finalidad que la inspira».⁵¹³ Tras un análisis detallado, Ruiz Huidobro remarca, que tiene una «configuración genérica y abierta lo que permite aplicarse en situaciones jurídicas y sociales como consecuencia de la variada realidad social».⁵¹⁴ Roca i Trias añade, que debe entenderse el interés del menor como proyección de la personalidad del menor, es decir, como «su proyección al futuro de manera que pueda considerarse como una fórmula destinada a facilitar la formación del menor y diseñar las líneas de desarrollo de su personalidad».⁵¹⁵

Además, por parte de la doctrina hay una voluntad en diferenciar el interés del bienestar del menor. Autores como Navas Navarro, quien formula la definición del bienestar como «el

⁵¹¹ VILLAGRASA ALCAIDE, C. (2001). El interés superior del menor. En I. RAVETLLAT BALLESTÉ (coord.), *Derecho de la persona: acogimiento y adopción, discapacidad e incapacitación, filiación y reproducción asistida, personas mayores, responsabilidad penal del menor y otras cuestiones referidas a la persona como sujeto del derecho* (pp. 25-50). Barcelona: Bosch, p.28.

⁵¹² *Ibid.* p. 37.

⁵¹³ RAVETLLAT BALLESTÉ, I. (2012). El interés superior del niño: concepto y delimitación del término. *Educatio Siglo XXI*, 30(2), 89-108, p. 96.

⁵¹⁴ RUÍZ HUIDOBRO, J.M. (2002). El menor en el derecho. Sistema normativo y principios rectores del Derecho de los menores. En I.E. LÁZARO GONZÁLEZ (coord.), *Los menores en el derecho español*, (pp. 100-115). Madrid: Tecnos, p.105.

⁵¹⁵ ROCA i TRIAS, E. (1994). El interés del menor como factor de progreso y unificación del Derecho internacional Privado (discurso de ingreso). *Revista Jurídica de Cataluña*, 93(4), 915-992, p. 919.

desarrollo de la personalidad del menor y el ejercicio de los derechos en sí mismo».⁵¹⁶ De esta manera, lo que se muestra es que este principio responde a lo que se considera mejor para el menor. Sobre todo, como mantiene Asensio Sánchez, «es importante establecer no solo qué se entiende por tal en cada relación jurídica concreta, sino también a quién corresponde su determinación».⁵¹⁷

A los efectos de esta exposición, es claro que la indeterminación que suscita este principio ha generado un debate doctrinal con posiciones enfrentadas en nuestro país. A la vista de la breve reseña proporcionada en este epígrafe, se pone de manifiesto esa dificultad de concreción por parte de la doctrina científica.

2.2. Interpretación doctrinal en Alemania

De acuerdo con el criterio de la doctrina alemana, el principio del interés del menor («*das Prinzip des besten Interesses des Kindes*»)⁵¹⁸ también es considerado como un concepto jurídico indeterminado («*unbestimmter Rechtsbegriff*»). En la doctrina civil alemana, se ha atribuido de manera habitual la indeterminación al propio principio del interés superior del menor. En cualquier caso conviene tener presente, que es razonablemente imposible dar una definición exacta sobre dicho concepto.⁵¹⁹

Por otro lado, se puede afirmar que Alemania es el país «más avanzado de nuestro entorno en la regulación de la protección jurídica del menor, destacando el espíritu avanzado que la doctrina alemana ha demostrado tener durante el último tercio del siglo XX al tratar el bien

⁵¹⁶ NAVAS NAVARRO, S. (2002). El interés del menor desde una perspectiva comparada. En A. CABANILLAS SÁNCHEZ (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luís Díaz -Picazo, Vol. I. Semblanzas. Derecho Civil. Parte General* (pp. 689-714). Madrid: Civitas p. 693.

⁵¹⁷ ASENSIO SÁNCHEZ, M.A. 2006. *La patria potestad y la libertad de conciencia del menor*. Madrid: Tecnos, p.71.

⁵¹⁸ Corresponde a la adaptación al alemán del concepto anglosajón «*the best interest of the child*» según está recogido en el artículo 3 de la CDN.

⁵¹⁹ ZITELMANN, M. (2003). *Kindeswohl und Kindeswille: im Spannungsfeld von Pädagogik und Recht*. Münster: Votum, pp. 127-128.

del niño».⁵²⁰ Entre la mayoría de autores alemanes, destacan Gernhuber y Coester-Waltjen al señalar que «a pesar de la indeterminación, se debe acudir a cada caso concreto para dotar de contenido individual ese caso en particular».⁵²¹ La concretización de este concepto sería «un primer paso en el marco abstracto del principio del interés del menor».⁵²² De esto, se desprende la dificultad a la hora de armonizar lo abstracto y lo concreto de tal definición.

La interpretación que hace la doctrina alemana respecto a este principio, es dotarlo de cierta prioridad con respecto a cualquier otro interés que se pudiese presentar. Se va a interpretar como «prototipo de las correspondientes necesidades del menor, de su edad y del desarrollo de su personalidad, las cuales varían».⁵²³ Es por ello, que Hinz afirme, que «la variación de este principio estará en consonancia con la edad que tenga el menor en el momento de interpretar el bienestar del mismo».⁵²⁴

Según lo que afirma Stuhlinger, al final el concepto del interés del menor, corresponde a la «unión inseparable de la tradición objetiva y de la tradición subjetiva del bienestar del menor».⁵²⁵ Téngase presente, que en Alemania, el concepto del bienestar del menor y del interés superior del menor están interrelacionados. Ahora bien, esta relación se explicará en el apartado referido al interés superior del menor en el Derecho alemán.

Cuando se afronta el interés del menor, cabe decir que no solo se refiere al bienestar material o patrimonial de un menor (prosperidad), como puede ser su alojamiento o su alimentación.

⁵²⁰ DE TORRES PEREA, J.M. (2006). Tratamiento del interés del menor en el Derecho alemán. *Anuario de Derecho Civil*, 59(2), 675-742, p. 677.

⁵²¹ GERNHUBER, J., y COESTER-WALTJEN, D. (1994). *Lehrbuch des Familienrechts*. Munich: C.H. Beck, p.164. Traducción propia.

⁵²² MORITZ, H.P. (1989). *Die (zivil-)rechtliche Stellung der Minderjährigen und Heranwachsenden innerhalb und außerhalb der Familie*. Berlin: Duncker & Humblot, p.207. Traducción propia.

⁵²³ KRÖBER, H-L., DÖLLING, D., LEYGRAF, N., y SASS, H. (2009). *Handbuch der Forensischen Psychiatrie. Band 5. Forensische Psychiatrie im Privatrecht und Öffentlichen Recht*. Heidelberg: Steinkopff Verlag, p. 103. Traducción propia.

⁵²⁴ HINZ, M. (1992) *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB. Band 9. Familienrecht II §§ 1589-1921, SGBVIII*. Munich: C.H. Beck, §1666, núm.23. Traducción propia.

⁵²⁵ STUHLINGER, M. (2005). Das Kindeswohl als zentrale ethische Norm in der Pädiatrie. *Zeitschrift für medizinische Ethik*, (51),153-164, p. 157. Traducción propia

También, comprende «el bienestar de la salud física y psicológica del menor (salud mental) y sus necesidades emocionales o afectivas».⁵²⁶ Sin dejar de lado lo material, es cierto que el bienestar físico (salud) y mental del menor es primordial. Para ello, es necesaria la cooperación con otras disciplinas a la hora de tomar una decisión a favor del menor.

La aproximación jurídica y la delimitación e interpretación del concepto ha sido llevado a cabo en ambos países, no solo por parte de la doctrina sino también por parte de los Tribunales. No puede olvidarse que este concepto, no solo se ha analizado desde una perspectiva jurídica sino también desde un enfoque psicosocial por diferentes disciplinas como la Psicología, la Medicina o la Pedagogía, pero también desde la Ética. Como término dinámico y en constante evolución, se necesita establecer un marco para evaluarlo, analizarlo y concretarlo en situaciones específicas para decidir lo mejor para el menor. Para ello, hay que tener en cuenta la situación del mismo, el entorno que le rodea y circunstancias de diversa índole.

2.3. Niveles de concreción del interés del menor

Tanto en la doctrina alemana como en la doctrina española, todos los conceptos jurídicos indeterminados van a ser precisados en el momento de la aplicación de la ley. En la doctrina española los conceptos jurídicos indeterminados son conocidos también como cláusulas generales. Mientras, la literatura jurídica alemana, en palabras de García Salgado, «no muestra un acuerdo respecto de cuáles son los criterios que los diferencian y dependen en buena medida de los presupuestos y necesidades de cada investigación».⁵²⁷

Para concretizar la noción abstracta de tal término, se sigue una técnica jurídica que desarrolló la doctrina germana, pero que también es empleada en nuestro Derecho interno. Esta técnica,

⁵²⁶ MOIX MARTÍNEZ, M. (1980). *El bienestar social: mito o realidad?* Madrid: Almena, p.24.

⁵²⁷ GARCÍA SALGADO, M.J. (2003). Determinar lo indeterminado: sobre cláusulas generales y los problemas que plantean. *Anuario de filosofía del derecho*, (20),105-130, p. 107.

se caracteriza por distinguir en dicho principio tres niveles de concreción («*Begriffskern*» y «*Begriffshof*»), lo que va a ayudar a entenderlo mejor.⁵²⁸

En la estructura del concepto del interés superior del menor se distinguen, dos núcleos del concepto y un halo⁵²⁹ que se definen como:

1. Núcleo fijo o zona de certeza positiva («*Begriffskern*»). Está formada por datos seguros, ciertos e integrados por elementos precisos sobre el contenido del concepto del interés superior del menor.

2. Zona intermedia o zona de incertidumbre, también llamada zona de variación o de penumbra («*Begriffshof*»). En ella, es preciso una estimación o juicio de valor a medida que el concepto se inserta en lo cultural o valorativo. Es en esta zona donde reside la complejidad en el momento de precisión de tal interés, ya que caben una serie de márgenes de apreciación («*Beurteilungsspielraum*»). El operador jurídico deberá determinar en qué casos se aplica y cómo debe comprenderse dicho concepto.

3. Núcleo fijo o zona de certeza negativa («*Begriffskern*»). En esta zona desaparece el valor implícito del concepto, no estando presente el interés del menor debido a la exclusión de tal término. Es decir, el contenido jurídico del concepto indeterminado incluido en una norma no se corresponderá con la situación concreta observada.

Este esquema que diferencia 3 zonas fue propuesto por Jellinek y en función de esto, «todo concepto jurídico indeterminado podía quedar en la zona negativa, la zona positiva o en la zona del halo del concepto».⁵³⁰ Una vez expuesta la estructura interna de tal concepto jurídico indeterminado, es necesario para su aplicación seguir unos pasos como marca la doctrina en

⁵²⁸ SCHMIDT, M. (2009). *Konkretisierung von Generalklauseln im europäischen Privatrecht*. Berlin: Der Gruyter Recht, p.18.

⁵²⁹ RÖTHEL, A. (2004). *Normkonkretisierung im Privatrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, p.26.

⁵³⁰ JELLINEK, W. (1913). *Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung*. Tübingen, pp. 37 y 38. Traducción propia.

ambos países. Para ello, el operador jurídico como puede ser un Juez, fijará el significado y el contenido del interés del menor dado en una situación concreta. De esta manera, se acota la zona intermedia mediante la búsqueda de una solución en el margen de apreciación, acercándose así a una de las dos zonas de certeza.

La autoridad judicial contará con varios mecanismos de carácter general que le ayudarán en la atribución del significado del concepto del interés superior del menor, el cual ha sido formulado normativamente. Estos mecanismos generales son: «el uso o la costumbre, la doctrina, la jurisprudencia o una mezcla de cualquiera de los tres».⁵³¹ Al final, de lo que se trata es de concretar el concepto abstracto formulando criterios generales adecuados a cada caso, para ayudar a una fijación del mismo en orden para la aplicación del principio.

No puede olvidarse, que hay que considerar numerosos criterios, además del de la edad (no es lo mismo un menor de 11 años que uno de 17 años, ya que las necesidades de uno y otro van a ser también diferentes). Junto a lo anterior, la madurez o la capacidad intelectual, además de las diferentes circunstancias que rodean al menor. Y es que, «lo más beneficioso para un menor puede no serlo para otro, bien por sus cualidades personales o bien porque las circunstancias que lo rodean son diversas».⁵³² En consecuencia, la autoridad judicial o las instituciones públicas en el caso del menor en conflicto con la ley, van a tomar las decisiones oportunas y las medidas adecuadas basándose en los criterios y las pruebas que aparecerán durante el proceso.

Para acabar, se ensalza el interés superior del menor porque el niño actual al cual se protege y se respeta, va a ser el futuro adulto y ciudadano de mañana. Tal interés va a afectar a la esfera de la vida privada pero también a la esfera de la vida pública. En efecto, va a influir en cualquier ámbito de la persona, sea a nivel individual como a nivel social.

⁵³¹ NÚÑEZ, M. (2013). La teoría jurídica de los conceptos jurídicos indeterminados. En M. NÚÑEZ. *Los conceptos jurídicos indeterminados: la mercadería, controversias y soluciones* (pp.1-70). Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, p.28.

⁵³² MARTÍNEZ CALVO, J. (2015). La determinación del interés superior del menor tras la reforma introducida por la Ley Orgánica 8/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. *Actualidad jurídica Iberoamericana*, 3 ter,198-206, p. 200.

3. El interés superior del menor en la legislación

3.1. Consideraciones previas

Como se ha enumerado al inicio de este Capítulo, el interés superior del menor es un concepto que ha sido desarrollado y ampliamente estudiado en el seno del Derecho de familia. Si bien es cierto, que hay normativa tanto del Derecho público como del Derecho privado que va a referir directa o explícitamente al interés del menor. Al objeto de disponer de una imagen de la noción del interés del menor en los textos normativos vigentes en nuestro país y en el país germano, se describirá a continuación la presencia de tal principio.

Se subrayará además, la consideración de este concepto en los textos normativos de carácter internacional, destacando la Convención sobre los Derechos del Niño. Ésta, va a situarlo en lo más alto de la jerarquía. Si bien, en el seno de la protección del menor y de la tutela de sus derechos, en relación a los intereses que confluyen en la realidad del mismo, ya que es sujeto de atención, promoción y protección. Existen otros instrumentos jurídicos vinculantes importantes junto a la CDN, como el Convenio Europeo de los Derechos Humanos y la Carta Europea de Derechos del Niño. No obstante, sus disposiciones no hacen mención expresa a tal principio pero responden al mismo.

Este principio, va a estar muy presente en aquellas decisiones en las que un menor de edad esté implicado, no solo en el ámbito internacional sino también en el ámbito de la legislación española y en la legislación alemana vigente. Es decir, en todas aquellas medidas que tengan relación con los menores de edad. Los criterios legales para la determinación del interés superior del menor se identifican en nuestro sistema a través de un principio general. Su contenido será utilizado y analizado por los Tribunales para establecer una serie de criterios en relación a cada caso concreto, al igual que en Alemania.

3.2. El interés superior del menor en el ámbito internacional

La ya citada CDN refiere en su artículo 3 al interés superior del menor como una «*consideración primordial*». La consagración del principio en dicha Convención le da una relevancia al ser el instrumento jurídico principal en relación a la infancia. El artículo 3.1

concretamente reza: «*En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los Tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño*». Como viene siendo habitual, al ser uno de los conceptos más importantes de la Convención, debe tenerse en cuenta en todas las decisiones que se adopten donde estén involucrados niños y niñas.

Al tomar en consideración este artículo, y como sostiene Alemán Bracho, el menor va a ser protagonista en las decisiones que afectan a su vida, pero «sus derechos de participación a menudo entrarán en contradicción con el interés del menor, ya que la familia y el Estado tienen potestad para decidir qué es lo mejor para el menor en caso de protección».⁵³³ Entonces, entran en contradicción en ocasiones, las decisiones en las que el menor es parte protagonista y participativa, con el papel de garante de los Estados y el papel de las familias en la protección del menor de edad.

En palabras de Van Bueren, es necesario determinar «si el interés del niño se entiende únicamente en el sentido del bienestar del niño o si implica que niños y niñas tengan el derecho de participar en las decisiones sobre su vida».⁵³⁴ De hecho esta autora, se plantea si es necesario seguir hablando del interés del menor, cuando éste ya es sujeto pleno de derechos al haberse reconocido los mismos. Igualmente, este concepto es recogido en otros artículos del texto normativo, cuya referencia está enmarcada dentro del ámbito familiar en materia de adopción, separación de los progenitores o desarrollo y crianza del menor. También, en el contexto de la relación del mismo con el sistema policial y judicial, que será lo que más nos interese para esta investigación.

Sobre la base de las afirmaciones realizadas hasta el momento, cabe decir que como principio rector guía de este Tratado de Derecho internacional de protección de la infancia, éste es

⁵³³ ALEMÁN BRACHO, C. Políticas públicas y marco de protección jurídica..., op.cit, p. 101.

⁵³⁴ VAN BUEREN, G. (1998). *The International Law on the Rights of the Child*. La Haya: Martinus Nijhoff, p.16.

interpretado por el Comité de los Derechos del Niño. Como instancia de las Naciones Unidas, va a supervisar la implementación de la CDN y emitir comentarios relacionados con el contenido de la misma. La última Observación General del Comité de los Derechos del Niño es la N°14 (2013), sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), aprobada por el Comité en su 62º periodo de sesiones (14 de enero a 1 de febrero de 2013).⁵³⁵

En especial, en dicha Observación General se lleva a cabo solamente un análisis jurídico del artículo 3 párrafo 1, del mismo modo que se somete a estudio su relación con los otros principios generales de la Convención. Al ser una valoración jurídica, no va a ser vinculante en el sentido del Derecho internacional, pero al menos en el momento de tomar decisiones judiciales o políticas por parte de los Tribunales de justicia y de los Estados parte, éstos van a poder consultarla y usarla como referente.

El Comité abarca a través de esta Observación el término del interés superior del menor desde una concepción triple, como:

- Un derecho sustantivo, donde se establece una obligación esencial por parte de los Estados, cuya aplicabilidad es directa e inmediata pudiendo invocarse ante los Tribunales de justicia.
- Un principio jurídico interpretativo fundamental, donde se escoge la interpretación más favorable al menor en caso de diferentes explicaciones ante una disposición jurídica concreta.
- Una norma de procedimiento, valorando las posibles repercusiones negativas o positivas ante la decisión tomada en favor del niño o de la niña.

⁵³⁵ *Vid.* CRC/C/GC/14.

En la misma línea que el Comité, ya Zermatten se pronunció anteriormente al considerar el interés superior del menor, como principio de interpretación que «debe ser usado en todas las formas de intervención con respecto a los niños y que confiere una garantía a éstos, de que su suerte será examinada conformemente a ese principio de interpretación».⁵³⁶

En cuanto a la mejora de la comprensión del interés superior recalca el Comité que debe ser evaluado y constituido como una consideración primordial, o en algunos casos, la consideración primordial. Con ello se pone de manifiesto, que ese interés superior no puede estar al mismo nivel que el resto de consideraciones. Además, expresa que es concebido tanto como derecho individual como derecho colectivo, es decir, no solo se aplica a un niño en particular sino también en general a un grupo de niños, ya que los intereses individuales de un niño en concreto no son los mismos que los de un grupo de niños. Al respecto, Liebel considera que el Comité declara explícitamente que los grupos de niños son sujetos de derechos, lo que por el contrario «en la Convención no queda tan claro, ya que lo que está haciendo el Comité es deducir los intereses del niño de aquellos derechos presentes en la CDN para así identificarlos con tales derechos».⁵³⁷

Junto a lo expuesto hasta ahora, cabe mencionar para concluir, las diversas referencias en materia de responsabilidad penal de menores infractores en las disposiciones de ciertos instrumentos de carácter universal en el ámbito de las Naciones Unidas ya descritos anteriormente. Como ya se explicó, no son instrumentos vinculantes en el ámbito de protección de los Derechos Humanos pero es importante revisarlos.

Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing) van a incluir disposiciones que refieren a tal concepto. En especial, el principio se encuentra consagrado en la Regla 14.2 al manifestar que «*el procedimiento*

⁵³⁶ Jean Zermatten fue miembro del Comité de los Derechos del Niño desde el año 2005, y presidió este organismo desde 2011 hasta 2013. Vid. ZERMATTEN, J. (2003). El interés superior del niño. Del análisis literal al alcance filosófico. Informe de trabajo 3-2003. *Institut international Droits L'enfant*, 1-32. Recuperado (21.01.2017) de: http://www.childsrights.org/documents/publications/wr/wr_interes-superior-nino2003.pdf.

⁵³⁷ LIEBEL, M. (2015). Sobre el interés superior de los niños y la evolución de las facultades. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, (49), 43-61.

favorecerá los intereses del menor y se sustanciará en un ambiente de comprensión que permita que el menor participe en él y se exprese libremente». En la Segunda Parte de las Reglas de Beijing en el apartado de la investigación y el procesamiento, la Regla 10.3 subraya la necesidad de establecer contactos entre los organismos encargados de hacer cumplir la ley y el menor delincuente.⁵³⁸ De esta forma, se protege la condición jurídica del menor, promoviendo su bienestar y evitando que sufra un daño. Ese primer contacto en primera instancia va a marcar más tarde la relación y la actitud del menor frente al Estado y la sociedad. El alcance de las Directrices para la prevención de la delincuencia de las Naciones Unidas (Directrices de Riad) hace referencia a los intereses y al bienestar de todos los menores y jóvenes. Por consiguiente, es uno de los principios fundamentales al incluir *«la protección del bienestar, el desarrollo, los derechos y los intereses de todos los jóvenes».* Es por ello, que el principio es objeto de atención del contenido de este texto.⁵³⁹

3.2.1. El interés superior del menor infractor en la CDN

La relación de un menor de edad con el sistema judicial una vez que éste ha infringido las leyes penales, debe respetar en todo momento la dignidad humana y el valor de ese sujeto menor de edad. Uno de los motivos esgrimidos es su reintegración en la sociedad, por lo que hay que garantizar por parte de los Estados que han suscrito la Convención que se respeten sus derechos y necesidades especiales.

Los artículos que hacen mención a la relación del menor con el sistema judicial, son particularmente el art. 37 y el art. 40. En el artículo 37 se establecen una serie de principios generales que deben servir de guía para la aplicación de los sistemas de justicia de menores. Estos principios son los siguientes:

⁵³⁸ Regla 10.3 de las Reglas de Beijing: *«Sin perjuicio de que se consideren debidamente las circunstancias de cada caso, se establecerán contactos entre los organismos encargados de hacer cumplir la ley y el menor delincuente para proteger la condición jurídica del menor, promover su bienestar y evitar que sufra daño».*

⁵³⁹ Principio fundamental I.4 de las Directrices de Riad: *«En la aplicación de las presentes Directrices y de conformidad con los ordenamientos jurídicos nacionales, los programas preventivos deben centrarse en el bienestar de los jóvenes desde su primera infancia».*

- a) La exclusión de tortura, penas o tratamientos inhumanos, la pena capital o la prisión perpetua a menores de 18 años.
- b) La no privación de libertad del niño de una manera arbitraria o ilegal. Cualquier medida como el encarcelamiento, detención o la prisión preventiva debe ser conforme con la ley e impuesta como *último ratio*.
- c) La separación de la justicia de menores de la justicia de adultos de acuerdo con el interés superior del menor, donde el menor debe ser tratado con humanidad teniendo en consideración sus necesidades y sus características acorde a su edad.
- d) El derecho del menor a asistencia jurídica y a impugnar ante las instancias judiciales, la legalidad de su pena de prisión privativa de libertad.

El artículo 40 como extensión del artículo 37, establece asimismo unos principios en materia de justicia de menores que serán garantizados por los Estados parte. En su apartado 1, se hace mención a los derechos reconocidos a los menores en conflicto con la ley, cuando éstos comparecen antes los órganos jurisdiccionales. Del mismo modo, se promociona la reintegración del niño y su función constructiva en la sociedad. En el apartado 2 de dicho artículo, se hace mención entre otras cosas: al respeto de las garantías procesales de cualquier niño en conflicto con la ley, a la asistencia jurídica para preparar su defensa o a la audiencia ante la autoridad judicial frente a la presencia de sus padres o tutores legales, a no ser que sea contrario a su interés superior.

En estos dos artículos de la Convención se aprecia claramente como ha sido promulgado el principio del interés superior del niño, y como no solo éste se expresa en el artículo 3 de este texto internacional, ya que este principio reina a lo largo de toda la CDN. En materia de justicia de menores, cuando se adopten medidas que supongan un ingreso o una pena privativa de libertad, cualquier decisión que se lleve a cabo por parte de la autoridad judicial, debe cumplir y respetar tal principio.

En el caso de conflicto de derechos, este instrumento jurídico va a tomar partido en la ponderación de aquellos derechos que vayan a entrar en conflicto en los que está en juego el interés superior del menor. La propia Convención en diferentes situaciones toma una decisión,

como destaca Cillero Bruñol estableciendo, «un orden de prelación de un derecho sobre otro, para luego relativizarla o dejarla sujeta al interés superior del niño».⁵⁴⁰ Este autor señala como ejemplo característico y que interesa para este trabajo, el artículo 37 de la Convención relativo a la medida de privación de libertad del menor en un recinto separado del de un adulto, a no ser que vaya en contra del interés superior del menor. En este caso, continúa el autor, la Convención decide otorgar una garantía favoreciendo la posibilidad de adoptar una decisión judicial distinta a la que había, en base a que una circunstancia particular afecte a un derecho del niño que justifique el cambio de esa regla.

En relación a los menores que entran en contacto con el sistema de justicia penal, se refiere el Comité a que este principio debe ser aplicado a todos los menores que hayan cometido un hecho delictivo, sean autores presuntos, acusados o condenados, y que en base a este interés, el menor va a estar protegido frente a los anteriores objetivos de la justicia penal, dando paso a la rehabilitación y a la justicia restaurativa. Las garantías del proceso deben adaptarse a sus necesidades y los procesos judiciales deben ser transparentes y objetivos. Como concepto flexible y adaptable que es, deben evaluarse las circunstancias específicas de cada sujeto de forma individual, como puede ser la edad, o de cada grupo de niños, como pueden ser los intereses colectivos culturales de una minoría. Cualquier decisión que atañe a un menor, debe tener en cuenta que las capacidades de un menor evolucionan, por lo que las medidas adoptadas tendrán que poder revisarse y ajustarse en consecuencia.

Por otro lado, la Observación N° 14 recoge que los posibles conflictos que puedan darse con otros intereses o derechos, deberán resolverse caso por caso, ponderándose los intereses de todas las partes implicadas para encontrar el compromiso más adecuado, dando más importancia a lo que es mejor para el niño. En las situaciones de ponderación, la edad y la madurez del niño servirán como guía.

⁵⁴⁰ CILLERO BRUÑOL, M. (2004). El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los derechos del niño. *Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes*, 1-16, p. 5. Recuperado (21.01.2017) de: http://www.iin.oea.org/Cursos_a_distancia/el_interes_superior.pdf.

Conforme a la relación del artículo 3 con otros artículos de la CDN que contienen principios generales, cabe resaltar que, tanto el derecho a la no discriminación o principio de igualdad entre los niños (artículo 2) como el derecho a ser escuchado (artículo 12),⁵⁴¹ van a tener vínculos resistentes y complementarios. De hecho, en el caso del artículo 12, va a suponer que la aplicación del interés superior del niño dependa del cumplimiento de las disposiciones contenidas en tal artículo.

Por último, se describe que en la evaluación y determinación del interés del menor se han de tener en cuenta los siguientes elementos: a) la opinión del niño en todas las decisiones que le afecten, b) la identidad del niño, ya que no son un grupo homogéneo y además de la necesidades universales básicas y del contexto que rodea al menor, hay que tener en cuenta también otros aspectos de carácter personal, físico, social y cultural, c) la preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones, d) el cuidado, la protección y la seguridad del niño para proteger el bienestar del menor en un sentido amplio, e) la situación de vulnerabilidad del niño, f) el derecho del niño a la salud y f) el derecho del niño a la educación.

3.2.2. El interés del menor en el ámbito europeo

Pues bien, también en la normativa europea el interés superior del menor es un principio básico consagrado. No se van a recoger todos aquellos textos que hacen referencia a tal principio, pero sí una selección significativa que puede ser relevante para este estudio. En disposiciones de carácter general sobre protección de los Derechos Humanos, encontramos el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Además, existen referencias en la normativa europea en materia de protección de la infancia adoptados por la UE, donde destacan, la Convención Europea de los Derechos del Niño y la Carta Europea de los Derechos del Niño.

⁵⁴¹ El artículo 12 de la CDN garantiza al menor cuando pueda formarse un juicio propio, el derecho a poder expresar su opinión libremente en aquellos asuntos que le afecten, teniendo en cuenta sus opiniones en función de su edad y madurez.

En el ámbito regional europeo, el instrumento adoptado por el Consejo de Europa que a los efectos aquí nos interesa, es el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales relativo a la protección general de los derechos humanos. El CEDH va a contemplar la protección de la infancia en su articulado y en sus Protocolos adicionales. Sin embargo, este Convenio no tiene ninguna disposición que haga referencia directamente a la protección de los derechos del menor. Si bien es verdad, que el reconocimiento y las decisiones que atañen a menores y donde se asegura la mejor protección de sus intereses es en el ámbito familiar, custodia de menores y restitución de dicha custodia. Respecto a esto, con motivo de la protección del menor se ha tomado como referencia el artículo 8 en relación a la protección de la vida privada y familiar,⁵⁴² considerándose el interés superior del menor para la adopción de sentencias. Se valorará el interés del mismo por parte de las instituciones cuando se den casos en los que estén implicados menores, otorgándose importancia y reconocimiento a la unidad familiar en base a ese concepto, salvo que en función de dicho interés, se muestre lo contrario. La primera parte de esta provisión garantiza el derecho a ser protegido, concerniente a «la existencia de una vida privada o familiar que determina la aplicabilidad del artículo 8, mientras que la segunda parte dispone los límites de la interferencia previsible con este derecho por parte de un Estado parte».⁵⁴³

El Parlamento Europeo aprobó la Carta Europea de los Derechos del Niño, que como ya se indicó anteriormente regula la protección a los menores de 18 años, reconociéndose sus derechos y otorgándoles medidas específicas como grupo. Se van a enumerar en ella una serie de disposiciones que afectarán a los niños de la Comunidad Europea. En su articulado, se hace mención explícitamente al interés del menor, pero en casos relacionados con la reagrupación familiar. Esta Carta centra su atención en los niños pertenecientes al ámbito de la Unión

⁵⁴² Artículo 8 de la CEDH: «1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás».

⁵⁴³ KILKELLY, U. (2004). Children's rights: an European perspective. *Judicial Studies Institute Journal*, 4(2), 68-95, p. 73. Traducción propia.

Europea donde se salvaguardan los derechos y los intereses de éstos en cualquier decisión y procedimiento de índole administrativo, familiar o judicial.

Por otro lado, en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea que adquirió fuerza jurídica vinculante con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, se reconocen una serie de derechos en su artículo 24 referentes al menor. En realidad, en el apartado 1 de dicho artículo está contenido «*el derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar*». Del mismo modo, podrán expresar su opinión libremente en cualquier asunto que les afecte, ya que se tendrá en cuenta su grado de madurez y su edad. Dentro del mismo artículo en el párrafo 2, se ensalza el interés del menor otorgándole una «*consideración primordial*», en cualquier acto llevado a cabo por las autoridades públicas o instituciones privadas, en el que haya implicados menores.

3.3. El interés superior del menor en el Derecho español

El interés superior del menor se haya contenido en diversos instrumentos jurídicos de nuestra legislación nacional estando positivado como un principio general y resurgiendo como uno de los principios rectores de protección de la infancia en relación a cualquier actuación donde esté implicado un menor. Es claro, que en realidad, como pone de manifiesto Aláez Corral, aparece como «*piedra angular de toda regulación jurídica de la minoría de edad, y más concretamente de la que afecta a sus libertades y derechos fundamentales*».⁵⁴⁴

En efecto, es un principio necesario configurado en diferentes normas de nuestra legislación interna que permitirá a los operadores jurídicos tomar decisiones en relación a los menores de edad en base a garantizar los derechos de éstos. Así, la formulación jurídica del interés superior del niño supone la constatación de un principio general de un Derecho de menores y de ahí que sea un instrumento de integración y de interpretación, tanto de las normas e

⁵⁴⁴ ALÁEZ CORRAL, B. (2013). El ejercicio autónomo de los derechos fundamentales por el menor de edad. *Revista europea de derechos fundamentales*, (21), 37-78, pp. 42 y ss.

instituciones en que ese interés aparece tipificado como en las situaciones y relaciones de la vida cotidiana.⁵⁴⁵

Las disposiciones y preceptos que tratan sobre este principio están en consonancia con los estándares internacionales que vinculan a nuestra legislación interna, como es el caso especial de la CDN. Entre las normas de nuestro ordenamiento jurídico, sobresale nuestra Constitución como norma suprema. El artículo 39 de la misma, recoge como los poderes públicos van a encargarse de proteger a la familia, asegurándose por tanto la protección integral de los hijos, para que éstos gocen de la prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos. El artículo 39 en su apartado 1 hace referencia concretamente a la protección social, económica y familiar por parte de los poderes públicos. Además, en su apartado 4 se menciona de forma expresa el principio de protección de la infancia al reconocer que «*los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos*». Desde una concepción constitucional se aúnan dos principios en torno a la minoría de edad: por una parte, el principio de autonomía y por otra parte, el principio de protección, quienes van a pivotar sobre un fin común que es el pleno desarrollo de la personalidad del menor.

Dicho principio ha de operar por tanto, sobre la base de la dignidad y de los derechos humanos del menor. El artículo 39 en relación a la protección del menor, va a complementar al artículo 10 de la Carta Magna. En especial, el artículo 10⁵⁴⁶ tendrá un gran valor jurídico ya que el principio del interés superior del menor se va a concretizar sobre este artículo junto a otros principios que aborda la Constitución, al suponer un eje y un punto de referencia a todos los derechos fundamentales que se recogen en el texto constitucional. Nuestra CE considera a los menores como individuos titulares de derechos fundamentales, vislumbrándose tal consideración en dicha disposición. En su apartado 1, se determina que la persona por el mero

⁵⁴⁵ RUÍZ HUIDOBRO, J.M. *El menor en el derecho. Sistema normativo...*, op.cit., pp. 98 y ss.

⁵⁴⁶ Art. 10 de la CE: «*1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social. 2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España*».

hecho de serlo va a tener unos derechos que son inviolables, donde a la luz de esos derechos los cuales van a ser inherentes a los seres humanos, se incluye el interés de los menores de edad, identificándose con «*la dignidad, el libre desarrollo de la personalidad que con respeto a la ley y a los derechos de los demás, son fundamento del orden político y de la paz social*».

Como se desprende del artículo 10, los menores de edad son considerados asimismo titulares de derechos fundamentales. Es por ello, que todo menor va a ser escuchado en un procedimiento judicial o administrativo de una manera directa o mediante representante u órgano adecuado, respetando así el principio del interés del menor que se identifica con los derechos fundamentales atribuidos a las personas. Es por tanto, que el derecho a ser escuchado e informado es indispensable junto a la manifestación libre de la opinión en aquellos asuntos que les competen a los menores de edad. En resumen, el principio del interés del menor como concepto jurídico indeterminado forma parte del sistema garantista de nuestra Constitución, el cual está sujeto a la actualización de la cambiante realidad social, y que forma parte del proceso de subsunción de la norma al caso concreto por parte del operador jurídico.⁵⁴⁷

Como describe el artículo 30 del Código Civil «*la personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida*». Añadiendo el artículo 29 del Código Civil que «*el nacimiento determina la personalidad*». Es por ello, que desde el momento que uno nace adquiere una personalidad jurídica, por lo que el menor de edad será titular de derechos al conseguir dicha personalidad jurídica. En nuestro Código Civil, se refleja básicamente el principio del interés del menor en aquellos casos derivados de la necesidad de amparar al menor de edad. En diferentes situaciones, sírvase a modo de ejemplo los diversos artículos que se refieren de una manera expresa al beneficio o interés del menor, como: los casos relacionados con la nacionalidad del menor, los de disolución de matrimonio, los procesos de separación o divorcio, el acogimiento y la visita de los padres, los de privación de la patria potestad o los supuestos de adopción. De esta manera, se individualizan de manera excepcional algunos elementos que van a integrar el principio del interés del menor. Sobre todo, en relación a la

⁵⁴⁷ DE BARTOLOMÉ CENZANO, J.C. (2012). Sobre la interpretación del interés superior del menor y su transcendencia en el derecho positivo español. *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, (3),46-59, pp. 53 y ss.

guardia y acogimiento de los menores lo que prevalece siempre es el interés del menor (arts. 172-174).

En el caso de la LO 1/1996, de protección jurídica del menor, dentro del Capítulo I correspondiente al *Ámbito* y a los Principios Generales, concretamente en su artículo 2, se recoge lo siguiente: «*en la aplicación de la presente Ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir*». Además, esto se refleja ya en la Exposición de Motivos junto a otros artículos que conciernen a dicho interés. Entre ellos, destacan el artículo 11.2 a) que hace mención a la supremacía del interés superior del menor como principio rector de la actuación de los poderes públicos en relación con los menores de edad. Posteriores modificaciones amplían el contenido del artículo 2 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, mediante la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia.⁵⁴⁸ En ella, se alude directamente al interés del menor estableciendo nuevos criterios, del mismo modo que una nueva técnica jurídica para poder valorar dicho interés, que se usará por parte de los operadores, de las instituciones públicas y privadas, y de los Tribunales.

Esta Ley Orgánica contempla en los siguientes términos el principio del interés superior del menor al incorporar en la redacción del mismo:

1. La jurisprudencia del Tribunal Supremo de los últimos años.
2. Los criterios de la Observación General N° 14, de 29 de mayo de 2013, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño,⁵⁴⁹ sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial.

Se configura este principio por tanto, desde una dimensión triple: como derecho sustantivo y subjetivo, como principio general informativo e interpretativo y como norma de

⁵⁴⁸ BOE núm.175, de 23 de julio de 2015, págs. 61871-61889.

⁵⁴⁹ La Observación N° 14 del Comité de los Derechos del Niño, ha sido explicada en detalle en el epígrafe correspondiente al interés superior del menor en el ámbito internacional (apartado 3.2).

procedimiento con todas las garantías. Desde esta triple naturaleza se persigue una misma finalidad que es asegurar el respeto completo y efectivo de todos los derechos de menor junto a su desarrollo integral. Como se recoge en esta LO, los criterios usados por el legislador para realizar una ponderación deben ser reconocidos y aceptados universalmente. Hay que tener en cuenta los elementos y las circunstancias de cada situación concreta para así poder dictaminar una decisión motivada. En base a la adopción de dicha decisión, se podrá comprobar si se ha aplicado o no de manera correcta tal principio.

Los criterios generales para aplicar e interpretar en cada caso concreto el interés del menor son: a) el derecho a la vida y la satisfacción de sus necesidades básicas materiales, físicas, educativas, emocionales y afectivas; b) los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente; c) la conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia, así como la preservación del derecho a su familia de origen y d) la protección de la identidad, cultura, religión, convicciones, orientación e identidad sexual o idioma del menor, así como la no discriminación del mismo.

Como contempla la Ley, en base a los principios de proporcionalidad y de necesidad se ponderarán estos criterios generales tomando en consideración una serie de elementos como la edad y la madurez del menor, la igualdad y la no discriminación, el efecto del transcurso del tiempo, la necesidad de estabilidad de las decisiones que se adopten, la preparación en el tránsito a la edad adulta y cualquier otro elemento de ponderación que suponga para el supuesto concreto un factor pertinente que respete los derechos de los menores.

De otro lado, en relación a las garantías del proceso en cualquier medida en favor del interés del menor, sobresale el derecho de los menores a ser oídos e informados y el derecho a participar en el proceso judicial (al sustituirse el término madurez por juicio).⁵⁵⁰ Los profesionales y expertos cualificados podrán participar en el proceso, al igual que sus

⁵⁵⁰ Art. 9 redactado por el apartado cuatro del artículo primero de L.O. 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

progenitores, tutores o representantes. Lo más importante, es que la decisión judicial debe estar motivada, indicando los criterios utilizados y la ponderación llevada a cabo de los mismos en contraposición con otros intereses legítimos presentes. Sin embargo, existe la posibilidad de revisión de la decisión tanto en un procedimiento judicial como administrativo, si ésta no hubiera considerado el interés del menor.

3.3.1. El interés superior del menor como principio rector en la LORRPM

Tanto en la CDN como en otros textos internacionales, se hace mención al interés superior del niño y no al interés superior del menor. Ello es debido, a que en el ámbito internacional se prefiere usar este término. Sin embargo, para el análisis de la legislación vigente en materia penal, se usa preferiblemente el término menor al referirse a un individuo que no haya alcanzado todavía la mayoría de edad penal.

Además de este principio y de otros principios que otorgan la singularidad a la norma penal juvenil y que ya han sido explicados con anterioridad, existen otros procesales y penales que rigen en esta ley y que son: el principio acusatorio, el principio de proporcionalidad, el principio de oralidad, el principio de contradicción, el principio de legalidad, el principio de inmediación, el principio de tipicidad, el principio de libre valoración de la prueba y el principio de publicidad.⁵⁵¹ En cualquier caso, el principio del interés superior del menor conforma el eje central de la normativa penal de menores impregnando el contenido general de la ley penal juvenil. De hecho, este principio se va a explicar en virtud del principio de oportunidad en el siguiente epígrafe.

Ciertamente, la LORRPM explica en su Exposición de Motivos que cualquier medida que se adopte en relación al procedimiento penal de menores ha de primar el interés superior del menor.⁵⁵² El concepto del interés superior del menor se desarrolla por tanto en el apartado II.7

⁵⁵¹ Sin embargo, el principio de publicidad presenta ciertas limitaciones como ya quedó reflejado en la STC 36/1991, de 14 de febrero.

⁵⁵² EM de la LORRPM: «Y es que en el derecho penal de menores ha de primar, como elemento determinante

de la EM, siendo ni más ni menos que una plasmación concreta en el derecho penal de menores español de los arts. 3 y 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño.⁵⁵³ De hecho, la respuesta educativa que da esta ley juvenil va en pro de este criterio. El interés superior del menor estará presente a lo largo de todo el proceso de menores y concretamente, las medidas de intervención van a estar orientadas a este principio.

Entre las manifestaciones del principio del interés superior del menor en el articulado de la LORRPM recogidas en la Exposición de Motivos se encuentran:

- La imposición de medidas aplicadas por los Juzgados de Menores. Se resalta su carácter educativo, por lo que el Juez debe tener en cuenta el interés del menor en la determinación de tales medidas. Asimismo, se tomará en consideración en la imposición de medidas cautelares, de medidas sancionadoras y en la ejecución de las medidas judicialmente impuestas.
- La garantía del orden constitucional y de las normas del Derecho internacional.
- La determinación como criterio básico y orientador en la legislación reguladora de la responsabilidad penal de los menores de edad.
- La intervención educativa.
- La adopción de las medidas que se adopten en el procedimiento.
- La promoción de la justicia y de la defensa de la legalidad, así como de los derechos de los menores.
- La participación del letrado del menor en todas las fases del proceso, pudiendo intervenir en todos los actos que se refieren a la valoración del interés del menor.
- La imposición de las medidas que requieran una respuesta específica atendiendo a las circunstancias modificativas de la responsabilidad del menor.

del procedimiento y de las medidas que se adopten, el superior interés del menor».

⁵⁵³ CANO PAÑOS, M.A. ¿Supresión, mantenimiento o reformulación...? op.cit. p.13

- La intervención de especialistas en el área de la educación y de la formación que valoren el criterio del interés superior del menor.

Del mismo modo, destaca este principio en diversos artículos del texto normativo como en los:

- Artículos 6 y 23.1. De la intervención del Ministerio Fiscal y de la actuación instructora del Ministerio Fiscal, respectivamente.
- Artículo 7.3. Definición de las medidas susceptibles de ser impuestas a los menores y reglas generales de determinación de las mismas: en relación a la adopción de la medida sancionadora y de la motivación de las sentencias a los efectos de la valoración del interés superior del menor.
- Artículo 12. Infracción continuada o con pluralidad de víctimas: en relación a la imposición de una medida sancionadora en una extensión inferior cuando el interés del menor lo aconseje.
- Artículo 13.1. Modificación de la medida impuesta: que puede verse modificada durante su cumplimiento en el caso de que la evolución del menor lo aconseje.
- Artículo 27.3. Informe del equipo técnico: en relación a la posibilidad de que el menor infractor efectúe una actividad reparadora o de conciliación con la víctima.
- Artículo 28.1. De las medidas cautelares: en cuanto a la adopción de las medidas cautelares, tomando en especial consideración el interés superior del menor.
- Artículo 30.3. Remisión del expediente al Juez de Menores: respecto a la participación en el acto de la audiencia de aquellos que puedan aportar al proceso elementos valorativos del interés del menor.
- Artículo 35.2. Asistentes y no publicidad de la audiencia: conforme al interés del menor imputado, para que las sesiones sean a puerta cerrada y que no se difundan por parte de los medios de comunicación, ni imágenes ni datos del menor.
- Artículo 36.3. Conformidad del menor: cuando el menor está conforme con los hechos pero no con la medida, practicándose prueba propuesta para determinar la aplicación de dicha medida o sustituirla por otra más adecuada al interés del menor.

- Artículo 37.4. Celebración de la audiencia: referente al abandono por parte del menor durante el transcurso de la audiencia si así se considera oportuno, siguiendo el consejo del interés del menor.
- Artículo 46.3. Liquidación de la medida y traslado del menor a un centro: en relación al traslado del menor a un centro lejos de su entorno familiar y social, fundamentándose en base al interés superior del menor.

El interés del menor o el interés superior del menor va a aparecer a lo largo del texto normativo y de sus sucesivas reformas, en relación a las decisiones o medidas a adoptar en el ámbito del menor en conflicto con la ley, y de la protección del menor en el proceso judicial.

Ahora bien, la mayor proporcionalidad entre las sanciones y la gravedad del delito se expresa asimismo en la Exposición de Motivos de la reforma más trascendente hasta la fecha, introducida mediante la LO 8/2006, al mostrar 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»*. Ya sigue el texto en la EM reflejando la perfecta compatibilidad entre dos principios, el del interés superior del menor y el de proporcionalidad⁵⁵⁴, enumerándose los diferentes presupuestos incluidos en dicho texto normativo como: a) la ampliación de las posibilidades de imposición de internamiento en régimen cerrado en caso de delitos graves y de delitos que se cometan en grupo o cuando el menor pertenezca o actúe al servicio de una banda, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedique a la realización de tales actividades, b) la adecuación de las medidas a la edad y entidad del delito,

⁵⁵⁴ No obstante, con los menores reincidentes es preciso «desarrollar herramientas de evaluación del riesgo de reincidencia con el fin de adaptar al mismo, las intervenciones con respeto al principio de proporcionalidad». JENSEN, E.L. & EILERS, S. (2005). An Annotated Bibliography on Diversion, Restorative Justice, and Least Restrictive Alternatives. In J.J. SORENSEN & J. JEPSSEN (eds.), *Juvenile Justice in Transition: Bringing the Convention on the Rights of the Child to Work in Africa and Nepal* (pp. 284-298). Copenhagen: Danish Institute for Human Rights, p. 289. Traducción propia.

c) la posibilidad de cumplir medida de internamiento en establecimiento penitenciario tan pronto el menor cumple los 18 años y d) la extensión de los límites máximos de internamiento para un menor en aquellos casos más graves.

Si se analizan las diferentes disposiciones que se adoptan en el nuevo texto, lo que se aprecia es la confrontación entre dos principios y la apertura hacia una ponderación por parte del órgano jurisdiccional. Al final, se impone y adapta el tipo y duración de la sanción en función de la gravedad del delito cometido y de las circunstancias del menor (valoradas por el equipo técnico) para tener en consideración la culpabilidad del mismo. Por lo que, a pesar de que se promueva un total respeto por la primacía del interés del menor, luego analizando la reforma con mayor detalle queda patente ese retroceso mediante el endurecimiento en la imposición de las sanciones. En parte, porque a pesar de que se tienen en cuenta las características de un menor para adaptar esa medida sancionadora, se han incluido cláusulas que demandan una represión social por el delito cometido y el interés del menor queda relegado a último término. De hecho, algunas corrientes doctrinales han señalado el intento de esconder por parte del legislador la palabra pena, al hecho de que verdaderamente se exige responsabilidad penal al menor por la sensibilidad que genera este asunto.⁵⁵⁵

En otro orden de cosas, «la agravación de los delitos de terrorismo en los supuestos concursales plantean problemas con el principio de proporcionalidad ya que un delito de daños en ese mismo ámbito permite aplicar una medida más grave que un homicidio fuera de él».⁵⁵⁶ Por otro lado, si el menor de edad comete un hecho delictivo en grupo o como miembro de una banda pero no de carácter terrorista, como se describe en el artículo 9.2 y 10.1, se impondrán unas medidas sancionadoras que son bastante más graves y confronta con el principio de proporcionalidad ya que como se ha dicho, se toma como referencia la gravedad del hecho cometido. Sin embargo, hay que entender que el principio de proporcionalidad va a

⁵⁵⁵ Se trata de un «fraude de etiquetas» como pone de manifiesto la autora, pero que es evidente en la doctrina española respecto a la norma penal juvenil SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I. (2008). La reforma de la Ley Penal del menor por la LO 8/2006. *Revista jurídica de Castilla y León*, (15), 13-47, p. 21.

⁵⁵⁶ CERVELLÓ DONDERIS, V., y COLÁS TURÉGANO, M.A. *La responsabilidad penal del menor*, op.cit., p.133.

actuar como garante del menor para que éste no vaya a ser sancionado más gravemente que un adulto, siendo además no obligatorio la imposición de una medida a tenor de lo dispuesto en el art. 9.2.

Este principio debe ser tomado en la interpretación de las normas como un límite a la acción sancionadora del poder estatal.⁵⁵⁷ Hay que limitar por tanto, la acción sancionadora del Estado en los derechos fundamentales del menor infractor. La plasmación legal de tal concepto va a operar como criterio global de justificación de la ley penal, ya que se reafirma la idea de que el interés del menor es uno de los objetivos perseguidos por la regulación legal que la justifican.⁵⁵⁸ Por otro lado, este principio va también ligado a la necesidad de evitar, en la medida de lo posible, la estigmatización del menor, siendo en este ámbito fundamentalmente donde irradia sus efectos al proceso y al procedimiento.⁵⁵⁹

Como criterio de interpretación y como principio rector, debe ser fundamental en la aplicación de medidas dentro del sistema de justicia de menores ya que lo prioritario es la protección del menor infractor. Por lo tanto, nunca se debe ir en contra de los intereses del menor causando un perjuicio para éste. La importancia de la participación del menor es determinante a la hora de interpretar tal principio para obtener resoluciones y decisiones. No obstante, también se ha de considerar que la determinación del interés del menor por parte de los órganos jurisdiccionales, no tiene por qué coincidir con el propio interés y deseo del menor infractor. Y en el caso que nos ocupa en este trabajo, el menor reincidente, tiene una percepción diferente a la del menor que ha cometido su primer hecho delictivo. Es verdad, que para evitar un proceso penal y en aras de proteger al menor infractor prevaleciendo su interés superior,

⁵⁵⁷ DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E.M. (2010). El interés superior del menor y la proporcionalidad en el derecho penal de menores: contradicciones en el sistema. En I.F. BENÍTEZ ORTÚZAR, y M.J. CRUZ BLANCA (eds.), *Derecho penal de menores a debate* (pp. 80-100). Madrid: Dykinson, pp.85-87.

⁵⁵⁸ PAREDES CASTAÑÓN, J.M. (2013). El principio del «interés del menor» en derecho penal: una visión crítica. *Revista de Derecho penal y Criminología*, (10),155-186, p. 170.

⁵⁵⁹ Vid. DE LA ROSA CORTINA, J.M. (2003). *Los principios del derecho procesal penal de menores: instrumentos internacionales, doctrina de la Fiscalía General del Estado y jurisprudencia*. Trabajo publicado en la revista Tribunales de Justicia. Fiscalía General del Estado. Recuperado (30.04.2017): https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/download/Ponencia%20Jos%C3%A9%20Miguel%20de%20la%20Rosa%20Cortina.pdf?idFile=7fef05f9-a287-4f18-b810-1f0f4b9b6dab.

debe acudir a soluciones extrajudiciales cuando la ley y las circunstancias lo permitan, pero hay autores que mantienen que ante la reincidencia no es conveniente ni jurídicamente posible prescindir del enjuiciamiento de los hechos.⁵⁶⁰

Hay que tratar de determinar en cada caso concreto de una manera neutral por parte de los Tribunales de justicia mayormente, pero también por parte de los progenitores, tutores, o personas que tienen la guarda del menor. Del mismo modo, la Administración debe considerar lo mejor y lo que más le conviene al menor, abstrayéndose y dejando de lado sus propios intereses y la influencia de sus ideas y opiniones. La interpretación de los actores sociales que rodean al menor de edad es fundamental para la aplicación correcta de este principio, del mismo modo que se debe evitar en todo momento que sea una acción arbitraria y contraria a derecho.

Es claro, que la manifestación de conductas delictivas previas por parte de un menor va a influir en la imposición de medidas, siendo este elemento clave para la determinación de la reincidencia. Respecto a las medidas impuestas a menores reincidentes de aplicación a la LORRPM cabe hacer una matización en este punto, en relación a cómo rige la cancelación de los antecedentes de los menores de edad a efectos de análisis en relación al principio del interés del menor y la reincidencia. De hecho, los antecedentes penales tienen una gran influencia en el proceso penal no solo en el momento de la génesis de la agravante de reincidencia,⁵⁶¹ sino también en el momento de la imposición de la pena acordada a la vista de la peligrosidad criminal del sujeto conforme a su historial delictivo, afectando por otra parte, a los derechos fundamentales del mismo.⁵⁶² No puede olvidarse que en la determinación del interés superior del menor, las facultades del principio de oportunidad en la LORRPM son mucho más amplias, y que ese interés del menor y la apreciación particularizada de sus

⁵⁶⁰ VÁZQUEZ GONZÁLEZ, I. *Protección del menor infractor...*, op.cit., p. 223.

⁵⁶¹ A lo largo del articulado de la LORRPM se van a encontrar supuestos que agravan la sanción cuando se dé la reincidencia, como afirma Colás Turégano, existen dos grupos: un primer grupo donde haya menores que tengan antecedentes pero no concurran los requisitos específicos de la reincidencia, y un segundo grupo en el que se atiende a la reincidencia. COLÁS TURÉGANO, M.A. Aspectos penales característicos de la delincuencia juvenil...,op. cit., p.115

⁵⁶² Vid. ROIG TORRES, M. (2012). *La cancelación de los antecedentes delictivos*. Valencia: Tirant lo Blanch.

antecedentes y circunstancias personales deben primar en cada caso.⁵⁶³ Pero en todo caso, el principio de oportunidad en el caso de los menores expedientados y su relación con el principio del interés superior del menor se expondrá en el siguiente subíndice.

3.3.2. Un apunte sobre el principio de oportunidad atendiendo al interés superior del menor

Al cometerse un hecho delictivo por parte de un menor, además de considerar y fundamentar cualquier actuación en base al principio del interés superior del menor, hay que tener en cuenta la influencia de otro principio del proceso, el principio de oportunidad. Aunque como se ha defendido en la doctrina, este principio tiene su campo fundamental de aplicación en delitos de bagatela o en aquellos delitos de escasa gravedad, calificados como delitos eminentemente juveniles.⁵⁶⁴ El interés superior del menor se ha de explicar en virtud del principio de oportunidad durante el transcurso de un proceso de menores, donde el Ministerio Fiscal decide si concurren o no los requisitos necesarios para la incoación del expediente.

El principio de oportunidad se enmarca en la búsqueda de la flexibilización del procedimiento procesal orientada a la protección con menores -donde prima el interés superior del menor-, mediante la promoción de medidas extrajudiciales que eviten el procesamiento del mismo y la rápida reparación de la víctima. Como ha destacado la doctrina científica, una definición en *sentido estricto* de este principio engloba aquel mecanismo por el medio del cual, el que sea titular de ejercer la acción penal contra un menor se abstiene de ejercer la misma. La abstención de la acción penal viene dada porque no se inicie el procedimiento o porque se decrete un sobreseimiento del mismo. Además quien ejerce la acción, «puede disponer del

⁵⁶³ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO (2015). *Conclusiones de las jornadas de delegados de menores*. Fiscal de Sala Coordinador de Menores. Editorial Jurídica Sepín, Madrid 5 y 6 de octubre de 2015. Recuperado (21.01.2017) de: https://www.Fiscal.es/Fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/MN_JornadasMenoresOctubre2015?idFile=d0422acf-66bd-42d8-890e-f3b45bb6f577.

⁵⁶⁴ VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C. *Delincuencia juvenil. Consideraciones...*, op.cit., p.262.

contenido de la pretensión penal en cuanto a su supuesto y consecuencias, con fundamento en motivos definidos de manera inequívoca en la ley procesal».⁵⁶⁵

En la LORRPM quien ejerce la acción penal es el Ministerio Fiscal, el cual aplicará criterios de oportunidad. En la reforma 15/2003 se introduce además la figura de la acusación particular en el proceso penal juvenil. Las manifestaciones del principio de oportunidad en la jurisdicción de menores han propiciado una voluntad por parte del legislador de limitar o eliminar la pretensión penal por parte del Ministerio Fiscal, el cual debe guiarse por el interés superior del menor y usar el principio de oportunidad. De esta manera, con el desistimiento de la acción penal, el Ministerio Fiscal da la opción al menor de alejarse del proceso penal, evitando así las correspondientes consecuencias jurídicas por el delito cometido.

En suma, el MF⁵⁶⁶ es quien incoa o no un expediente de investigación al menor al asumir la parte de la fase de instrucción, valorando si inicia tal expediente al concurrir alguna de las circunstancias preestablecidas, y evitando que se inicie un procedimiento sobre el menor que pueda causarle un perjuicio. Frente a determinados supuestos el MF podrá no actuar: a) cuando el hecho cometido corresponda a una falta (aunque se han suprimido las faltas por delitos leves)⁵⁶⁷ tipificado en el CP o en leyes penales especiales, o b) cuando el hecho cometido sea un delito menos grave sin violencia o intimidación en las personas.

La influencia de este principio en estos supuestos, significa un renuncia en la incoación del procedimiento por parte del MF (excepto en el caso de la reincidencia donde haya cometido hechos de la misma naturaleza, según lo dispuesto en el artículo 18),⁵⁶⁸ pero si éste se hubiera

⁵⁶⁵ MOLINA LÓPEZ, R. (2009). El principio de oportunidad en el proceso penal de menores (Análisis comparado de los Ordenamientos colombiano y español). *Nuevo Foro Penal*, (72), 61-81, p. 67.

⁵⁶⁶ Además, el Ministerio Fiscal como se desprende de la Exposición de Motivos de la LORRPM, se encarga de la iniciativa procesal, promoviendo el ejercicio de la acción penal. Del mismo modo, se encarga de la protección de los derechos del menor, velando así por sus intereses.

⁵⁶⁷ La derogación de las faltas y la inclusión de los delitos leves mediante la LO 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del Código Penal.

⁵⁶⁸ Art. 18 de la LORRPM: «El Ministerio Fiscal podrá desistir de la incoación del expediente cuando los hechos denunciados constituyan delitos menos graves sin violencia o intimidación en las personas o faltas, tipificados en el Código Penal o en las leyes penales especiales. En tal caso, el Ministerio Fiscal dará traslado

iniciado, podría solicitarse conforme a lo recogido en el artículo 19.1⁵⁶⁹ de la ley: a) un sobreseimiento por parte del mismo (archivando la causa), b) una reparación o conciliación extrajudicial con la víctima, o c) una actividad educativa a propuesta del equipo técnico en su informe (artículo 27.2).⁵⁷⁰

Para la apreciación de reincidencia a tenor del art. 22.8 del CP, es preciso que el menor en el momento de la comisión del hecho delictivo haya sido condenado por sentencia firme por un delito contenido en el mismo Título del CP siendo de la misma naturaleza que el delito que se juzgue y con independencia de la respectiva gravedad y naturaleza de las penas.⁵⁷¹ Es entonces, cuando se muestra uno de los elementos que operan en la determinación de la reincidencia, que el nuevo delito sea de la misma naturaleza que el anterior, existiendo una condena firme por el mismo a pesar de no haberse ejecutado o cumplido la pena. Los antecedentes de la misma naturaleza implican que «los bienes jurídicos lesionados o puestos

de lo actuado a la entidad pública de protección de menores para la aplicación de lo establecido en el artículo 3 de la presente Ley. Asimismo, el Ministerio Fiscal comunicará a los ofendidos o perjudicados conocidos el desistimiento acordado. No obstante, cuando conste que el menor ha cometido con anterioridad otros hechos de la misma naturaleza, el Ministerio Fiscal deberá incoar el expediente y, en su caso, actuar conforme autoriza el artículo 27.4 de la presente Ley».

⁵⁶⁹ Art. 19.1 de la LORRPM: *«también podrá el Ministerio Fiscal desistir de la continuación del expediente, atendiendo a la gravedad y circunstancias de los hechos y del menor, de modo particular a la falta de violencia o intimidación graves en la comisión de los hechos, y a la circunstancia de que además el menor se haya conciliado con la víctima o haya asumido el compromiso de reparar el daño causado a la víctima o al perjudicado por el delito, o se haya comprometido a cumplir la actividad educativa propuesta por el equipo técnico en su informe. El desistimiento en la continuación del expediente sólo será posible cuando el hecho imputado al menor constituya delito menos grave o falta».*

⁵⁷⁰ Art. 27.2 de la LORRPM: *«El equipo técnico podrá proponer, asimismo, una intervención socio-educativa sobre el menor, poniendo de manifiesto en tal caso aquellos aspectos del mismo que considere relevantes en orden a dicha intervención».* En la misma línea, se manifiesta en los términos del principio de oportunidad el artículo 27.4 de la LORRPM: *«Asimismo podrá el equipo técnico proponer en su informe la conveniencia de no continuar la tramitación del expediente en interés del menor, por haber sido expresado suficientemente el reproche al mismo a través de los trámites ya practicados, o por considerar inadecuada para el interés del menor cualquier intervención, dado el tiempo transcurrido desde la comisión de los hechos».*

⁵⁷¹ ARIAS EIBE, M.J. (2007). *Responsabilidad criminal. Circunstancias modificativas y su fundamento en el Código Penal. Una visión desde la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Supremo.* Barcelona: Bosch, p.246.

en peligro sean los mismos⁵⁷² y una similar desvalor de la acción, no operando cuando un delito sea doloso y otro imprudente».⁵⁷³

Del art. 18 se interpreta el desistimiento de la incoación del expediente por parte del MF cuando «(...)conste que el menor ha cometido con anterioridad otros hechos de la misma naturaleza(...)», en virtud de lo expuesto al considerar como requisito subjetivo la misma naturaleza de las acciones delictivas cometidas. Además, esta disposición remite a la posibilidad de archivar con posterioridad, si se dieran las condiciones del art. 27.4 («Asimismo podrá el equipo técnico proponer en su informe la conveniencia de no continuar la tramitación del expediente en interés del menor...»). El problema viene según algún autor, de la interpretación literal del tal artículo, ya que en el caso de menores que delinquen varias veces y no tienen una condena previa, no se aclara como el MF puede comprobar la existencia de hechos anteriores.⁵⁷⁴ También el artículo adolece de una cierta imprecisión, ya que al seguir el criterio orientativo del art. 22.8 del CP en relación a la reincidencia, «la tesis es contraria al art. 18.2 ya que se refiere a hechos y no a delitos ni a ejecutorias, por lo que el simple hecho de que el menor haya cometido un hecho de la misma naturaleza con anterioridad, le impide beneficiarse del desistimiento que se regula en dicho art.».⁵⁷⁵ Por otro lado, la Circular 1/2000 de la FGE expresa que la referencia a que «el menor no haya cometido hechos de la misma naturaleza se ha de entender como delitos graves o delitos menos graves con violencia o intimidación, a pesar de la naturaleza diversa de los mismos, pues en una interpretación lógica de la ley es precedente, que sin duda le habría impedido beneficiarse en su momento del desistimiento del Fiscal, se convertiría en obstáculo para lograr el mismo beneficio respecto de hechos posteriores.»⁵⁷⁶ De la misma manera, refleja

⁵⁷² Que haya una homogeneidad en cuanto al bien jurídico que lesionan o ponen en peligro. En cuanto a la estimación de la homogeneidad delictiva, *vid.* Consulta de la FGE 9/97, de 29 de octubre.

⁵⁷³ ARIAS EIBE, M.J. *Responsabilidad criminal...*, op. cit., p. 246.

⁵⁷⁴ MORA ALARCÓN, J.M. (2002). *Derecho penal y procesal de menores (Doctrina, jurisprudencia y formularios)*. Valencia: Tirant lo Blanch, p.181.

⁵⁷⁵ DÍAZ MARTÍNEZ, M. (2003). *La instrucción en el proceso penal de menores*. Granada: Colex, p.67

⁵⁷⁶ Circular 1/2000, de 18 de diciembre de la FGE, p. 50. La Circular sigue, con que «si el hecho anterior es constitutivo de mera falta, de delito menos grave sin concurrencia de violencia o intimidación, podría entenderse que el Fiscal tiene legalmente vedada la decisión de desistimiento solo si el hecho anterior tiene la misma naturaleza que el hecho actual, atendiendo, a si se ha visto lesionado el mismo bien jurídico de un modo

que no es preciso que haya una condena anterior a la decisión del MF, ya que la ley refiere hechos y no delitos o condenas ejecutorias. Así pues, «la Fiscalía General del Estado entiende que no se requiere una sentencia ejecutoria anterior, sino que no conste que el menor haya cometido hechos de la misma naturaleza, siendo comprobable mediante la obtención de los diversos expedientes abiertos contra el menor, por lo que se manifiesta contraria a la exigencia de una condena previa que impida el desistimiento».⁵⁷⁷

En el caso que no se den ninguno de los presupuestos del desistimiento, entonces cualquier medida de carácter preventivo-especial que se imponga al menor debe respetar el interés superior del mismo teniendo en consideración entonces sus circunstancias personales, familiares y sociales. No puede olvidarse que la naturaleza educativa de la ley impide cualquier acción que pueda tener un efecto nocivo para el menor. Como bien se ha citado en la Exposición de Motivos se atenderá al interés superior del menor, el cual será valorado por un equipo de profesionales especializados. Este equipo de profesionales del ámbito de las ciencias no jurídicas, jugará un papel fundamental en la determinación del principio, que ha de ser valorado por criterios técnicos y no formalistas, sobre todo en la fase de instrucción.

Al valorar las circunstancias que rodean al menor y que son de gran importancia para la elaboración del informe técnico, hay que tener en cuenta: la edad, la situación familiar, el medio social y la personalidad del menor. En relación a la configuración del informe técnico, se da gran importancia a la situación familiar y social del menor en el momento de la imposición de la medida y no a la situación existente en el momento de realizar el hecho. Asimismo, es relevante la personalidad del menor para realizar un diagnóstico adecuado de la situación del mismo, lo que permitirá realizar un correcto pronóstico que oriente la elección de la medida adecuada.⁵⁷⁸ Cualquier medida impuesta al menor infractor debe adecuarse

semejante».

⁵⁷⁷ SALOM ESCRIVÁ, J.S. (2002). La intervención del Ministerio Fiscal en el proceso de exigencia de responsabilidad penal de los menores. En J.L. GONZÁLEZ CUSSAC, y J.M. TAMARIT SUMALLA (coords.), *Justicia Penal de menores y jóvenes: análisis sustantivo y procesal de la nueva regulación* (pp.211-262). Valencia: Tirant lo Blanch, p. 234.

⁵⁷⁸ Vid. AUCEJO NAVARRO, J.M. (2015). *Aproximación criminológica a la delincuencia juvenil y al sistema de justicia juvenil en la provincia de Valencia*. (Tesis Doctoral). Universidad de Valencia, Valencia. Recuperado

también a la finalidad resocializadora. Si bien es cierto, como mantienen algunos autores, a veces prima el interés social frente al interés del menor, ya que la sociedad pide equiparamiento con las penas de adulto y agravamiento de éstas últimas.⁵⁷⁹

A pesar de ese interés social, la gran mayoría de delitos que cometen los menores de edad como ya se dijo, corresponden a delitos de bagatela, cuyo impacto social es mucho menor ya que son delitos de poca gravedad. En estos delitos menos graves, no suele haber un interés público para su persecución siendo su incidencia menor, mientras que en los de mayor gravedad sí, aunque es verdad que en realidad son los menos frecuentes. En palabras de Márquez i Bonvehí, el fundamento del principio de oportunidad lo encontraremos en razones de interés social como: 1) la escasa lesión social que producen los delitos de bagatela (sistema que se utiliza en Alemania e Italia), 2) el estímulo para la pronta reparación de la víctima (sistema vigente en países anglosajones, así como Bélgica y Noruega), 3) la rehabilitación voluntaria del infractor mediante un programa de readaptación (sistema vigente en Francia) y 4) la evitación de efectos criminógenos de las penas cortas privativas de libertad (sistema vigente en algunos estados de EEUU).⁵⁸⁰

Finalmente, conviene hacer referencia al principio de oportunidad⁵⁸¹ en el derecho penal juvenil alemán para compararlo con la regulación legal de este principio en España. Se recoge en los §§ 45 y 47 de la JGG. El Fiscal conforme a lo previsto en el §45⁵⁸² puede renunciar a la

(21.05.2017) de:
<http://roderic.uv.es/bitstream/handle/10550/49785/APROXIMACI%C3%93N%20CRIMINOL%C3%93GICA%20A%20LA%20DELINCUENCIA%20JUVENIL%20Y%20AL%20SISTEMA%20DE%20JUSTICIA%20JUVENIL%20EN%20LA%20PROVINCIA%20DE%20VALENCIA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

⁵⁷⁹ Vid. GARCÍA HERNÁNDEZ, G. (2013). Equipo técnico y medidas judiciales. En *Seminario especialización en menores: protección y reforma*. Ponencias de formación continuada. Recuperado (21.01.2017) de: https://www.Fiscal.es/Fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20Gema%20Garc%C3%ADa%20Hern%C3%A1ndez.pdf?idFile=f67ad784-7262-45fe-b19b-ae49d93521aa.

⁵⁸⁰ Vid. MÁRQUEZ I BONHEVÍ, J.J. (2013). *Soluciones judiciales y extrajudiciales. El principio de oportunidad en la justicia juvenil*. Ponencia en las Jornadas de Fiscales Delegados. Recuperado (30.04.2017) de: https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20Juan%20Jos%C3%A9%20Marques%20i%20Bonveh%C3%AD.pdf?idFile=a8529e3e-92c0-4cae-97c8-93838d280a80.

⁵⁸¹ Este principio rige para el Juez y para el Ministerio Fiscal.

⁵⁸² §45 JGG:«(1)Der Staatsanwalt kann ohne Zustimmung des Richters von der Verfolgung absehen, wenn die Voraussetzungen des § 153 der Strafprozessordnung vorliegen. (2) Der Staatsanwalt sieht von der Verfolgung

incoación del procedimiento si se dan unas particularidades como: a) que se cumplan los requisitos del §153 del Código del procedimiento penal *StPO* («*Strafprozeßordnung*») sin que sea necesario el consentimiento del Juez, b) cuando una medida educativa se ha iniciado o realizado previamente sin que haya participación del Juez conforme a lo previsto en el apartado 3 (se equipara una medida educativa a los esfuerzos del menor infractor por llegar a un acuerdo con la víctima) y c) cuando el joven infractor confiesa y el Fiscal cree que una acusación contra él no es necesaria, entonces el Fiscal puede proponer al Juez de Menores que hay un acuerdo de conformidad una amonestación o advertencia.

En cambio, en el §47⁵⁸³ se regula el archivo del proceso por parte del Juez. Concretamente, si se dan una serie de condiciones: a) requisitos del §153 *StPO*, b) una medida educativa según el §45.2 bien cumplida o que se esté realizando, c) el Juez mediante sentencia prescindible ante un menor confeso decide imponer medida según §45.3 y d) la falta de madurez del menor indica que no es responsable penalmente.

ab, wenn eine erzieherische Maßnahme bereits durchgeführt oder eingeleitet ist und er weder eine Beteiligung des Richters nach Absatz 3 noch die Erhebung der Anklage für erforderlich hält. Einer erzieherischen Maßnahme steht das Bemühen des Jugendlichen gleich, einen Ausgleich mit dem Verletzten zu erreichen. (3) Der Staatsanwalt regt die Erteilung einer Ermahnung, von Weisungen nach § 10 Abs. 1 Satz 3 Nr. 4, 7 und 9 oder von Auflagen durch den Jugendrichter an, wenn der Beschuldigte geständig ist und der Staatsanwalt die Anordnung einer solchen richterlichen Maßnahme für erforderlich, die Erhebung der Anklage aber nicht für geboten hält. Entspricht der Jugendrichter der Anregung, so sieht der Staatsanwalt von der Verfolgung ab, bei Erteilung von Weisungen oder Auflagen jedoch nur, nachdem der Jugendliche ihnen nachgekommen ist. § 11 Abs. 3 und § 15 Abs. 3 Satz 2 sind nicht anzuwenden. § 47 Abs. 3 findet entsprechende Anwendung».

⁵⁸³§47 JGG:« (1) Ist die Anklage eingereicht, so kann der Richter das Verfahren einstellen, wenn 1. die Voraussetzungen des § 153 der Strafprozessordnung vorliegen, 2. eine erzieherische Maßnahme im Sinne des § 45 Abs. 2, die eine Entscheidung durch Urteil entbehrlich macht, bereits durchgeführt oder eingeleitet ist, 3. der Richter eine Entscheidung durch Urteil für entbehrlich hält und gegen den geständigen Jugendlichen eine in § 45 Abs. 3 Satz 1 bezeichnete Maßnahme anordnet oder 4. der Angeklagte mangels Reife strafrechtlich nicht verantwortlich ist. In den Fällen von Satz 1 Nr. 2 und 3 kann der Richter mit Zustimmung des Staatsanwalts das Verfahren vorläufig einstellen und dem Jugendlichen eine Frist von höchstens sechs Monaten setzen, binnen der er den Auflagen, Weisungen oder erzieherischen Maßnahmen nachzukommen hat. Die Entscheidung ergeht durch Beschluss. Der Beschluss ist nicht anfechtbar. Kommt der Jugendliche den Auflagen, Weisungen oder erzieherischen Maßnahmen nach, so stellt der Richter das Verfahren ein. § 11 Abs. 3 und § 15 Abs. 3 Satz 2 sind nicht anzuwenden. (2) Die Einstellung bedarf der Zustimmung des Staatsanwalts, soweit er nicht bereits der vorläufigen Einstellung zugestimmt hat. Der Einstellungsbeschluss kann auch in der Hauptverhandlung ergehen. Er wird mit Gründen versehen und ist nicht anfechtbar. Die Gründe werden dem Angeklagten nicht mitgeteilt, soweit davon Nachteile für die Erziehung zu befürchten sind. (3) Wegen derselben Tat kann nur auf Grund neuer Tatsachen oder Beweismittel von neuem Anklage erhoben werden».

Las manifestaciones del principio de oportunidad en el ordenamiento penal alemán en el ámbito de menores son inequívocas. De hecho con las sucesivas reformas, el legislador ha ampliado este principio en los diferentes textos normativos. Al ser la mayoría de delitos, delitos menores, de bagatela, el legislador ha ido flexibilizando el procedimiento para evitar daños colaterales que pudieran estigmatizar al menor de edad. Todo ello, mediante la aplicación de medidas extrajudiciales («*Diversion*») que comienzan a expandirse a partir de los años 80, reduciendo el control social formal excesivo.

3.4. El interés superior del menor en el Derecho alemán

La figura del interés del menor en Alemania tiene una larga tradición en el país, caracterizada por una historia particular y algo controvertida por los cambios manifiestos en la sociedad y en la cultura a lo largo del tiempo. Del mismo modo, se incrementa el interés por la protección de niños y de niñas, al igual que se inicia una evolución legislativa en materia de menores.

El principio del interés del menor, correspondiente con el término «*das Prinzip des besten Interesses des Kindes*», se ajusta también a otros términos como «*Interessen des Kindes*» o «*bestes des Kindes*»,⁵⁸⁴ los cuales son usados en el debate doctrinal. En efecto, en el Derecho alemán la mención al principio del interés del menor se da en un contexto de Derechos Humanos para ser desarrollado como un reconocido principio de los derechos de los niños. Por otro lado, el término del bienestar del menor con gran presencia en la literatura alemana en relación al principio del interés del menor, se corresponde con el vocablo alemán «*Kindeswohl*».

Son dos conceptos diversos aunque relacionados entre sí que aparecen en el ordenamiento jurídico alemán. Sin embargo, a pesar de que ambos criterios son conceptos jurídicos indeterminados, el bienestar del menor representa como se dijo, el óptimo desarrollo de la personalidad mediante el ejercicio de sus derechos fundamentales, cuya garantía vendrá

⁵⁸⁴ WAPLER, F. (2015). *Kinderrechte und Kindeswohl: Eine Untersuchung zum Status des Kindes im Öffentlichen Recht*. Tübingen: Mohr Siebeck, p.235.

constituida por el principio del interés del menor.⁵⁸⁵ Al bienestar del menor «no solo pertenecen los intereses subjetivos del menor, sino que se va más allá».⁵⁸⁶

El concepto del bienestar del menor ha ido evolucionando históricamente, pasando de ser considerado un concepto legal, cuya entrada en el Derecho de familia continuaba una tradición paternalista, para convertirse más tarde en una norma central en el Derecho de menores. Se puede considerar, que el bienestar del menor, no solo abarca el bienestar físico o psicológico del niño, sino también se extiende a un plano individual y colectivo, cuya materialización es necesaria para establecer criterios de referencia universales que ayuden en la imposición de medidas concretas relacionadas con el menor frente a la naturaleza genérica del principio del interés del menor.⁵⁸⁷

Del mismo modo que ocurría en España, este criterio no está claramente definido por la ciencia jurídica alemana, sino que hay que recurrir al caso concreto donde haya un conflicto en el que esté implicado un menor de edad para dar una solución lo más beneficiosa posible para los intereses del mismo. Es por tanto, un concepto indeterminado que se ha de interpretar y determinar en cada caso concreto, en la misma línea marcada por el Derecho español. No obstante, siguiendo a la doctrina alemana, este concepto también está constituido por tres niveles de concreción cuya correcta interpretación implica que este criterio se mueva en el «*Begriffkern*» o zona de certeza positiva.

Alemania es uno de los países más avanzados de nuestro entorno geográfico en cuanto a protección jurídica del menor, donde el interés del mismo ha ocupado un puesto relevante en el estudio por parte de la doctrina durante años. Sin embargo, según se desprende del apartado 26 de las Observaciones finales realizadas por el Comité de los Derechos del Niño

⁵⁸⁵ NAVAS NAVARRO, S. El bienestar y el interés del menor desde una perspectiva comparada..., op. cit., p.707.

⁵⁸⁶ JANSEN, I., RÜTING, W., y SCHIMKE, H-J.(2005). *Anwalt des Kindes*. Berlin: Waxmann, p.113. Traducción propia.

⁵⁸⁷ TERÁN PIMENTEL, M. (2014). Sobre un concepto de interés superior del menor. *Anuario de Derecho*, (31), 13-34, pp. 15 y ss.

ante el tercer y cuarto examen periódico universal,⁵⁸⁸ aprobada por el Comité en su 65º periodo de sesiones (13-31 de enero de 2014), no se ha incorporado totalmente tal principio en la legislación federal. Del mismo modo, la priorización del interés superior del menor no ha sido todavía integrada en todas las áreas del ámbito legislativo, ejecutivo y judicial. Aunque, a decir verdad, estas Observaciones hacen particularmente hincapié en el no respeto de los intereses de los niños que están en familias con un déficit educativo y socioeconómico, incluyéndose los refugiados y los niños pendientes de asilo.

La preocupación y atención del Comité lleva a recomendar a Alemania para que aumente los esfuerzos que aseguren este principio del interés superior del menor. Debido a la consideración primordial de tal principio, se debe integrar y aplicar éste en todos los procedimientos de carácter legislativo, administrativo y judicial. Para ello, es necesario establecer unas pautas de ayuda y orientación a las instituciones públicas y privadas, para que puedan determinar cuál es el interés superior del niño en cada una de las esferas de la sociedad reconociendo así su importancia.

En relación a lo anterior, algunos autores como Münnig, extraen argumentos relativos a la idea de «destacar de la Ley Fundamental de Bonn, la primacía del principio del interés del menor».⁵⁸⁹ En el mismo sentido, Heilman y Salgo manifiestan que indiscutiblemente aunque el interés del menor por sí mismo «no se aproxime de manera explícita en el rango constitucional, no obstante, es tenido en cuenta».⁵⁹⁰ Como mantiene Pinkvoss, del §6 GG.b⁵⁹¹ se extrae la interpretación que el cuidado y la educación es un derecho natural de los padres, postulándose en la segunda parte de dicho artículo, el establecimiento del cuidado y de la protección del bienestar del menor.⁵⁹² En cualquier caso, en aplicación de tal principio y

⁵⁸⁸ CRC/C/DEU/CO/3-4, p. 26.

⁵⁸⁹ MÜNNIG, M. (1992). Die Rechte der Kinder in der Rechtsordnung der Bundesrepublik Deutschland. En W. Gernert (coord.), *Über die Rechte des Kindes*. Stuttgart: Hammer, p.237. Traducción propia.

⁵⁹⁰ SCHWARZ, B. (2010). *Die Verteilung der elterlichen Sorge aus erziehungswissenschaftlicher und juristischer Sicht*. Wiesbaden: VS Research, p.90. Traducción propia.

⁵⁹¹ §6.b GG: «*Pflege und Erziehung der Kinder sind das natürliche Recht der Eltern und die zuvörderst ihnen obliegende Pflicht. Über ihre Betätigung wacht die staatliche Gemeinschaft.*» Traducción propia.

⁵⁹² PINKVOSS, F. (2009). *Kindeswohlgefährdung*. Berlin: Lehmanns Media, p. 11. Traducción propia.

considerando las ideas expresadas por la doctrina alemana, se concluye del §6 GG, que se debe tener en cuenta la opinión del menor en aras de su bienestar y su desarrollo, a pesar de que no se haga mención explícita del principio o de los derechos del niño. En este punto, debe garantizarse mediante el principio del interés del menor, el desarrollo de la personalidad del menor (bienestar) por mediación del disfrute de sus derechos fundamentales.

Como ocurría en el Derecho español, el concepto de interés superior del menor se ha venido operando mayoritariamente en el seno del Derecho de familia («*Familienrecht*»). Este principio es utilizado para resolver conflictos o controversias en el seno familiar, aunque también se dan otras opciones. Conocido es en el ámbito del Derecho Civil que este principio va a ser una pauta a seguir en todas las decisiones judiciales en relación al cuidado paterno. Aunque bien es cierto, que «si no estuviera en juego un derecho fundamental de un menor, entonces habría que ver el caso concreto por si la preferencia por el principio del interés del menor no fuera tal, ya que prevalece al *interés familiar*». ⁵⁹³ A modo de ver de Köster, se escogerá «la opción menos perjudicial para el menor, que sin ser la más óptima, le permita el ejercicio pleno de sus derechos fundamentales atendiendo al desarrollo de su personalidad». ⁵⁹⁴

La regulación del interés del menor se recoge en §1697.a BGB, constituyéndose como un principio general («*Soweit nichts anderes bestimmt ist, trifft das Gericht in Verfahren über die in diesem Titel geregelten Angelegenheiten diejenige Entscheidung, die unter Berücksichtigung der tatsächlichen Gegebenheiten und Möglichkeiten sowie der berechtigten Interessen der Beteiligten dem Wohl des Kindes am besten entspricht*»). Con la expresión «*der berechtigten Interessen der Beteiligten dem Wohl des Kindes*», se hace referencia al interés del bienestar del menor. Es más, la declaración del principio recogida en este artículo hace referencia a cualquier actuación relacionada con un menor, donde se tienen en cuenta todas aquellas decisiones que le afecten directamente. En concreto, el artículo menciona las cuestiones sobre la patria potestad del menor para abogar que el Tribunal tome la decisión

⁵⁹³ NAVAS NAVARRO, S. El bienestar y el interés del menor desde una..., op. cit., p. 708.

⁵⁹⁴ KÖSTER, T. (1997). *Sorgenrecht und Kindeswohl- Ein Vorschlag zur Neuregelung des Sorgerechts*. Frankfurt a. M.: Lang, p.116. Traducción propia.

más beneficiosa y adecuada para sus intereses. De esta manera, el legislador lo refleja como un instrumento para resolver un conflicto concreto en el que los intereses del menor están por encima y son prioritarios a cualquier otro principio. Además del ejercicio de la patria potestad, también está incluido especialmente en el derecho de corrección de los padres regulado en el §1631 *BGB*.⁵⁹⁵ Mediante esta disposición, «el planteamiento del principio no se reemplaza, sino que se fortalece».⁵⁹⁶ No obstante, hay que tener también presente, el §1626.2 *BGB* sobre la opinión de los menores en las cuestiones relacionadas con su desarrollo, valorada por los progenitores o los tutores.

En el tratamiento del interés del menor en el ámbito social, destaca §1 de *KJHG-Sozialgesetzbuch VIII*. Este artículo reconoce que «cada menor tiene derecho a promover su desarrollo y su educación para convertirse en una persona responsable y socialmente competente».⁵⁹⁷ Esta disposición está formulada como una orientación en la educación del menor para un desarrollo de su personalidad aunque no haya una definición del interés del menor.

La *JGG* no menciona el término como tal, solo se recoge en §51 algunos puntos en relación al interés del menor acusado (en relación a la exclusión de alguna de las partes), del mismo modo que la literatura penal juvenil trata este tema si acaso de manera escasa.⁵⁹⁸ Pero en todo caso, lo cierto es que hay una influencia de tal principio en el derecho penal juvenil durante el proceso judicial, sobre todo en la imposición de las medidas.

⁵⁹⁵ DE TORRES PEREA, J.M. Tratamiento del interés del menor..., op. cit., p. 677.

⁵⁹⁶ MORITZ, H.P. *Die (zivil-)rechtliche Stellung der Minderjährigen...*, op.cit., p.437. Traducción propia.

⁵⁹⁷ § 1.1 *SGB VIII-KJHG*: «Jeder junge Mensch hat ein Recht auf Förderung seiner Entwicklung und auf Erziehung zu einer eigenverantwortlichen und gemeinschaftsfähigen Persönlichkeit.». Traducción propia.

⁵⁹⁸ VON KÜHLEWEIN, M.R. (2010). Das Kindeswohl im Jugendstrafverfahren. In B-D. MEIER (coord.), *Kinder im Unrecht:junge Menschen als Täter und Opfer* (pp. 147-170). Berlin: Lit Verlag Dr. W. Hopf, p.147. Traducción mia.

4. El interés superior del menor en la jurisprudencia

Las precisiones que hacen los Tribunales en torno a este concepto mediante la adopción de resoluciones siguen una línea en función de lo que entienden por el principio del interés del menor. Es decir, donde está ese interés y qué es. Debido a la dificultad en la concreción del principio- ya que es un concepto en abstracto- se ha de delimitar en base a unas circunstancias especiales de una situación dada. Por tales motivos, la ambigüedad, la complejidad y la indeterminación van a originar resultados impredecibles que requieren de un análisis de la realidad jurídica en cada situación individual.

No puede olvidarse en cualquier caso, que la concreción e interpretación del contenido del concepto del principio del interés del menor con el supuesto específico, va a ser posible teniendo en consideración el momento en el que se encuentra el menor, es decir, la edad del mismo y su grado de madurez. Dicho lo anterior, la mayoría de resoluciones refieren a conflictos familiares en los que hay un menor implicado en el ámbito civil.

En nuestro sistema jurídico, al igual que en el sistema jurídico alemán, los garantes de que este principio se cumpla, interprete y aplique, corresponden a los órganos del Poder Judicial, es decir, a los Jueces y a los Tribunales. A la luz de la doctrina del Tribunal Supremo en España por ejemplo, se entiende debido al movimiento y a la evolución de las relaciones familiares, del mismo modo que a la complejidad y a la heterogeneidad de las situaciones a enjuiciar. Esto ya ha sido demostrado por la gran variedad de criterios presentes entre los distintos órganos jurisdiccionales a la hora de establecer una doctrina jurisprudencial, lo que resulta imposible ya que en ocasiones se corre el riesgo de generar una mayor confusión. En cualquier caso, se procede en la medida de lo posible a analizar la jurisprudencia en el ámbito regional internacional emanada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la jurisprudencia española y la jurisprudencia alemana, en relación a los pronunciamientos de los Tribunales sobre el principio del interés superior del menor.

4.1. En la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha generado numerosa jurisprudencia en relación a la protección del menor. Sobre todo, es amplia en el tema de custodias parentales y de la

sustracción internacional de menores. La evolución de la aplicación del mejor estándar del interés del menor en el seno de la jurisprudencia de la Convención Europea de Derechos Humanos demuestra la manera en la cual, «ese estándar se transpone del derecho interno para llegar a ser un principio internacional de los Derechos Humanos».⁵⁹⁹

La mayoría de casos sobre los que se ha pronunciado este Tribunal tienen relación con el estándar del bienestar del menor en relación a las violaciones que se han alegado respecto al artículo 8 sobre el derecho al respeto a la vida privada y familiar contenido en la Convención. Las provisiones del artículo 8 no están relacionadas con los derechos de la familia como un todo, sino con los miembros individuales de la unidad familiar. De esta manera, se van a proteger los intereses de las personas que forman parte de esa unidad familiar frente a las injerencias del Estado. El derecho a respetar la vida privada y familiar que refiere dicho artículo 8, produce variadas resoluciones judiciales al respecto. El TEDH no hace referencia expresa al definir el concepto interés del menor en sus resoluciones, pero sí que es habitual que considere en el momento de emitir sus decisiones judiciales dicho interés para la resolución de aquellos casos relativos a la infancia, señalando que el interés del niño subyace al contenido del artículo 8 del CEDH.

En la STEDH, de 6 de julio 2010,⁶⁰⁰ el Tribunal recuerda que «en todas las decisiones que tengan que ver con niños, sus intereses deberán ser supremos» (párrafo 135: «...*in all decisions concerning children, their best interests must be paramount.*»). También en términos parecidos, el Tribunal explica en la STEDH, 26 de noviembre 2013,⁶⁰¹ que «los intereses del menor deben tener una consideración primordial y que los objetivos de la prevención corresponden a una concepción específica de los intereses superiores del niño» (párrafo 95: «*the best interests*

⁵⁹⁹ BREEN, C. (2002). *The standard of the best interest of the child*, Dordrecht: Martinus Nijhoff, p.241. Traducción propia.

⁶⁰⁰ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala). Caso Neulinger y Shunk contra Suiza. Sentencia de 6 de julio de 2010. (Nº 41615/07).

⁶⁰¹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala). Caso X. contra Letonia. Sentencia de 26 de noviembre de 2013. (Nº 27853/09).

of the child must be of primary consideration and that the objectives of prevention (...) correspond to a specific conception of “the best interests of the child. »).

Es claro, que este Tribunal puede dar una particular importancia a los intereses del menor respecto a otros intereses. Los argumentos que utiliza el Tribunal de Estrasburgo para estimar y ponderar el interés del menor respecto a los *intereses familiares* se ven reflejados en diferentes resoluciones. La preferencia de resaltar el interés del menor es manifiesta respecto al interés de los padres en el seno familiar, en la STEDH, de 13 julio 2000,⁶⁰² el Tribunal califica «la importancia de tal principio por la naturaleza y la gravedad del interés del menor» (párrafo 50: «...*particular importance must be attached to the best interests of the child which, depending on their nature and seriousness, may override those of the parent.*»). Por otra parte, conviene tener presente en relación a la ponderación de los intereses del menor respecto a la de los padres, que en la STEDH, de 11 de octubre de 2001,⁶⁰³ se considera que «en función de la seriedad y la naturaleza del interés del niño se pueden sobrepasar los intereses de los padres» (párrafo 42: «*Article 8 requires that the domestic authorities should strike a fair balance between the interests of the child and those of the parents and that, in the balancing process, particular importance should be attached to the best interests of the child, which, depending on their nature and seriousness, may override those of the parents*»). En los mismos términos, se expresa el Tribunal en la STEDH, de 8 de julio de 2003 (párrafo 66).⁶⁰⁴

El balance de los intereses de las partes implicadas en un caso donde haya menores de edad requiere de un margen de apreciación por parte del Estado. El término «margen de apreciación» es descrito en la jurisprudencia del TEDH como el espacio de maniobra que tiene el Tribunal de Estrasburgo para conceder a los Estados miembros el cumplimiento de sus obligaciones bajo el Convenio Europeo de Derechos Humanos. En parte, es debido a la

⁶⁰² Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala). Caso Elsholz contra Alemania. Sentencia de 13 de julio de 2007. (Nº25735/94).

⁶⁰³ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 4ª). Caso Hoffmann contra Alemania. Sentencia de 11 de octubre de 2001. (Nº 34045/96).

⁶⁰⁴ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala). Caso Sahin contra Alemania. Sentencia de 8 de julio de 2003. (Nº 30943/96). En este mismo sentido, Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 3ª). Caso Görgülü contra Alemania. Sentencia de 26 de febrero de 2004 ((Nº 74969/01) (párrafo 43).

dificultad para identificar estándares europeos comunes en el ámbito de los Derechos Humanos por causa de la diversidad cultural y las tradiciones jurídicas. La determinación del interés del menor, se evalúa teniendo en cuenta ese margen de apreciación que el Tribunal ha considerado en numerosas Sentencias, bajo el epígrafe del artículo 8 del Convenio («...*within the margin of appreciation afforded to States in such matters...*»).⁶⁰⁵ Sobre todo, en las Sentencias referidas a la sustracción internacional de menores, donde prima el interés superior del menor ya que hay unas obligaciones claras para los Estados. En materia jurisprudencial, sin duda «se vislumbra esa estrecha relación entre el interés superior del menor y cualquiera de las fórmulas que determinan la existencia de una vida familiar, por eso cobra una relevancia especial el objetivo de procurar la integración del menor en su familia desde el momento mismo del nacimiento».⁶⁰⁶

Como es sabido, el CEDH no contiene disposiciones específicas referidas a los derechos de los menores, pero no es menos cierto que a pesar de la escasez en la regulación específica, el TEDH ha resuelto casos donde hay involucrados menores de edad ya que interpreta el CEDH teniendo en cuenta la normativa internacional en relación con la protección del menor de edad. Entre esta normativa internacional, destaca la Convención sobre los Derechos del Niño o el Convenio de la Haya, de 25 de octubre de 1980, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores.

La dinámica que ha caracterizado a este Tribunal es, que «la preocupación por el interés superior del menor reviste en cada caso una importancia decisiva» (párrafo 154: «... *of what is in the best interests of the child is in every case of crucial importance.*»)⁶⁰⁷ Esta preocupación, insta a que los Estados parte que han suscrito la Convención adopten una serie

⁶⁰⁵ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala). Caso Elsholz contra Alemania. Sentencia de 13 de julio de 2007. (Nº25735/94) (párrafo 44). En este mismo sentido, Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 3ª). Caso Maumousseau y Washington contra Francia. Sentencia de 6 de diciembre 2007 (Nº 39388/05) (párrafo 66).

⁶⁰⁶ ROCHA ESPÍNDOLA, M. (2015). La persona del menor, su interés superior, su autonomía y el libre desarrollo de su personalidad. *Actualidad jurídica Iberoamericana*, (2), 43-86, p. 55.

⁶⁰⁷ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala). Caso K. y T. contra Finlandia. Sentencia de 12 julio 2001 (Nº 25702/94).

de medidas con la finalidad de que este principio se respete, y que por lo tanto si se incumplen o no se llevan a término, pueda ser susceptible de sanción al suponer una infracción de la CEDH.

La STEDH, de 6 de julio 2010 recuerda que «cuando hablamos de los intereses del menor en materia de custodia de menores, estos comprenden dos ramas: por un lado, lo referente al establecimiento de las relaciones del niño con la familia y por otro lado, lo relativo a la garantía de su desarrollo mediante el interés superior del menor en un entorno familiar. Es por ello, que cualquier medida adoptada no puede dañar el bienestar psicológico o físico del menor ni tampoco su desarrollo» (párrafo 136: «*The child's interest comprises two limbs. On the one hand, it dictates that the child's ties with its family must be maintained, except in cases where the family has proved particularly unfit... ()...On the other hand, it is clearly also in the child's interest to ensure its development in a sound environment, and a parent cannot be entitled under Article 8 to have such measures taken as would harm the child's health and development.*»).⁶⁰⁸

En la STEDH más reciente de 15 de noviembre de 2011, recuerda el Tribunal, en el párrafo 128 que «las autoridades del país son quienes deben buscar el equilibrio entre los intereses del menor y los de sus padres, dándole una particular importancia al interés superior del menor» («*The nature and extent of the preparation depended on the circumstances of each case and any obligation the authorities had to apply coercion in this area was limited, since the interests and rights and freedoms of all concerned, and in particular the paramount interests of the child and his rights under Article 8 of the Convention, had to be taken into account.*»).⁶⁰⁹

⁶⁰⁸ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala). Caso Neulinger y Shunk contra Suiza. Sentencia de 6 de julio de 2010. (Nº 41615/07). Véase también, Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala). Caso Maršálek contra la República Checa. Sentencia de 4 de abril 2006.(Nº 8153/04), (párrafo 71).

⁶⁰⁹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala). Caso M. P. y otros contra Bulgaria. Sentencia de 15 de noviembre de 2011 (Nº 22457/08). En el mismo sentido, Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala). Caso Ignaccolo-Zenide contra Rumani. Sentencia de 25 de enero de 2000 (Nº 31679/96) (párrafo 94).

Debe tenerse en cuenta, sin embargo como señala Sales Jardí, que la vida privada y familiar de los detenidos y los reclusos ha sido analizada también por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos conforme a las disposiciones recogidas en el artículo 8.1. Si bien es cierto, que la naturaleza de toda detención regular y de toda reclusión supone ya de por sí una restricción de la vida privada y familiar del sujeto, la Administración Penitenciaria debe respetar y prestar ayuda al sujeto recluido o detenido, para que se mantenga ese contacto con el entorno familiar y que se respete su vida privada.⁶¹⁰ Una de las sentencias pioneras reconociendo tal derecho entre los reclusos y los detenidos fue la STEDH, de 28 de septiembre de 2000.⁶¹¹

Este Tribunal de carácter regional, además de haber aplicado el artículo 8, también lo ha hecho con el artículo 6 referido al derecho a un proceso equitativo, donde el interés del menor adquiere un relevante protagonismo. En concreto, en el apartado 1 del artículo 6⁶¹² se hace mención al derecho a un juicio justo en materia civil y en materia penal,⁶¹³ donde se presume de la protección del menor en relación a la publicidad del proceso en favor de los intereses del mismos, que en el contexto de los menores infractores puede ser de gran interés. En realidad, la vulnerabilidad que caracteriza a los menores infractores en el seno de un procedimiento

⁶¹⁰ Vid. SALES JARDÍ, M. (2015). La vida familiar de los detenidos y los reclusos en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Revista de derecho constitucional europeo*, (24). Recuperado (01.05.2017) de: http://www.ugr.es/~redce/REDCE24/articulos/07_SALES.htm.

⁶¹¹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 2ª). Caso de Messina contra Italia. Sentencia de 28 de septiembre de 2000. (Nº 25498/94), párrafo 61: «*However, it is an essential part of a prisoner's right to respect for family life that the prison authorities assist him in maintaining contact with his close family*». Asimismo, Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 4ª). Caso Ploski contra Polonia. Sentencia de 12 de noviembre de 2002 (Nº 26761/95).

⁶¹² Artículo 6.1 del CEDH: «*Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida considerada necesaria por el Tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia*».

⁶¹³ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala). Caso Pérez contra Francia. Sentencia de 12 de febrero de 2004 (Nº 47287/99), párrafo 70: «*The Court concludes that a civil-party complaint comes within the scope of Article 6 § 1 of the Convention(...)*».

judicial, requiere de una protección especial por parte de este Tribunal. En todo caso, el TEDH va a ofrecer esas garantías acordes a las necesidades del menor, cuya inclusión se refleja en el artículo 6 del CEDH.

El TEDH se ha pronunciado sobre esta cuestión en relación con el derecho a un juicio justo de un menor infractor, sirva a modo de ejemplo la posición del Tribunal en la STEDH, de 16 de diciembre 1999.⁶¹⁴ En ella, se declara que «un niño acusado de un delito se trata en la manera que se tengan plenamente en cuenta su edad, nivel de madurez y sus capacidades intelectuales y emocionales, y que se tomen medidas para promover su capacidad de comprender y participar en los procedimientos» (párrafo 96: «*In order for that principle to be respected in cases involving children, however, the conditions under which the trial is held (including the procedure followed) have to be such as will permit such participation, taking into account the age, level of maturity and intellectual and emotional capacity of the child concerned.*»).⁶¹⁵

No obstante, además del derecho a un juicio justo, el TEDH separa la justicia de menores de la justicia de adultos con sus correspondientes garantías especiales. Entre los pronunciamientos de los que se infiere que el Tribunal resuelve separando la justicia de los adultos de la de los menores, destaca la STEDH, de 6 de mayo de 2008,⁶¹⁶ donde el Tribunal recuerda que «cuando la detención sea estrictamente necesaria, los menores de edad deberían estar separados de los adultos» (párrafo 31: «*...where detention is strictly necessary, minors should be kept apart from adults.*»).

Con respecto a la salvaguarda de los derechos de los menores infractores, incluyendo el interés superior del menor, durante una situación de privación de libertad dentro del sistema de justicia juvenil, hay que reseñar el artículo 5 de la CEDH que contiene el derecho a la

⁶¹⁴ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala). Caso T. contra Reino Unido. Sentencia de 16 de diciembre. (Nº 24724/94).

⁶¹⁵ Del original en inglés, párrafo 84: «*a child charged an offence is dealt with in a manner which takes full account of his age, level of maturity and intellectual and emotional capacities, and that steps are taken to promote his ability to understand and participate in the proceedings*».

⁶¹⁶ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 2ª). Caso Nart contra Turquía. Sentencia de 6 de mayo de 2008 (Nº 20817/04). En el mismo sentido, Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 2ª). Caso Güveç contra Turquía. Sentencia de 20 de enero de 2009. (Nº 70337/01) (párrafo 83).

libertad y a la seguridad para todos. Es por ello, que la detención es una excepción, por lo que debe estar plenamente justificada por alguno de los casos que se enumeran en dicho artículo (incluye el propósito educacional o el propósito de llevar al menor ante la autoridad competente). La jurisprudencia correspondiente a la protección de los menores en esa área, bajo el contenido del artículo 5 es más escasa. En la STEDH, de 29 de febrero de 1988,⁶¹⁷ la Corte interpreta que «para determinar el interés superior del menor y las medidas adecuadas necesarias para la educación y el tratamiento de un menor en conflicto con la ley, el Estado tiene una obligación positiva de facilitarlas». (Párrafo 30: «...to determine their best interests and the means appropriate to their education or treatment » y párrafo 52: «Consequently it was under an obligation to put in place appropriate institutional facilities which met the demands of security and the educational objectives...»).

A modo de resumen, los menores de edad que son sospechosos o que han sido acusados de la comisión de un hecho delictivo, tienen que tener derecho a un juicio con todas sus garantías donde se protejan sus derechos y se asegure el cumplimiento de los mismos, a pesar de que ese menor haya entrado en conflicto con la ley. Así pues, las sentencias analizadas en este apartado han mostrado la importancia que le otorga el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al principio del interés del niño en las decisiones judiciales que adopta, como también la consideración que tiene éste sobre el papel primordial del principio en cada situación concreta, atendiendo eso sí, a las características de cada caso individual haciendo particular hincapié en aquellas propuestas emanadas de este órgano jurisdiccional.

4.2. En la jurisprudencia española

Se expone a continuación, algunas de las sentencias más significativas al respecto del principio del interés superior del menor. A los efectos de la interpretación de este principio, ya advierte el Tribunal Constitucional que «la determinación casuística del interés superior del

⁶¹⁷ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Corte). Caso Bouamar contra Bélgica. Sentencia de 29 de febrero de 1988 (Nº 9106/80).

menor es una cuestión de legalidad ordinaria».⁶¹⁸ Hay que constatar por tanto, que la justicia ordinaria es la encargada de interpretar y aplicar dicho principio. Como se ha podido comprobar en la jurisprudencia del alto Tribunal, aunque sea en materia de Derecho de familia y en el ámbito civil, «el interés del menor se eleva en último término, en norma de orden público y por consiguiente de insoslayable observancia en el ordenamiento jurídico español».⁶¹⁹

Además, este mismo Tribunal reconoce acertadamente en el Recurso de amparo 5258/2000,⁶²⁰ que «la determinación de cuál sea ese interés superior del menor en el caso concreto, es un asunto ajeno a la jurisdicción de amparo, por corresponder su determinación a los órganos judiciales y no al Tribunal Constitucional, que únicamente podrá comprobar si en la motivación de las resoluciones judiciales se tuvo en cuenta fundadamente dicho interés.». Esto quiere decir, que el Tribunal Constitucional solo podrá tras la ponderación de derechos llevada a cabo por la justicia ordinaria, determinar si la motivación ha sido razonada y fundada en base al interés superior del menor, o bien si por el contrario, es restrictiva de un derecho fundamental.

Como se puede ver, este principio no ha sido apenas utilizado por el Tribunal Constitucional de manera única, es decir, como único parámetro de decisión. Su intervención se limita ante un proceso de amparo para precisar el alcance del principio por un órgano judicial concreto. La actuación del Tribunal Constitucional es poco relevante ya que solo revisará si en las resoluciones judiciales se ha motivado con base en ese interés del menor en cada supuesto concreto donde haya implicado un niño. En este sentido, se comprobará la vulneración o no de algún derecho fundamental por parte del Tribunal. En cualquier caso, dicha consideración

⁶¹⁸ ATC de 1 de febrero rec nº 28/2001, FJ 3, 4 y 5; STC de 19 de abril rec nº 71/2004 FJ 3; STC de 25 de noviembre rec nº 221/2002, FJ 4.

⁶¹⁹ Veáse a título simplemente ejemplificante las siguientes resoluciones: STC de 26 de septiembre, rec nº 143/1990, STC de 18 de octubre rec nº 298/1993, STC de 25 de noviembre rec nº 187/1996, STC de 16 de junio rec nº 114/1997 y STC de 17 de enero rec nº 141/2000 FJ 3.

⁶²⁰ ATC de 1 de febrero rec nº 28/2001.

para determinar el interés superior del menor, corresponde a los órganos judiciales ya que la ley les atribuye competencia a éstos.

Su reconocimiento jurídico va a actuar como principio para resolver conflictos de derechos en los que se vean involucrados los niños, respetando y promoviendo sus derechos y libertades. Es por tanto, que este principio se usa como parámetro para dirimir tales conflictos donde no se limiten los derechos fundamentales de otros, persiguiendo así la resolución caso por caso de tales supuestos. De este modo, cuando aparezca tal conflicto de derechos del menor con otros individuos, prevalecerá el interés superior del menor aunque teniendo en cuenta los intereses de las otras partes.

El Tribunal señala la importancia de que en aquellos casos en que se afecte a la esfera personal o familiar de un menor que goza ya de juicio, sea oído como un «medio para dar efectividad al derecho a ser escuchado como se establece en el art. 9 de la Ley de Protección Jurídica del Menor, norma en la que se reconoce el derecho a ser oído en cualquier procedimiento judicial en que estén directamente implicados y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social».⁶²¹ Es decir, el derecho de aquellos menores de edad a ser oídos durante un procedimiento judicial o administrativo que les afecte, pero estos menores deben estar en condiciones de formarse un juicio propio.

Por otro lado, la contribución del Tribunal Supremo para la configuración y análisis del principio de interés superior del menor es variada. Entre otras cosas, a partir de la modificación del artículo 2 de la LO 1/1996 mediante la LO 8/2015, donde se introducen disposiciones procedentes de criterios jurisprudenciales del Tribunal Supremo. En este artículo, ya comentado en el apartado de la legislación española en materia de protección jurídica del menor, se van a establecer criterios para la interpretación y aplicación en cada caso concreto del interés superior del menor establecidos por la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

⁶²¹ SIMÓN CAMPAÑA, F. (2013). *Interés superior del menor: técnicas de reducción de la discrecionalidad abusiva*. (Tesis doctoral). Universidad de Salamanca, Salamanca, pp. 334 y ss. Recuperada el (01.05.2017) de: <http://hdl.handle.net/10366/124216>.

No obstante, a raíz de la STS 614/2009 de 28 septiembre se deja manifiesto que «la normativa relativa al interés del menor tiene características de orden público, por lo que debe ser observada necesariamente por los Jueces y Tribunales en las decisiones que se tomen en relación a los menores»⁶²². Por consiguiente, se han de tomar en consideración además de los instrumentos internacionales en relación a la protección del menor, como son la Convención de los Derechos del Niño o la Carta Europea de los Derechos del Niño, también la LO 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, cuya modificación del artículo 2 fue desarrollada mediante la LO 8/2015.

Este sentido proteccionista, es recogido por esas normas y así fue reflejado en nuestra jurisprudencia, como muestra la Sentencia sobre patria potestad del TS 1078/1992 de 12 de febrero, al reconocer que «la protección a los menores de edad se suma con claridad en la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas de 20 de Noviembre de 1989, en cuanto que su artículo 9, en relación con el 3, permite a los Tribunales decretar la separación del niño de sus padres cuando, conforme a la ley y procedimientos aplicables, tal separación sea necesaria, en el interés superior del niño».⁶²³

Conviene tener presente, como se expresa en la STS 47/2015 de 13 de febrero, que el interés superior del menor es «la suma de distintos factores»⁶²⁴, por lo que el interés en abstracto no es suficiente, sino que hay que tener en cuenta factores sociales, familiares y económicos, y adecuar este concepto indeterminado en cada caso concreto. Además, según ha interpretado la STS 26/2013 de 5 de febrero, este principio «es el punto de partida y de llegada en que debe fundarse toda actividad que se realice en torno a la defensa y protección de los menores» (aunque sea referido en este caso, al ámbito del derecho patrimonial).⁶²⁵ La Sentencia considera que el interés superior del menor se debe situar en el centro de referencia y

⁶²² Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 28 de septiembre de 2009, rec nº 614/2009.

⁶²³ Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 12 de febrero de 1992, rec nº 1078/1992, FJ 3.

⁶²⁴ Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 13 de febrero de 2015, rec nº 2339/2013, FJ 3.

⁶²⁵ Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 5 de febrero de 2013, rec nº 26/2013. El comentario sobre la Sentencia en relación a la configuración del interés superior del menor, *vid.* GUILLÉN, R. (2014). El interés del menor como límite a la patria potestad. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo. 26/2013, de 5 de febrero (RJ 2013,928). *Rev. bol. de derecho*, (19), 758-767.

principio informador del conjunto de normas del ordenamiento jurídico.⁶²⁶ Por lo que la decisión adoptada por los jueces debe guiarse por la prioridad del principio en materia de protección de menores, adoptando para ello aquellas medidas más beneficiosas al menor.

Al ser considerado este principio por este Tribunal como algo «primordial y preferente» respecto a otros intereses en juego, se deben imponer soluciones y medidas adecuando éstas, a los criterios que benefician al menor. Y estas medidas «deberán adoptarse teniendo en cuenta, ante todo, el interés superior del niño».⁶²⁷

Por lo tanto, el Tribunal Supremo ha reconocido el principio del interés superior del menor como «principio inspirador de todo lo relacionado con él, que vincula al Juzgador, a todos los Poderes públicos e, incluso, a los padres y ciudadanos con reconocimiento pleno de la titularidad de derechos en los menores de edad y de una capacidad progresiva para ejercerlos, de manera que han de adoptarse aquellas medidas que sean más adecuadas a la edad del sujeto, para ir construyendo progresivamente el control acerca de su situación personal y proyección de futuro».⁶²⁸ En cualquier caso, conviene tener presente de acuerdo con Ravetllat Ballesté, que «nuestros Tribunales, resuelven los problemas reales en los que aparece el interés del menor, utilizando fórmulas preestablecidas que se limitan a reiterar sentencia tras sentencia, sin realmente indagar en la verdadera esencia de su significado».⁶²⁹

En relación a la jurisprudencia emanada del Tribunal Supremo distinguimos aquella jurisprudencia perteneciente al Derecho de familia, y la relativa a la protección de los derechos fundamentales de los menores. En relación al Derecho de familia, los pronunciamientos del Tribunal Supremo giran en torno a la filiación, acogimiento y adopción, alimentos y vivienda, derecho de visita, guarda y custodia y custodia compartida. No solo

⁶²⁶ MARTÍNEZ VELENCOSO, L. (2013). La necesaria observancia del interés superior del menor en la contratación de menores de edad para la práctica del fútbol profesional. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, (93),457-472.

⁶²⁷ Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 24 de abril de 2000, rec nº 3419/2000, FJ 1.

⁶²⁸ Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 17 de septiembre de 1996, rec nº 4858/1996, FJ 2.

⁶²⁹ RAVETLLAT BALLESTÉ, I. El interés superior del niño: concepto..., op.cit., p. 97.

destacan aquellas resoluciones judiciales enmarcadas en el ámbito del Derecho de familia, sino también las que se refieren a otras cuestiones dentro del ámbito civil.

En cuanto a las resoluciones referentes a la protección jurídica del menor por vulneración de sus derechos fundamentales (como aquellas donde existan aspectos patrimoniales del derecho a la propia imagen), resaltamos aquellos supuestos donde colisiona el principio del interés superior del menor con otros principios, por lo que se da un conflicto en el cual se requiere de una ponderación. Esta colisión de derechos, precisa de una valoración para evaluar la trascendencia e importancia del derecho fundamental que está afectado para dar así una solución al caso concreto, viendo cuál de los derechos tiene preferencia respecto al otro. La técnica de la ponderación exige por tanto «valorar el peso que el legislador atribuye a cada una de las directrices, para atribuir preponderante una u otra de ellas».⁶³⁰

Como principio rector de todos los procesos en relación a la protección de los menores de edad, destaca el Tribunal en STS 5817/2009 de 31 de julio, que es un «principio prioritario que debe evitar que la formalidad de la controversia procesal pueda perjudicarlo».⁶³¹ Para poder determinar tal interés, este Tribunal ha establecido una serie de criterios en materia del Derecho de familia y sobre todo en temas de custodia compartida.

En cualquier caso, lo que es destacable de la jurisprudencia del Tribunal Supremo analizada es:

a) La priorización de tal principio en relación a otros, otorgándole una superior jerarquía a pesar de que los otros principios sean merecedores de una protección.

⁶³⁰ Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 22 de diciembre de 2008, rec n° 176/2008; Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 29 de mayo de 2000, rec n° 141/2000; Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 20 de mayo de 2002, rec n° 124/2002.

⁶³¹ Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 31 de julio de 2009, rec n° 247/2007, FJ 5.

b) La búsqueda para satisfacer los intereses del menor mediante las resoluciones judiciales emanadas de los Tribunales, ya que mediante el Derecho se protege al menor al ser la parte más vulnerable de la sociedad.

c) La ponderación aplicada por los órganos judiciales frente a un conflicto de derechos, para determinar cuál es la opción más idónea en aras del interés superior del menor, reflejándose así la preponderancia de ese interés respecto a otros que entran en conflicto.

d) La determinación de garantías procesales, como el derecho del menor a ser oído.

e) La salvaguarda de los derechos fundamentales del menor y la protección de su desarrollo físico e intelectual, al igual que la creación de un entorno adecuado para el menor.

Ahora bien, en lo que respecta al ámbito de la justicia penal de menores, el principio del interés superior del menor va a ser fundamental para poder establecer medidas orientadas a la reeducación del menor, desde la perspectiva de su protección. Las sentencias emanadas de los distintos Juzgados de Menores se han manifestado en alguna ocasión sobre este asunto en primera instancia y en segunda instancia en las Audiencias Provinciales, donde cabe recurso de apelación.

Las sentencias dictaminadas por el JME que son objeto de comentario en este trabajo, en relación a la determinación del interés superior del menor, muestran que cualquier medida adoptada por los Tribunales, debe estar orientada sobre ese principio en el marco de la justicia juvenil cuando el menor de edad entra en conflicto con la ley. De esta manera, este principio queda manifiesto en los pronunciamientos judiciales, como señala la sentencia objeto de comentario del Juzgado de Menores de Lleida, SJME 144/2015 de 18 de septiembre.

Esta sentencia hace hincapié en el momento de la imposición de medidas, ya que *«prima el interés superior del menor y la necesidad de conseguir a través de ellas la resocialización de*

los menores mediante una intervención educativa». ⁶³² Además, en esta sentencia se recalca que «no puede entenderse que el interés superior del menor es no solo superior, sino también único y excluyente de otros bienes constitucionales a cuyo aseguramiento obedece toda norma punitiva o correccional».

Finalmente, en el caso de la aplicación de la agravante de reincidencia a tenor del artículo 22.8 del CP, se ponen de relieve un par de sentencias en donde este órgano jurisdiccional argumenta su dictamen en virtud de tal principio, y más concretamente del menor reincidente en relación a la medida educativa.

En la SJME de Barcelona 11/2014 de 25 de marzo, se reconoce en relación a la *conformidad del menor* con una medida impuesta en el caso de la reincidencia, que en la imposición de la misma «*debe determinarse la aplicación de dicha medida o su sustitución por otra más adecuada al interés del menor y que haya sido propuesta por alguna de las partes*». ⁶³³ Por otro lado, la SJME de Barcelona 1/2009 de 16 de julio, recuerda como bien es sabido, que el interés superior del menor es el principio rector de la LORRPM, el cual «*exige un análisis de la situación del menor que permita valorar si la medida solicitada es adecuada, no solo a la conducta llevada a cabo por aquél, sino también a su futura evolución como persona*». ⁶³⁴

En la SJME de Barcelona 72/2015 de 12 de junio, a tenor del art. 40 de la LORRPM se suspende una medida que cumplía un menor bajo ciertas condiciones, ya que se apreció la circunstancia de reincidencia del art. 22.8 del CP en relación al art. 10.1 b), porque tras el informe del equipo técnico y «*en beneficio del menor y valorada su positiva evolución*» se decide condicionar dicha suspensión al cumplimiento de libertad vigilada. ⁶³⁵

⁶³² Juzgado de Menores de Lleida (Sección 1ª) de 18 de septiembre de 2015, rec nº 144/2015, FJ 3. En el mismo sentido, Juzgado de Menores de Lleida (Sección 1ª) de 4 de septiembre de 2015, rec nº 136/2015 y Juzgado de Menores de Lleida (Sección 1ª) de 6 de octubre de 2014, rec nº 84/2014.

⁶³³ Juzgado de Menores de Barcelona (Sección 1ª) de 25 de marzo de 2014, rec nº 11/2014, FJ 3.3.

⁶³⁴ Juzgado de Menores de Barcelona (Sección 1ª) de 16 de julio de 2009, rec nº 1/2009, FJ 9.

⁶³⁵ Juzgado de Menores de Barcelona (Sección 1ª) de 12 de junio de 2015, rec nº 422/2014, FJ 3.

4.3. En la jurisprudencia alemana

El análisis jurisprudencial emanado de los Tribunales alemanes relativo al interés del menor, se lleva a cabo como manifiesta Rivero Hernández, utilizando «la técnica legislativa de la cláusula general, que se limita a enunciar el interés como principio general de Derecho, y requiere luego individualizarlo para cada caso y menor afectado».⁶³⁶

Normalmente las resoluciones de los Tribunales germanos esgrimen las sentencias en relación a este principio en el ámbito civil. En ellas, además de las propias atenciones de carácter jurídico, también se tendrán en cuenta en función de la individualización de cada caso concreto, las emociones, los deseos y los intereses del menor como parte que es del proceso. Es por ello, que acorde a su edad y a su capacidad de madurez, los órganos jurisdiccionales establecen un diálogo con el menor.

Ya en una Sentencia del Tribunal Constitucional de 1959 se declaraba que el bienestar del menor («*Kindeswohl*»), se debe considerar el elemento más importante a tener en cuenta en la resolución de conflictos familiares.⁶³⁷ Las sentencias del Tribunal Constitucional alemán («*BVerfGE*»)⁶³⁸ contienen argumentos que consideran que en el ámbito del Derecho de familia cualquier decisión tomada debe responder al bienestar del menor. A nivel constitucional, hay una preocupación por su bienestar aunque únicamente se encuentre una mención expresa a la especial necesidad de cuidado de los niños en el §6.2 de la Ley Fundamental de Bonn, a pesar de ello «los derechos fundamentales son lo suficientemente amplios, detallados y universales como para garantizar una particular protección de los más débiles, entre éstos, los menores de edad».⁶³⁹

⁶³⁶ RIVERO HERNÁNDEZ, F. (2011). Las relaciones personales de los hijos tras la crisis matrimonial de los progenitores. Incidencias y protección. *Revista de Magister y Doctorado en Derecho*, (4), 57-90, pp. 63 y ss.

⁶³⁷ THERBORN, G. (1993). Los derechos de los niños. En L. MORENO (comp.), *Intercambio social y desarrollo del bienestar* (pp. 77-144). Madrid: CSIC, p.108.

⁶³⁸ «*Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*» (recopilación oficial de las decisiones o sentencias del Tribunal Constitucional Federal alemán).

⁶³⁹ ELÍAS, C. La protección de los menores de edad en Alemania..., op.cit., p. 127.

De conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, se pone de manifiesto las disposiciones en relación con la protección del menor, ensalzando su bienestar mayoritariamente dentro del ámbito familiar. Ya considera este Tribunal, que «cualquier decisión tomada que pueda afectar a un menor, debe tener en cuenta su voluntad».⁶⁴⁰ Apoyándose en esta interpretación, afirma que el menor debe ser protegido de una manera adecuada. Asimismo, como se refleja en una Sentencia del Alto Tribunal, la protección de la juventud es un objetivo decisivo y una exigencia importante para la comunidad («in Art.5 Abs. 2 GG kommt also auch die Wertung des Grundgesetzes zum Ausdruck, dass der Schutz der Jugend ein Ziel von bedeutsamen Rang und ein wichtiges Gemeinschaftsanliegen ist»)⁶⁴¹ Hay numerosas sentencias de este Tribunal en relación con los estándares previstos del §6 GG que regulan los derechos de los padres y el bienestar de los niños. Las decisiones emanadas por parte de este órgano jurisdiccional, desde hace unos años hasta la actualidad, han originado una serie de manifestaciones y propuestas referidas al derecho de filiación («Kindschaftsrecht»).

Se podría agrupar la jurisprudencia en dos grandes grupos: por un lado, «aquella referida a la prioridad en la orientación del interés del menor en el seno de un conflicto parental, por otro lado, la que se relaciona con el fortalecimiento de los derechos de los padres en el ámbito de protección de la infancia».⁶⁴² En el primer grupo que es el que nos interesa en este epígrafe, se desprende del §6.2 que la regulación de los derechos de los padres debe extenderse a la protección del bienestar del niño («Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG enthält zwar ein Recht der Eltern, aber nicht primär ein eigenes, sondern eines um den Schutz des Kindes willen»)⁶⁴³ Realmente, ya en 1968 se dictó sentencia por parte de este Tribunal conviniendo que el niño es una entidad que precisa un apoyo en virtud de §§ 1 y 2 de GG, y así, el mismo como entidad propia tiene el derecho a una protección por parte del Estado («(...) selbst einen

⁶⁴⁰ BVerfGE 55, 171, 182. Traducción propia.

⁶⁴¹ BVerfGE 30, 336, 348, BVerfGE 77, 346, 356. Traducción propia.

⁶⁴² Vid. HEILMANN, S. (2015). *Kinderrechte in der aktuellen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesgerichtshofs*, Frankfurt am Main, 1-32. Recuperado (21.01.2017) de: http://www.erev.de/files/heilmann_2015-_erev-ffm_9.11.15_--kk_30.pdf.

⁶⁴³ BVerfGE 61, 358, 371. Traducción propia.

Anspruch auf den Schutz des Staates»).⁶⁴⁴ Al final, bajo el contenido de este artículo se protege el bienestar del niño frente a una amenaza o peligro del mismo modo que se protegen sus derechos.

En la actualidad, se distinguen dos posiciones públicas dentro del TC alemán según estructura Britz,⁶⁴⁵ con puntos de vista diferentes reflejados en las variadas sentencias dictadas en los últimos años por las diferentes Salas del Tribunal Constitucional:

1. Fortalecimiento del derecho de los padres respecto a la figura de los niños, extendiéndose ese criterio de evaluación y adoptándose unas normas más estrictas por parte de los Tribunales de Familia. Esto ha ocasionado una retroalimentación en la práctica jurídica, una mayor atención por parte de los medios de comunicación y una modificación en el diseño y redacción de las normas jurídicas.
2. Ausencia de enfoque programático para fortalecer el derecho de los padres y existencia de cierta duda en cuanto a la priorización sobre la protección de los derechos de los niños. Según defiende esta postura, centrarse en el derecho de los padres sigue una lógica inherente por parte del órgano jurisdiccional.

En cualquier caso, la tendencia que siguen finalmente las decisiones del Tribunal Constitucional Federal alemán no van encaminadas a tomar los estándares de evaluación donde priorizan los derechos de los padres en contraposición a la de los hijos, sino que según la opinión actual del Tribunal se está «ante una responsabilidad de los padres ampliada a los hijos».⁶⁴⁶ Además, se debe tener en cuenta la voluntad del menor para lograr el propio bien del niño en aquellas decisiones que le afecten sin que esto quiera decir que sea determinante, solo que es tomado en consideración por la jurisprudencia alemana y así deberá seguir siendo.

⁶⁴⁴ BVerfGE 24, 119, 144. Traducción propia.

⁶⁴⁵ BRITZ, G. (2015). Kindesgrundrechte und Elterngrundrecht: Fremdunterbringung von Kindern in der verfassungsgerichtlichen Kontrolle. *FamRZ*, (10), 793-798, pp. 794 y ss. Traducción mía.

⁶⁴⁶ BRITZ, G. Kindesgrundrechte und Elterngrundrecht..., op. cit., pp. 794 y ss

En cuanto a la función del *BGH* (Tribunal Supremo Federal) en el derecho de filiación, solo éste puede exclusivamente actuar cuando el *OLG*⁶⁴⁷ (Tribunal Superior Regional) interpone un recurso de queja («*Rechtsbeschwerde*») contra la decisión de éste. Este recurso se permite cuando la causa tiene una significación importante o cuando hay una decisión por parte del *BGH* con la finalidad de asegurar una jurisprudencia uniforme de este órgano jurisdiccional. En general, los dictámenes del Tribunal Supremo Federal se basan «en el peligro actual del niño para las necesidades físicas, intelectuales, mentales o educativas que ocurren durante su desarrollo, donde hay una alta probabilidad de que se produzca un daño en el mismo».⁶⁴⁸

El Tribunal Federal alemán ya se pronunció en un supuesto concreto de resolución parental al concluir que el bienestar del niño se ajusta como institución legal a la preocupación de los padres, aunque a veces no es un instrumento adecuado al infringirse un deber por parte de los padres, esto ya es el caso de una conclusión constitucional contraria a manifestar que en cualquier caso el interés de los padres se debe subordinar al de los hijos («*Die am Kindeswohl auszurichtende rechtliche Organisationsform der Elternsorge ist (...) jedoch grundsätzlich kein geeignetes Instrument (pflichtwidriges Verhalten eines Elternteils zu sanktionieren). Dem steht schon die verfassungsrechtliche Wertung entgegen, dass sich die Elterninteressen in jedem Falle dem Kindeswohl unterzuordnen haben*»)⁶⁴⁹ En todo caso, El Tribunal Federal ha señalado que los padres tienen la obligación de cooperar, de actuar coordinadamente para conseguir que el desarrollo y el bien del niño sean efectivos y ello tanto mientras vivan juntos como tras su separación.⁶⁵⁰

Recientemente contamos en la jurisdicción ordinaria con la interpretación que hace el Tribunal Superior Regional de este principio. En la Sentencia de este Tribunal territorial, concretamente de Bradenburgo, menciona directamente al bienestar del menor en relación con el derecho de guarda de unos padres («*Sorgerecht*»). En este pronunciamiento, el Tribunal

⁶⁴⁷ Este Tribunal es la máxima autoridad en la jurisdicción general de un Estado («*Bundesland*»). En el ámbito del derecho de familia, se sitúa entre el Tribunal Supremo (*BGH*) y un Tribunal municipal («*Amtsgericht*»).

⁶⁴⁸ *BGH NJW* 2005, 672, 673. Traducción propia.

⁶⁴⁹ *BGH NJW* 2008, 994. Traducción propia.

⁶⁵⁰ DE TORRES PEREA, J.M. Tratamiento del interés del menor..., op.cit., p. 717.

consideraba que la custodia parental puede transferirse a uno de los padres, cuando esto suponga en aras del interés del menor una cooperación propicia a favor de él («*Die elterliche Sorge kann insgesamt auf einen Elternteil übertragen werden, wenn nicht davon ausgegangen werden kann, dass es zwischen den Eltern zu einer dem Kindeswohl zuträglichen Kooperation kommen wird*»).⁶⁵¹ Se sigue en la línea, al margen de la jerarquía de órgano jurisdiccional que emite el dictamen, de priorizar el interés del menor respecto a cualquier conflicto familiar, entendiéndose una extensión del derecho de los progenitores, aunque cuando entren en conflicto ambos intereses (los de los padres y los de los hijos), tener en consideración la voluntad del menor a favor de su bienestar.

También en la jurisdicción ordinaria, a nivel de Tribunales Municipales que conocen de asuntos civiles y de familia, se ha manifestado que cuando «se presente una duda por parte del órgano jurisdiccional en relación a los deseos que tiene el niño en un supuesto concreto, sería conveniente consultar con un experto en la materia (psicólogo)». ⁶⁵² Aunque bien es cierto, que corresponde al Juez valorar en cada caso concreto ese interés del menor pero con la ayuda del informe del especialista, si persistiese eso sí aún esa duda.

En la jurisdicción administrativa, también hay algunos casos que han utilizado este principio para justificar sus decisiones. En una sentencia judicial, por ejemplo, en relación a un menor infractor reincidente con numerosas condenas anteriores en la jurisdicción penal juvenil pero que había solicitado ahora en la jurisdicción administrativa una prórroga de su permiso de residencia para permanecer en el país germano. En base a este principio («*Kindeswohl*»), el Tribunal se pronunció sobre las posibles dificultades a las que se puede enfrentar el menor al ser expulsado y juzgado en su país, sobre todo por la falta de garantías. («*das Kindeswohl*,

⁶⁵¹ OLG, Brandenburg u. 17.02.2009-10 UF 173/08. En el mismo sentido, OLG Frankfurt u. 28.04.2003-20 W 422/02. Traducción propia.

⁶⁵² MOTZER, S. (2003). Gesetzgebung und Rechtsprechung zur elterlichen Sorge und zum Umgangsrecht seit dem Jahr 2001, *FamRZ*, 50(12), 793-802, p. 798. Traducción propia.

*insbesondere die Ernsthaftigkeit der Schwierigkeiten, welchen ein Kind des Ausländers voraussichtlich in dem Staat ausgesetzt wäre, in den er ausgewiesen werden soll»).*⁶⁵³

Pues bien, para concluir este breve recorrido por la jurisprudencia alemana para conocer como interpretan los Tribunales el interés del menor, en aras de proteger su bienestar, lo importante que merece la pena destacar es que hay una tendencia clara de respetar en la medida de lo posible la voluntad del niño. Es primordial garantizar la protección del menor, de otra parte no se justificaría la intervención del Estado en una situación concreta- normalmente en el ámbito familiar- para velar por sus intereses y la promoción y disfrute de sus derechos.

5. Consideraciones sobre el principio del interés superior del menor, los antecedentes penales y la reincidencia en la jurisdicción de menores

Los antecedentes penales, si bien una extensión de su desarrollo queda relegada al siguiente Capítulo, se plantean como reflexión en cuanto a la consideración del principio del interés del menor reincidente en el ámbito del sistema de justicia juvenil. En el estudio de esta cuestión es relevante explicar cómo rige la cancelación de los antecedentes penales en los menores de edad, a efectos del análisis y valoración del fenómeno de la reincidencia pero teniendo en consideración el principio del interés del menor. Recapitulando, como agente inspirador está presente en todas las actuaciones y las decisiones relacionadas con un menor, en las adoptadas por las instituciones de protección de la infancia y por los órganos jurisdiccionales en materia penal y civil.

En la jurisdicción de menores conviene recordar, que la Disposición adicional tercera⁶⁵⁴ y el artículo 39.3 de la LORRPM,⁶⁵⁵ al igual que su Reglamento de desarrollo,⁶⁵⁶ aluden a un

⁶⁵³ VG Oldenburg, u. 18.04.2012- 11A 1369/11. Traducción propia.

⁶⁵⁴ Disposición Adicional Tercera de la LORRPM:«*En el Ministerio de Justicia se llevará un Registro de sentencias firmes dictadas en aplicación de lo dispuesto en la presente Ley, cuyos datos sólo podrán ser utilizados por los Jueces de Menores y por el Ministerio Fiscal a efectos de lo establecido en los artículos 6, 30 y 47 de esta Ley, teniendo en cuenta lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y sus disposiciones complementarias*».

registro para aquellos menores que han cometido un hecho delictivo y que han sido condenados en sentencia firme. El Ministerio de Justicia lleva por tanto, un registro de las sentencias condenatorias firmes que han sido dictadas por los Juzgados de Menores a cuyos datos solo podrán tener acceso y uso los Jueces de Menores y el Ministerio Fiscal.⁶⁵⁷ Respecto a esta cuestión, se siguen los estándares internacionales marcados por las Reglas de Beijing (Reglas 21.1 y 21.2).⁶⁵⁸ En ambas Reglas se hace mención respectivamente, a la confidencialidad y al acceso a tales registros, y a la no computación de los antecedentes de los menores en la jurisdicción de los adultos.

El registro existente en el ámbito de menores en España se conoce con el nombre de Registro Central de Sentencias Firmes de Menores o también Registro de Sentencias de Responsabilidad Penal de los Menores. Este Registro, gracias a la aprobación del RD 95/2009,⁶⁵⁹ contendrá la inscripción de aquellas sentencias firmes condenatorias que afectan a menores de edad. Junto a lo anterior, se registran además los autos motivados de suspensión, reducción o sustitución de la medida acordada por un Juez, la fecha de prescripción, de cumplimiento o de finalización por cualquier causa de la medida o medidas impuestas, la medida que se ha impuesto al menor conjuntamente al lugar de cumplimiento de la misma y los datos de la ejecutoria además de los autos de refundición de medidas al amparo del art. 12

⁶⁵⁵ Redactado por el apartado 31 del artículo único de la LO 8/2006, de 4 de diciembre de 2006, por la que se modifica la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Art.39.3: «Cada Juzgado de Menores llevará un registro de sentencias en el que se incluirán firmadas todas las definitivas. La llevanza y custodia de dicho registro es responsabilidad del secretario judicial.»

⁶⁵⁶ Art. 2.6 del RD 1774/2004: «Además de lo anterior, existirá un registro o archivo central donde, de modo específico para menores, se incorporará la información relativa a los datos de estos resultantes de la investigación. Tal registro o archivo solo podrá facilitar información a requerimiento del Ministerio Fiscal o del Juez de Menores». Art. 2.8: «Los registros de menores a que se refiere este artículo no podrán ser utilizados en procesos de adultos relativos a casos subsiguientes en los que esté implicada la misma persona».

⁶⁵⁷ Aunque como se desarrolla a continuación, en el año 2009 fue aprobado el RD 95/2009, de 6 de febrero, donde en su art. 5 se regula el acceso general a la información contenida en el Sistema de Registros.

⁶⁵⁸ Regla 21.1 de las Reglas de Beijing: «Los registros de menores delincuentes serán de carácter estrictamente confidencial y no podrán ser consultados por terceros. Solo tendrán acceso a dichos archivos las personas que participen directamente en la tramitación de un caso en curso, así como otras personas debidamente autorizadas». Regla 21.2: «Los registros de menores delincuentes no se utilizarán en procesos de adultos relativos a casos subsiguientes en los que esté implicado el mismo delincuente».

⁶⁵⁹ Art. 2.3 e) del RD 95/2009, de 6 de febrero, por el que se regula el sistema de registros administrativos de apoyo a la Administración de Justicia.

de la LORRPM modificada por la LO 8/2006 en relación con el artículo 47 de la misma norma.⁶⁶⁰

Se ha de asegurar ante todo, la protección y la garantía de los derechos fundamentales de los menores, defendiendo el criterio del interés del menor como consecuencia de la intervención del Estado al inscribir a los menores condenados por sentencia firme en dicho registro. La Regla 8.2 de las Reglas de Beijing se manifiesta en ese sentido.⁶⁶¹ Además, resulta evidente que supondría una vulneración de los derechos fundamentales del menor el conservar los datos en el registro de menores por un tiempo indefinido sin que se facilitara la posibilidad de cancelación de los mismos en unos plazos y bajo unos requisitos establecidos.

Como es sabido, el fundamento esencial de la cancelación de los antecedentes penales es evitar que la condena anterior afecte negativamente en los actos delictivos posteriores. De manera, que esto ocasione un trato agravado.⁶⁶² Mediante la cancelación de los antecedentes penales, se pueden por tanto limitar los efectos negativos que aparecen. Se promueve así la resocialización y la reinserción social del penado como parte de la prevención especial que se persigue en la jurisdicción de menores. Porque como mantiene Larrauri Pijoan, «cuanto más largo es el tiempo de espera para cancelar los antecedentes penales, mayor es la presunción de que constituyen un obstáculo para la reintegración».⁶⁶³ En cualquier caso, la reincidencia no se puede considerar cuando los antecedentes penales hayan sido cancelados o hubieran debido serlo.

⁶⁶⁰ Art. 11 del RD 95/2009 e Instrucción 4/2014 sobre la implantación de nuevas funcionalidades en el Registro Central de Sentencias Firmes de Menores (RCSFM) de la Secretaria General de la Administración de Justicia. Recuperado (04.01.2017) de: http://www.sisej.com/documentos/doc_view/2025-instruccion-4-2014-rcsfm.

⁶⁶¹ Regla 8.2 de las Reglas de Beijing: «*En principio, no se publicará ninguna información que pueda dar lugar a la individualización de un menor delincuente*».

⁶⁶² Consecuencia jurídica de apreciar la agravante de reincidencia acorde al art. 22.8 del CP español.

⁶⁶³ LARRAURI PIJOAN, E.(2015). Antecedentes penales. *Economía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 8, 153-159, p. 158.

En todo caso, como en el proceso penal de menores no se imponen penas sino medidas, se sugiere que el plazo para la cancelación de éstas sea el que describe el artículo 137 del CP.⁶⁶⁴ En esta línea, cabe destacar de entre todo el amplio material elaborado por la FGE, tanto por su importancia como por la mención que ésta hace sobre la cancelación de los antecedentes en menores, la Circular de la Fiscalía del Estado 1/2000, de 18 de diciembre, criterios de aplicación de la LO 5/2000, de 12 de enero, por la que se regula la responsabilidad penal de los menores.⁶⁶⁵

Ya en esta Circular se recuerda, que al no existir normas específicas en el derecho penal juvenil, ésta interpreta y da una solución al respecto en cuanto al régimen de aplicación de cancelación de los antecedentes en menores al manifestar que,

La aplicación supletoria del CP, y más concretamente, teniendo en cuenta que las medidas de la LORRPM no son propiamente penas y que el régimen de cancelación más favorable al reo es el de las medidas de seguridad, su art. 137, según el cual las anotaciones de las medidas de seguridad impuestas conforme a lo dispuesto (...) en otras leyes penales serán canceladas una vez cumplida o prescrita la respectiva medida, sin plazos adicionales.

Es decir, cuando se aplique la agravante de reincidencia en palabras de Colás Turégano «se va a limitar a los supuestos en los que el menor vuelve a delinquir durante la ejecución de la medida anterior».⁶⁶⁶

Conviene tener presente, que con la entrada en vigor del texto normativo de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, se

⁶⁶⁴ Artículo 137 del CP: «Las anotaciones de las medidas de seguridad impuestas conforme a lo dispuesto en este Código o en otras leyes penales serán canceladas una vez cumplida o prescrita la respectiva medida; mientras tanto, solo figurarán en las certificaciones que el Registro expida con destino a Jueces o Tribunales o autoridades administrativas, en los casos establecidos por la Ley».

⁶⁶⁵ Circular 1/2000, de 18 de diciembre de la Fiscalía General del Estado. Criterios de aplicación de la LO 5/2000, de 12 de enero, por la que se regula la responsabilidad penal de los menores. Recuperado (04.01.2017) de: [http://www.sc.ehu.es/dpwlona/legislacion/Circular%201_2000%20\(proc.penal%20menor\).htm](http://www.sc.ehu.es/dpwlona/legislacion/Circular%201_2000%20(proc.penal%20menor).htm).

⁶⁶⁶ COLÁS TURÉGANO, M.A. *Estudios sobre la responsabilidad ... op.cit.*, p.118.

introduce en la Disposición final decimoséptima, la creación de un Registro Central de Delincuentes Sexuales. Asimismo, el RD 1110/2015, de 11 de diciembre, por el que se regula el Registro Central de Delincuentes Sexuales, se encarga de determinar *«la organización y contenido del Registro Central de Delincuentes Sexuales, así como los procedimientos de inscripción, acceso, cancelación, rectificación y certificación de la información en él contenida, configurando un instrumento eficaz para los fines perseguidos»*.⁶⁶⁷ En ambos instrumentos jurídicos se pone de manifiesto que siguiendo la base del derecho fundamental del menor a que su interés superior sea prioritario.⁶⁶⁸

El Registro Central de Delincuentes Sexuales se integra en el Registro Central de Penados y el Registro Central de Sentencias de Responsabilidad Penal del Menor. En él, no solo se guardan los datos personales de cada sujeto,⁶⁶⁹ sino también los perfiles genéticos del condenado por sentencia firme (si así lo ha manifestado el órgano jurisdiccional). Estos perfiles genéticos se regulan según la LO 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de los datos policiales sobre identificadores obtenidos a partir del ADN. Por lo que, cuando se han de cancelar la inscripción de los antecedentes penales de un sujeto en un momento oportuno, la cancelación debe realizarse sobre: a) los datos correspondientes a su información penal personal y b) su código genético de identificación. La entrada en vigor el 1 de marzo de 2006 de este nuevo Registro implicaba en la inscripción, la incorporación del perfil genético. Esta medida, se justificó en base a un mejor seguimiento del sujeto no solo en España, sino en otros países de la UE. Se fortalecía así, la cooperación entre los Estados miembros y el intercambio de información en este ámbito en aras de una finalidad preventiva, argumentándose así ese intercambio de información entre los países de la UE.

⁶⁶⁷ RD 1110/2015, de 11 de diciembre, por el que se regula el Registro Central de Delincuentes Sexuales. Recuperado (15.04.2017) de: <https://www.boe.es/boe/dias/2015/12/30/pdfs/BOE-A-2015-14264.pdf>.

⁶⁶⁸ II. Del RD 1110/2015 añade: *«No obstante, si el condenado fuera menor de edad en el momento de la comisión del delito, no será de aplicación lo anterior, sino que se estará al plazo de cancelación de los antecedentes penales con la finalidad de posibilitar la reinserción de los menores infractores y evitar su estigmatización»*.

⁶⁶⁹ Los datos personales o el historial del sujeto condenado corresponde a la información penal que conste tanto en el Registro Central de Penados como en el Registro Central de Sentencias de Responsabilidad Penal de los Menores.

En el Informe del Consejo Fiscal al Proyecto del Real Decreto por el que se regula el Registro Central de Delincuentes Sexuales de 2015,⁶⁷⁰ se sigue la interpretación referente a la cancelación de los antecedentes penales en menores que recogía la Circular 1/2000, de 18 de diciembre de la FGE (en virtud del art. 137 del CP). Sin embargo, no se menciona la disposición contenida en el artículo 24 del RD 95/2009, de 6 de febrero, por el que se regula el Sistema de registros administrativos de apoyo a la Administración de Justicia. Ya que, a efectos de la cancelación de las inscripciones del Registro Central de Sentencias sobre Responsabilidad Penal de los Menores *«Trascurridos diez años, a contar desde que el menor hubiera alcanzado la mayoría de edad y siempre que las medidas judicialmente impuestas hayan sido ejecutadas en su plenitud o hayan prescrito, el Ministerio de Justicia procederá de oficio a la cancelación de cuantas inscripciones de sentencias referentes al mismo consten en el Registro»*. De hecho, en la web del Ministerio de Justicia⁶⁷¹ se sigue mostrando que los requisitos necesarios que exige la ley para cancelar los antecedentes penales por delitos de naturaleza sexual si el condenado es un menor de edad, son los recogidos en dicho artículo. Si analizamos entonces la interpretación de la cancelación de los antecedentes en menores, nos encontramos ante estas dos interpretaciones.

En resumen, existe voluntad de aplicación del art. 137 del CP en relación a las medidas de seguridad independientemente de la tipología delictiva cometida por el menor. Aunque al aprobarse el RD 95/2009 y crearse el Registro Central de Delincuentes Sexuales, se pueden cancelar los antecedentes penales transcurridos diez años.

En cualquier caso, lo que es necesario recalcar es que:

⁶⁷⁰ Informe del Consejo Fiscal al proyecto de Real Decreto por el que se regula el registro central de delincuentes sexuales de 21 de octubre de 2015. Recuperado (04.01.2017) de: https://www.Fiscal.es/Fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Informe_Proyecto_Registro_Central%20Delincuentes_Sexuales.pdf?idFile=6ba403af-7251-494a-8428-f1c08e123a5e.

⁶⁷¹ Web del Ministerio de Justicia. Recuperado (23.01.2017) de: <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/ciudadanos/tramites-gestiones-personales/cancelacion-antecedentes>.

- Los delitos de naturaleza sexual despiertan una alarma social al mismo tiempo que un mayor reproche que otra tipología delictiva, y más cuando se trata de hechos delictivos cometidos por menores de edad. En el supuesto de delitos que supongan penas privativas de libertad, va a ser mucho más difícil a efectos de reinserción social del menor, por dos motivos: por la medida sancionadora recibida y por los efectos que ella conlleva, ocasionando entonces una posible estigmatización del menor.
- El Registro Central de Delincuentes Sexuales tiene su origen en el Registro Central de Sentencias sobre Responsabilidad Penal de Menores y supone un registro de naturaleza no pública y solo de acceso al MF, al Juez o a entidades públicas de protección de menores. Esto puede confrontar con el derecho al honor o a la intimidad del menor. Aunque, la vocal Clara Martínez de Careaga en el informe al proyecto de RD⁶⁷² ya recogía que:

El informe considera que la configuración del Registro “obedece a un interés general y una finalidad legítima, cual es la prevención e investigación de la delincuencia sexual dirigida contra menores, en preservación del superior interés de estos, que justifica la injerencia en el derecho a la intimidad” en la medida en que los datos que contendrá son pertinentes “y no excesivos” en relación con su objetivo, se conservarán por un periodo de tiempo que no supera el necesario para la finalidad para la que serán registrados –las anotaciones se cancelarán cuando lo hagan los antecedentes penales- y se contempla la rectificación de los datos a instancias del interesado.

Al final, en el debate actual la confrontación entre el interés general respecto al interés individual se sigue produciendo y sigue generando una cierta controversia sobre todo cuando hay menores implicados. A pesar, de que en el texto hay una intención por

⁶⁷² Consejo General del Poder Judicial. Recuperado (23.01.2017) de: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/En-Portada/El-CGPJ-aprueba-por-unanimidad-el-informe-al-proyecto-de-Real-Decreto-que-regula-el-Registro-Central-de-Delincuentes-Sexuales>.

parte del legislador de reflejar la supremacía del interés del menor tanto como víctima como condenado en favor de cualquier otro interés.

- No hay disposiciones en la norma en el procedimiento penal juvenil que regulen la cancelación de la inscripción de antecedentes penales en menores. Por lo que hay que remitirse a otras supletorias. A pesar de las diferentes interpretaciones, lo que es evidente es la posición de desigualdad respecto a un adulto. En parte, porque hay que recurrir a interpretaciones de otros textos normativos para poder llevar cabo tal acción, al no estar de manera expresa recogido en la norma penal juvenil. Sería bueno por tanto, establecer unos límites temporales consensuados y mejor definidos y no sujetos a interpretaciones. Por ejemplo, la Observación General N° 10 de 2007, elaborada por el Comité de los Derechos del Niño⁶⁷³ en relación a uno de los objetivos de la remisión a los que hace mención el art. 40 de la CDN, expone que «(...) *solo deberá permitirse el acceso a esa información y por un período de tiempo limitado, por ejemplo, un año como máximo, a las autoridades competentes que se ocupan de los niños que tienen conflictos con la justicia*».
- La inscripción en el Registro debería depender más de lo que recoge la sentencia, del contenido legal de la misma, que de la tipología delictiva en cuestión (es decir, del tipo de delito concreto cometido). Por lo que a efectos de reincidencia, se considera la peligrosidad del sujeto y la inseguridad social percibida ocasionando un perjuicio al menor infractor reincidente. A veces se garantiza la intervención penal en detrimento del interés del menor, ya que se parte de la base de una mayor peligrosidad del reincidente. Al haber un incremento de peligrosidad porque el sujeto recae nuevamente en el delito, se impone una pena más grave justificándose en aras de una mejor prevención especial. Lo mismo ocurre desde la percepción social de la figura del menor reincidente, al presuponerse que estos delitos deben recibir una respuesta penal más dura, exigiendo un castigo en base a la tipología delictiva cometida.

⁶⁷³ CRC/C/GC/10, p.27.

En el caso alemán, como ya se había descrito anteriormente, los sujetos condenados por sentencia firme quedan inscritos en el Registro Central Federal («*Bundeszentralregister*», *BZR*). Este Registro está regulado por la Ley Federal del Registro Central («*Bundeszentralregistergesetz*», *BZRG*). Los sujetos inscritos en él son aquellos que han sido condenados por delitos de diversa naturaleza previstos en el *StGB*. En el caso de menores y semiadultos, existen ciertos privilegios para los *Jugendliche* y los *Heranwachsende* (si han sido tratados en aplicación a la justicia de menores). Uno de los privilegios, es la posibilidad de que no se registren aquellas sanciones impuestas acorde a la *JGG* en el *BZRG*. Pero si en un «registro adicional, el cual tiene un acceso más restringido».⁶⁷⁴ Este Registro se llama «*Erziehungsregister*» (registro de la educación/educativo) que en virtud del §59 *BZRG* «*Führung des Erziehungsregisters*» (gestión del registro educativo) se inscriben todas las sanciones juveniles tanto de *Jugendliche* como de *Heranwachsende*, excepto las penas juveniles privativas de libertad. Las penas juveniles privativas de libertad se registran en el *BZR*. Heinz observó que «solo las penas juveniles (§§27-30 *JGG*) o las que han sido suspendidas son incluidas, lo que supone un 16 % de total de las sanciones impuestas a jóvenes y semi-adultos».⁶⁷⁵

Si un menor infractor ha cometido un delito leve, no se incluirá dicho delito en el certificado de conducta («*Führungszeugnis*») necesario para acceder al mercado laboral⁶⁷⁶ a no ser que haya cometido un delito previo. Entonces, podría ser incluido porque ya hay una inscripción anterior en el registro de sus antecedentes penales. En el §32.3 *BZRG* se prevé que la inclusión del registro en el certificado de conducta para un menor, es aplicable para penas de prisión que no hayan sido suspendidas más de 2 años.⁶⁷⁷

⁶⁷⁴ MORGERSTEN, C. (2011). Judicial Rehabilitation in Germany- The Use of Criminal Records and the Removal of Recorded Convictions. *European Journal of Probation*, 3(1), 20-35, p. 24. Traducción propia.

⁶⁷⁵ Vid. HEINZ, W. (2008). *Das strafrechtliche Sanktionensystem und die Sanktionierungspraxis in Deutschland 1882-2006*. Stand: Berichtsjahr 2006 Version: 1/2008. Recuperado (01.05.2017) de: <http://www.uni-konstanz.de/rtf/kis/Sanktionierungspraxis-in-Deutschland-Stand-2006.pdf> .

⁶⁷⁶ §32 *BZRG* donde se enumeran los 12 supuestos que no se incluyen en un certificado de conducta de un sujeto.

⁶⁷⁷ §32.3 *BZRG*: «*Nicht aufgenommen werden: 3. Verurteilungen, durch die auf Jugendstrafe von nicht mehr als zwei Jahren erkannt worden ist, wenn die Vollstreckung der Strafe oder eines Strafrestes gerichtlich oder im Gnadenweg zur Bewährung ausgesetzt oder nach § 35 des Betäubungsmittelgesetzes zurückgestellt und diese*

Esto también se aplica a aquellos menores con problemas de adicción a las drogas cuyo delito cometido tiene relación con esa adicción, y con una pena de prisión de no más de 2 años que haya sido suspendida por someterse a un tratamiento de deshabituación o por otros motivos (no hay previsto otra entrada en el registro). La gran mayoría de delitos sexuales deben ser incluidos al margen de la pena impuesta conforme al §32 *BZRG* y los delitos tipificados en §§§ 174,180 y 182 *StGB* (respectivamente, abuso sexual de sujetos protegidos, explotación de actos sexuales con menores de edad y abuso sexual de jóvenes).⁶⁷⁸ Según el §34 *BZRG*, el periodo que ha de pasar para que la condena no conste en el certificado de conducta en el caso de delitos sexuales a menores que han sido condenados por una pena juvenil de más de 1 año, será de 10 años.

Pudiendo afirmar que estas medidas y disposiciones corresponden a la inclusión de los registros de antecedentes penales en el certificado de conducta tanto para un adulto como para un menor, corresponde ir más allá. De entrada, no existe en Alemania un Registro a nivel nacional para delincuentes que han cometido un delito sexual como ocurría en el caso español. En lo que se refiere a un sistema de registro, es preciso matizar que se ha desarrollado un archivo de delincuentes sexuales en algunos «*Bundesländer*».⁶⁷⁹

Este registro es un registro policial que incluye la recogida de datos personales, evaluación de riesgos, huellas dactilares, perfiles genéticos de ADN e información sobre condenas. Este sistema se llama HEADS («*Haft-Entlassenen-Auskunfts-Datei-Sexualstraftäter*») y supervisa a aquellos individuos que tras su paso por prisión se incorporan de nuevo a la comunidad. El objetivo del mismo es optimizar el control del riesgo de recaída en delincuentes sexuales mediante la vinculación de éstos con las autoridades competentes como son: los supervisores de conducta, los agentes de libertad vigilada y la policía.⁶⁸⁰ Por otra parte, se propicia la cooperación entre la justicia y la policía.

Entscheidung nicht widerrufen worden ist». Traducción propia.

⁶⁷⁸ MORGERSTEN, C. Judicial Rehabilitation..., op.cit., p. 26.

⁶⁷⁹ En este sentido, los Estados son Bavaria, Sajonia, Bradenburgo y Renania del Norte Westfalia.

⁶⁸⁰ Vid. DEFFNER, M. (2017). Indikatoren Kriterien für die „elektronische Aufenthaltsüberwachung“.

En el caso de cancelación («*Tilgung*») del Registro de educación de jóvenes y adolescentes («*Erziehungsregister*»), de acuerdo con el §63.1 *BZRG*,⁶⁸¹ las entradas en los registros que incluyen medidas educativas y medidas coercitivas («*Erziehung und Zuchtmittel*») se retiran de oficio una vez que el menor de edad haya cumplido los 24 años. Aunque, si el menor tiene impuestas además medidas privativas de libertad, éstas permanecen conforme a las disposiciones aplicadas para el *BZR*. Es verdad, que algunas críticas particularmente señalan que conforme a la práctica y la discusión en relación al principio de oportunidad del procedimiento penal §153 y §153a *StPO*⁶⁸² («*Strafprozeßordnung*») en concurrencia con los §45 y §47 *JGG* (medidas de «*Diversion*»⁶⁸³: referidas a la conclusión por conformidad del procedimiento o a la renuncia del enjuiciamiento), debe su existencia considerablemente como innecesaria al estar estigmatizadamente clasificadas.⁶⁸⁴

En el caso de la cancelación de los antecedentes del *BZR* tanto para adultos como para semiadultos con una pena juvenil privativa de libertad, el §46 *BZRG* establece los plazos de cancelación de los antecedentes penales. Estos plazos abarcan desde los 5 a los 15 años en función de la duración de la pena impuesta. Además, el principio de unidad del registro en virtud del §47.3 *BZRG*⁶⁸⁵ señala que siempre se puede llevar a cabo la cancelación cuando todo está *amortizado*.

Implikationen aus der polizeilich-operativen Erfahrungen der HEADS-Zentralstelle am Landeskriminalamt Thüringen. *Forensische Psychiatrie, Psychologie, Kriminologie*, 11(1), 53-58.

⁶⁸¹ §63.1 *BZRG*: «*Eintragungen im Erziehungsregister werden entfernt, sobald der Betroffene das 24. Lebensjahr vollendet hat*». Traducción propia.

⁶⁸² En relación a la renuncia por la insignificancia del hecho al procesamiento por parte del Ministerio Público.

⁶⁸³ En Alemania, ni en la jurisdicción juvenil ni en la de adultos existe la «*diversion*» policial. Sobre esto, se profundizará en el Capítulo IV referente a las manifestaciones de la justicia restaurativa.

⁶⁸⁴ Vid. STRENG, F. (2008). *Jugendstrafrecht*. Heilderberg: C.F. Müller.

⁶⁸⁵ §47.3 *BZRG*: «*Sind im Register mehrere Verurteilungen eingetragen, so ist die Tilgung einer Eintragung erst zulässig, wenn für alle Verurteilungen die Voraussetzungen der Tilgung vorliegen. Die Eintragung einer Verurteilung, durch die eine Sperre für die Erteilung der Fahrerlaubnis für immer angeordnet worden ist, hindert die Tilgung anderer Verurteilungen nur, wenn zugleich auf eine Strafe erkannt worden ist, für die allein die Tilgungsfrist nach § 46 noch nicht abgelaufen wäre*». Traducción mia.

6. Valoraciones finales

En España y en Alemania -al igual que sucede en la mayoría de los ordenamientos jurídicos europeos continentales- el denominado *interés superior del menor* aparece como piedra angular de la normativa aprobada a favor de la infancia y en consecuencia, como eje central en el que se fundamenta cada una de las decisiones judiciales. Por eso, ha sido objeto de estudio especializado por la doctrina en ambos países. Aunque, para alcanzar el actual grado de reconocimiento han tenido que pasar varias décadas.

Pues bien, a través de una valoración global de lo anotado en este capítulo -tras el estudio comparado de las aportaciones de la doctrina, la jurisprudencia y la norma en esta materia-, es evidente que la figura del interés superior del menor está vinculada al ámbito del Derecho de familia. No obstante, sin perjuicio de lo dicho, se ha de precisar que en la actualidad, el principio involucra necesariamente a todos. Es decir, la adecuada interpretación y aplicación del mismo, exige la participación de todos los agentes posibles: poderes públicos, familiares, ciudadanos en general y la del propio menor en particular. En este sentido, es concebido como un principio flexible, básico y prioritario. Y debido a ello, es interpretado y aplicado en la totalidad de supuestos y situaciones en las que esté involucrado un niño o grupo de niños.

A efectos prácticos, es conveniente que sea abordado desde un enfoque amplio, por eso, es importante tener en cuenta los factores que influyen en su determinación -tales como la edad, la madurez, el desarrollo y la evolución personal, el derecho del niño a ser escuchado, el principio de oportunidad, etc.-. Estos factores requieren un análisis individual para cada caso, de ahí que deban ser integrados en el supuesto específico.

Precisamente, una de las dificultades más importantes en la aplicación e interpretación del interés superior del menor es justamente la variedad de supuestos. De ahí que en buena medida, el principio se interprete y se aplique a través del análisis de las circunstancias en cada caso determinado, mediante factores que orientan y guían la toma de decisión.

En este punto se concibe, pues, como un concepto relativamente indeterminado porque a través de dichos factores se pueden concretar elementos comunes de aplicabilidad e interpretación que son coincidentes y a la vez, adecuados a la totalidad de los supuestos de hecho. Partiendo de esta premisa, se puede afirmar que cualquier iniciativa o solución basada

en un enfoque reducido en la que no se evalúen los factores mencionados -para el supuesto específico- es una iniciativa o solución incompleta y por tanto, siguiendo esta línea de razonamiento, puede ser considerado como un enfoque errado en relación con el objetivo último del principio del interés superior del menor: la protección del niño en equilibrio con el respeto de su desarrollo.

CAPÍTULO IV. EL MENOR INFRACTOR REINCIDENTE

1. Introducción

La reincidencia es una institución compleja que precisa de un análisis profundo por parte de las ciencias jurídicas y sociales. Se trata de un fenómeno social que no puede ser tratado solo desde un único enfoque, sino que precisa de un tratamiento multidisciplinar. Es entonces, que puede ser afrontado desde la criminología, la cual proporcionará herramientas necesarias para reducirlo.

A pesar de que se haga un análisis jurídico de la agravante de reincidencia en las legislaciones penales de ambos países, se ponen de relieve los aspectos criminológicos de la misma. Con arreglo a esta idea, se exponen y analizan jurídica y criminológicamente en primer lugar las diferentes manifestaciones de la recaída de un individuo en el delito. De entrada, hay que distinguir los diversos conceptos en relación a la reincidencia como son: la multirreincidencia, la habitualidad y la profesionalidad. Por ello será necesario, esta distinción para un correcto tratamiento preventivo del individuo y una adecuada respuesta político criminal específica para cada caso.

A continuación, se establece una aproximación al concepto de la reincidencia desde el derecho penal. A través de la regulación de ésta en los ordenamientos jurídicos de España y Alemania. Concretamente, en el ámbito de la regulación penal de menores a través de la LORRPM en España y de la *JGG* en Alemania.

Posteriormente, se examina el fenómeno de la reincidencia desde el ámbito criminológico, profundizando sobre los distintos factores que influyen en la misma. No solo se trata de averiguar, que variables han sido identificadas y estudiadas- los llamados factores de riesgo y factores de protección- sino también, intervenir en este fenómeno. En concreto, desde una perspectiva integral teniendo en cuenta todas las circunstancias que rodean al menor.

Se analizan por ello las estadísticas oficiales de las instancias del control social formal en ambos países, sobre aquellos delitos pertenecientes al campo claro y que han sido registrados por tales instancias. Al margen de las particularidades relativas a la recogida de datos y metodología o las posibles críticas a los diferentes modelos expuestos, es importante señalar

que las instituciones en nuestro país y en el país germano han hecho un gran esfuerzo por mejorar y evolucionar en cuanto a la disponibilidad y presentación de tales estadísticas.

Junto a lo anterior, se completará la aproximación al estudio de la figura de la reincidencia en menores, con las investigaciones empíricas criminológicas realizadas en España y en Alemania. Además, con la ayuda de los autoinformes y de las encuestas de victimización se concluirá el análisis sobre la cuestión, al recoger aquellos casos que no han sido registrados por las instancias oficiales. Es por ello, que las cifras y variables de la reincidencia se identificarán y examinarán desde un plano metodológico en lo en lo relativo tanto a los datos registrados como a los que no.

Posteriormente, se indaga sobre el concepto de prevención del delito y más concretamente sobre la prevención y reducción de la reincidencia a través de la prevención terciaria. Como respuesta efectiva por parte de los poderes públicos frente al reincidente juvenil, la prevención junto a la reintegración del mismo en la sociedad es primordial. Gracias a programas preventivos que incluyen la participación de los miembros de la comunidad, apostándose así por las nuevas tendencias en materia de prevención delictiva en el ámbito de la justicia juvenil, y de las políticas sociales en España y en Alemania.

Por último, se abarcan los procesos restaurativos en el ámbito de menores mediante la búsqueda de una solución común al conflicto como consecuencia del delito, al margen de la judicialización. Es fundamental la implicación no solo de la víctima y del menor infractor, sino también de otros actores sociales integrantes de la comunidad. La justicia restaurativa se alza como opción a esa judicialización del proceso penal de menores en el que el reincidente comprende y se responsabiliza por sus actos. Se produce una transformación inmediata de una actitud dañina en favor de un rechazo ante su comportamiento delictivo, al igual que de una reducción frente a la recaída futura. A través de las diversas investigaciones al respecto en este campo, destaca la importancia en torno a la eficacia de las manifestaciones de la justicia restaurativa en la disminución de la reincidencia en ambos países.

2. Observaciones iniciales sobre el fenómeno de la reincidencia

Uno de los objetivos de la criminología, el derecho penal y la política criminal es combatir el fenómeno de la reincidencia mediante el análisis de todo lo relacionado con la historia delictiva de un sujeto.

Desde el punto de vista del derecho penal de menores, es importante señalar la importancia de la reeducación y la reinserción social como consecución de las medidas sancionadoras impuestas. Por lo que, hay que examinar y estudiar las implicaciones que tiene el fin de las mismas en la aparición de nuevos actos en la carrera criminal de menores penados, tanto primarios (actos aislados) como penados reincidentes. Por consiguiente, es necesario investigar qué es lo que ha llevado al legislador a la imposición de determinadas disposiciones frente a la reincidencia. Como se ha expuesto anteriormente, uno de los motivos mostrados es la alarma social generada y la creencia cierta o no, de un aumento de la delincuencia juvenil y de la gravedad delictiva.

De igual manera, la criminología pretende mediante la identificación y el estudio empírico de las diferentes variables criminológicas que influyen en la comisión de nuevos hechos delictivos, trazar un perfil criminal de un sujeto concreto y conocer su historial delictivo a lo largo de un periodo de tiempo (desde las primeras etapas de la infancia/adolescencia hasta la adultez). De esta manera se intervendrá con cada individuo, evaluando el éxito o no de tal intervención. Por eso, es necesario el estudio de las investigaciones criminológicas en ambos países para acercarse a este fenómeno social.

Con la ayuda de la política criminal, se desarrollan e implementan estrategias y programas en el marco de una prevención terciaria. Se ayuda así a los menores que están dentro del sistema de justicia penal y que han entrado en contacto con la jurisdicción juvenil. Al igual, que a aquellos menores que ya fueron condenados por un delito y que por lo tanto ya se han reinsertado o debieran de reinsertarse. De esta manera, se evita una victimización institucional del menor infractor reincidente. De igual manera, que se promueve un debate de sensibilización sobre la posible estigmatización del menor como consecuencia de los daños colaterales derivados del sistema judicial de menores.

Gracias a otras disciplinas del ámbito social como la psicología, la sociología o la victimología, por nombrar solo alguna de ellas, se van a postular diferentes modelos explicativos que ayudan a entender el comportamiento y la historia delictiva de un sujeto. Entre otras cosas, para comprender mejor sus acciones y para conocer que lleva a un individuo a cometer nuevos actos de carácter antisocial. El enfoque desde la sociología además va a ayudar a precisar cuál es la confianza de la ciudadanía, y cómo influye ésta en relación a las instituciones públicas y privadas, ya que esto es relevante para conocer la percepción que tienen sobre seguridad.

Los estudios y las investigaciones sobre las cifras de reincidencia realizados hasta la fecha en nuestro país y en el país germano son numerosos. Estos estudios utilizan modelos evaluativos para un análisis cuantitativo y cualitativo de la misma. Las investigaciones realizadas en estos países europeos se basan en general en modelos teóricos y en la práctica investigadora empleada en la gran mayoría de estudios que versan sobre esta cuestión. La predicción del riesgo de reincidencia mediante estudios longitudinales de menores infractores es algo muy frecuente en el ámbito criminológico.⁶⁸⁶ Con la ayuda además de los servicios judiciales y penitenciarios, se puede obtener información sobre las tasas de reincidencia. Una de las mayores dificultades sin embargo es el acceso a las fuentes de información, aunque ese asunto va a ser tratado más adelante.

Dentro de las variables consideradas para el conocimiento de la reincidencia se encuentran: a) las características del comportamiento delictivo de un sujeto (análisis de la carrera delictiva, pero también de la historia penitenciaria del sujeto), b) los factores criminógenos y c) los factores de protección.⁶⁸⁷ La identificación y el estudio de ambos factores van a ser necesarios para prevenir y disminuir la aparición de nuevos actos delictivos en un menor de edad.

⁶⁸⁶ El objetivo principal de muchos instrumentos de evaluación de riesgo es predecir la probabilidad de reincidencia delictiva.

⁶⁸⁷ Atendiendo a su evolución en el tiempo, tanto los factores criminógenos o de riesgo como los factores de protección pueden clasificarse en factores estáticos o factores dinámicos.

Es importante por otro lado, tener presente el porqué de la persistencia o no de la carrera delictiva en la vida de un menor.⁶⁸⁸ No obstante, en el seno de la criminología hay implicaciones y avances importantes en la elaboración y búsqueda de herramientas específicas. Es decir, herramientas útiles para desarrollar instrumentos eficaces que permitan la predicción de la conducta delictiva reincidente con mayor precisión. En cualquier caso, se debe considerar la curva edad-delito en relación a la persistencia o desistencia de acciones delictivas al entrar en la edad adulta. Este modelo universal propio de la mayoría de poblaciones occidentales se entiende como una distribución temporal de una carrera delictiva. Para una mejor comprensión de cómo evolucionan las carreras delictivas de un menor, es importante como ya se dijo, un seguimiento longitudinal y una investigación de los factores de riesgo.

De todos modos, en el comportamiento reincidente de un sujeto influirán determinados factores que van a ser determinantes y necesarios para poder explicar estas acciones recurrentes. Sin embargo, la presencia de diversos factores de carácter biológico, psicológico, demográfico, social o conductual por ejemplo, van a ser decisivos en la implicación o no de un individuo en una conducta reincidente. En todo caso hay que constatar, que este último aspecto es lo que vamos a desarrollar en un apartado posterior.

2.1. La recaída en el delito. Diferenciación respecto de otros conceptos: *Multirreincidencia, habitualidad y profesionalidad.*

Cuando se habla de reincidencia, la doctrina trata de definir tal concepto dentro del ámbito jurídico como la repetición de un acto delictivo por una misma persona donde tiene que haber habido una condena previa a la comisión a ese acto delictivo. La reincidencia delictiva ha sido el criterio básico de la peligrosidad criminal incorporado a la mayoría de las legislaciones

⁶⁸⁸ Como mantienen los autores, sin embargo «no existen instrumentos específicamente diseñados para predecir la persistencia delictiva de los menores durante la edad adulta temprana». Vid. LOEBER, R., FARRINGTON, D. y, REDONDO, S. (2011). La transición desde la delincuencia juvenil a la delincuencia adulta. *Revista Española de Investigación Criminológica, Monografía, 1(9)*, 1-41.

penales occidentales, dado que sustenta el pronóstico de reincidencia de forma práctica.⁶⁸⁹ Asociado al término de reincidencia, también encontramos otros conceptos como la habitualidad, la multirreincidencia y la profesionalidad, que aunque son instituciones jurídicas diferentes tienen en común la repetición de actos delictivos por parte de un mismo sujeto basada en la idea de la peligrosidad criminal. Sobre todo en el caso español, al crearse algún tipo de confusión por la similitud con la figura de la reincidencia. De hecho, ya se puso de manifiesto hace años, el interés por unificar en un única institución la repetición del acto delictivo. Concretamente, en el III Congreso de Criminología celebrado en Londres en 1955.⁶⁹⁰ En ese Congreso ya se planteaba la reincidencia desde un doble aspecto: por un lado, jurídico y por otro lado, criminológico y de tratamiento.⁶⁹¹

Pues bien, tal y como se recoge en el plan de trabajo del Congreso promovido por el Comité Científico de la Sociedad Internacional de Criminología, el tema del mismo era la reincidencia (acuñándose en ese mismo Congreso el vocablo inglés «*recidivism*»). Para tratar este asunto dividieron la discusión sobre la reincidencia en 5 bloques que comprendían: 1. Definición y aspectos estadísticos, 2. Descripción de las formas de la reincidencia, 3. Causas de la reincidencia, 4. Pronóstico de la reincidencia y 5. Tratamiento de la reincidencia.⁶⁹² Este Congreso, supuso un acontecimiento importante por el gran interés suscitado por parte de la doctrina.

No obstante, nos encontramos ante un tema complejo y no exento en ocasiones de críticas doctrinales. Continuamente, se llevan a cabo numerosas propuestas y estudios en torno a la

⁶⁸⁹ NGUYEN, T., ARBACH-LUCIONI, K., y ANDRÉS-PUEYO, A. (2011). Factores de riesgo de la reincidencia violenta en población penitenciaria. *UNED. Revista de derecho penal y Criminología*, 3ª Época, (6),273-294, p. 274.

⁶⁹⁰ Este Congreso tuvo lugar desde el 12 al 18 de septiembre de 1955 en Londres, donde asistieron 400 delegados de 43 países diferentes, entre los que destacaban criminólogos y juristas.

⁶⁹¹ KREBS, A. (1956). *Probleme der Behandlung Rückfälliger in der Strafanstalt. Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft. 68 Band, II Heft*. Berlin: De Gruyter Recht, p.208.

⁶⁹² En detalle, sobre las comunicaciones e informes presentados en el Congreso. Véase la documentación en inglés recogida y publicada en la web de la Universidad Eberhard Karls de Tübingen, Alemania. Recuperado (25.01.2017) de: http://idb.ub.uni-tuebingen.de/diglit/pic_08.

figura de la reincidencia y su vinculación a otros conceptos como son la multirreincidencia, la profesionalidad y la habitualidad, que explicaremos sucintamente a continuación.

La multirreincidencia al igual que la reincidencia está recogida en el articulado de nuestro CP español de 1995, como un tipo de reincidencia cualificada. Aunque no figura en el catálogo de circunstancias agravantes sino en el de las reglas de determinación de la pena. Dentro del Título III del Capítulo II, bajo el epígrafe de *Reglas generales para la aplicación de las penas*. Es un concepto jurídico que engloba la recaída en el delito cuando existen al menos tres sentencias previas condenatorias firmes por delitos de la misma naturaleza recogidos en un mismo Título del CP (artículo 66.1.5ª del CP).⁶⁹³

La multirreincidencia se diferencia de la reincidencia en que en la reincidencia, el sujeto debe haber sido condenado una vez en virtud de sentencia firme, es decir, que solo tenga una sentencia condenatoria anterior por delitos de la misma naturaleza comprendidos en el mismo Título. Mientras, que en el caso de la multirreincidencia debe haber sido condenado previamente al menos en tres ocasiones por delitos de la misma naturaleza que estén incluidos en el mismo Título del CP. De todo esto se interpreta, que la diferencia entre ambos términos radica básicamente en el número de sentencias condenatorias previas que tiene un sujeto activo que recae en el delito.

En definitiva, materialmente, la multirreincidencia es una especie de reincidencia si bien cualificada porque el sujeto ha sido condenado más veces que el reincidente, cualificación que se traduce en la posibilidad de una mayor pena prevista en el artículo 66.1.5ª del CP, aunque no utiliza expresamente el término reincidencia, sí que habla de «reincidencia cualificada».⁶⁹⁴

⁶⁹³ Artículo 66.1.5ª del CP: «Cuando concurra la circunstancia agravante de reincidencia con la cualificación de que el culpable al delinquir hubiera sido condenado ejecutoriamente, al menos, por tres delitos comprendidos en el mismo título de este Código, siempre que sean de la misma naturaleza, podrán aplicar la pena superior en grado a la prevista por la ley para el delito de que se trate, teniendo en cuenta las condenas precedentes, así como la gravedad del nuevo delito cometido. A los efectos de esta regla no se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo».

⁶⁹⁴ AGUADO LÓPEZ, S. (2008). *La multirreincidencia y la conversión de faltas en delito: Problemas constitucionales y alternativas político-criminales*. Madrid: Iustel, p.35.

El Juez, en el caso de la multirreincidencia puede imponer de una manera facultativa una pena superior en grado, como queda recogido en nuestro CP. Como se regula en la norma penal, se podrá aplicar la pena superior en grado a la prevista por la ley en toda su extensión, para el delito de que se trate (carácter facultativo), teniendo en cuenta las condenas precedentes, así como la gravedad del nuevo delito cometido.⁶⁹⁵ Por lo que no es una obligación para el Juez el aumento de dicha pena en grado. Aunque ambas van a tener en consideración hechos anteriores que ya han sido sancionados penalmente, la multirreincidencia como se ha dicho, requiere de la exigencia de al menos tres delitos comprendidos en el mismo Título de la norma penal. Los antecedentes penales del sujeto activo no deben estar cancelados ni tampoco debieran estarlo, tanto en la reincidencia como en la multirreincidencia.

Asimismo, cabe referirse a otro concepto como es la habitualidad del delito. La habitualidad va a implicar el hábito de delinquir por parte del infractor, explicándose ese hábito de delinquir también desde la criminología, ya que «no es un término netamente jurídico, sino criminológico».⁶⁹⁶ La habitualidad de un delincuente corresponde a la comisión reiterativa de hechos delictivos por lo que se crea un hábito o una costumbre para cometer tales actos. De esta manera, se puede afirmar que «no toda persona que es reincidente, es delincuente habitual, pero si el delincuente habitual puede ser reincidente».⁶⁹⁷ Aunque, no es considerado un concepto jurídicamente definido como ocurre con la reincidencia, «es una cuestión de hecho que de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia requiere de tres actos delictivos dentro de un periodo de tiempo especificado para que se configure como tal».⁶⁹⁸ Se tiene que dar por tanto, una tendencia de repetición de delitos a modo de costumbre sin que haya de por medio una condena ejecutoria.

⁶⁹⁵ La institución de la multirreincidencia fue derogada por la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal, para luego el legislador recuperar este tipo de medidas, que no ha estado exenta de polémica por parte de la doctrina.

⁶⁹⁶ GUIASOLA LERMA, C. *Reincidencia y delincuencia habitual...*, op.cit., p.97.

⁶⁹⁷ *Ibid.*

⁶⁹⁸ RODRÍGUEZ RAMOS, L. (2009). *Código Penal comentado y su jurisprudencia*. Madrid: La Ley, p.356.

Existen dos aspectos en la habitualidad: uno objetivo y otro subjetivo. El aspecto objetivo corresponde a la repetición de los hechos delictivos y el aspecto subjetivo a la tendencia a delinquir (peligrosidad del sujeto infractor). Para la apreciación de la habitualidad, se exige por tanto una repetición de actos delictivos, exigiéndose un número concreto (al menos tres actos). En efecto, el autor de tales actos debe incorporarlos y repetirlos a modo de costumbre. Por otro lado, la mayoría de delitos habituales registrados corresponden a los delitos patrimoniales, sobresaliendo el robo con fuerza en las cosas.⁶⁹⁹

No puede olvidarse que, este término como bien indica la doctrina en señalar, está íntimamente relacionado con la preocupación de la sociedad ante la inseguridad jurídica que genera tales conductas delictivas por parte de un sujeto. Desde una perspectiva criminológica, es una figura que produce una preocupación en la sociedad sobre todo porque esta tendencia a delinquir implica una continuidad, donde se adquiere un hábito gracias a la práctica.

El legislador introdujo en la LO 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal, un cambio del artículo 94 en relación al concepto normativo de habitualidad recogido en la figura del reo habitual. Esta figura, se describe en dicho artículo como *«los que hubieren cometido tres o más delitos de los comprendidos en un mismo capítulo, en un plazo no superior a cinco años, y hayan sido condenados por ello»*.⁷⁰⁰ En coherencia con lo anterior, se exige que el sujeto haya cometido tres actos delictivos o más, en un plazo que no supere los 5 años y que por dichas conductas haya sido condenado previamente. Asimismo, los delitos deben estar previstos en el mismo Capítulo del CP.

Llegados a este punto es preciso hacer un inciso, al diferenciar la habitualidad criminal de la figura de los malos tratos habituales, es decir, del elemento de la habitualidad en los malos

⁶⁹⁹ Sobre la referencia especial a los delitos patrimoniales y los diferentes conceptos relacionados con la reincidencia. Vid. SANZ-DÍEZ, M. (2013). Reincidencia, habitualidad y profesionalidad en las últimas reformas penales. Especial referencia a la delincuencia patrimonial. *Estudios Penales y Criminológicos*, 23, 97-148.

⁷⁰⁰ Art. 94.2 del CP: *«Para realizar este cómputo se considerarán, por una parte, el momento de posible suspensión o sustitución de la pena conforme al artículo 88 y, por otra parte, la fecha de comisión de aquellos delitos que fundamenten la apreciación de la habitualidad.»*

tratos. Aunque no es objeto de estudio de este apartado, cabe recalcar que los malos tratos habituales están regulados en el art. 153⁷⁰¹ de nuestro Código Penal. Sin entrar en una exhaustiva valoración sobre ambos términos, sí que es cierto que la conducta típica recogida en este artículo hace referencia a los malos tratos en el ámbito familiar (por lo que existe una reiteración en la selección de las víctimas del entorno familiar). Además de lo anterior, incluye un abanico amplio no solo de malos tratos físicos sino también psíquicos relacionado con el entorno familiar. Por otro lado, como expresa Aránguez Sánchez, básicamente la habitualidad se fundamenta «a efectos de los sustitutivos de las penas, combate la profesionalización o especialización del delincuente y la tipología delictiva refiere a hechos delictivos circunscritos en un mismo Capítulo del CP».⁷⁰² También, es una cuestión diversa al delito habitual (violencia habitual del art. 173.2 del CP sobre las personas allí enumeradas, o la dedicación habitual en el tipo agravado de uso de información privilegiada del artículo 285.2.1ª CP).⁷⁰³

En cuanto al tratamiento de tales conceptos en Alemania, los textos legales únicamente contemplan la habitualidad («*Gewohnheitsmäßigkeit*») en el actuar delictivo como agravante de la pena. Lo decisivo allí no es la tendencia como tal, sino la inclinación del autor al respectivo delito sin importar el número de hechos anteriores cometidos. Se usará

⁷⁰¹ Número 1 del artículo 153 redactado por el número ochenta y tres del artículo único de la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal: «*El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión de menor gravedad de las previstas en el apartado 2 del artículo 147, o golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años*».

⁷⁰² ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C. (2002). El concepto de habitualidad en el delito de violencia doméstica. En L. MORILLAS CUEVAS, y C. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ (coords.), *Estudios penales sobre violencia doméstica* (pp. 197-238). Madrid: EDERSA, p.198.

⁷⁰³ Vid. FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO (2015). *Revista del Ministerio Fiscal*, nº 0. Madrid: Fiscalía General del Estado. Recuperado (01.05.2017) de: https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/revista%20n%C2%BA%200,%202015.pdf?idFile=a9adf1a7-89c3-4753-afbb-410dd9c7919f, p.161.

aisladamente en los §§292.3 («*Jagdwilderei*») y 293.3 («*Fischwilderei*») *StGB*.⁷⁰⁴ Demostrando no solo una recaída ante el delito, sino una «predisposición de la conciencia a cometer el hecho punible»⁷⁰⁵. La habitualidad por tanto, va a «aumentar la armonización sobre la cuestión de la culpabilidad, al ser considerada ésta como una destacada característica cualificada en el delito».⁷⁰⁶

La lucha en Alemania contra la criminalidad lleva a imponer en los casos de delincuentes habituales peligrosos además de una pena privativa de libertad, la medida de custodia de seguridad. Es por ello, que en función de esas disposiciones contenidas en el 66 *StGB* se va a valorar el pronóstico de peligrosidad del individuo. Aunque con las reformas sufridas, «se desvincula del concepto de “habitualidad”, pudiendo imponerse ya con la primera condena».⁷⁰⁷ Debe tenerse en cuenta que no todo el que reincide va a ser peligroso, a pesar que la reincidencia es un indicio de la peligrosidad del individuo.

Por otro lado, la profesionalidad es otro de los conceptos relacionados con la reincidencia, pero que no está recogido de una manera expresa en nuestro CP. La profesionalidad en el delito implica que para el profesional del mismo, es decir, el sujeto activo que realice la acción, éste sea un medio de vida. De hecho, es un «subtipo de la habitualidad, donde en esta modalidad la costumbre va unida al lucro y se convierte en una forma de vida del sujeto, haciendo de la delincuencia su oficio».⁷⁰⁸

La profesionalidad es un concepto criminológico que implica un ingreso o un lucro por medio de fines ilícitos. Ese lucro obtenido en parte o del todo, como consecuencia de una acción delictiva, no implica necesariamente que el sujeto que realiza dicha conducta tenga que haber sido condenado por sentencias firmes previas. Por lo tanto, la persona profesional del delito

⁷⁰⁴ Caza y pesca furtiva respectivamente. En GRAF, W. (1997). *Rasterfahndung und organisierte Kriminalität*. Mönchengladbach: Forum Verlag Godesberg, p. 92. Traducción propia.

⁷⁰⁵ OSSA LÓPEZ, M.F. *Aproximaciones conceptuales a la reincidencia...*, op.cit., p. 120.

⁷⁰⁶ JULIUS, K-P. (2009). *Strafprozessordnung*. Heidelberg: C.F. Müller, p. 1612.

⁷⁰⁷ JOSÉ SANZ, A. (2007). El tratamiento del delincuente habitual. *Polít. Crim.*,4,1-16, p. 7.

⁷⁰⁸ OSSA LÓPEZ, M.F. *Aproximaciones conceptuales a la reincidencia...*, op. cit., p. 120.

llega a hacer de éste su medio de vida obteniendo beneficios como ingresos económicos. La profesionalización de sus actos delictivos lo convierten en un oficio o en un desempeño de sus labores. Normalmente la profesionalidad en el delito va relacionada en ocasiones a las organizaciones criminales, es decir, a la criminalidad organizada, cuya jerarquía compleja y consolidada requiere de delincuentes profesionales que consigan unos beneficios para la organización de manera ilícita y una continuidad en el desempeño de sus funciones.

Uno de los supuestos en los que podemos encontrar un ejemplo de profesionalidad sería el del hurto. Por medio de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, se sustituyen las faltas por delitos leves, por lo que se suprime la falta de hurto para sustituirla por un delito leve de hurto. Se incluyen los supuestos de multirreincidencia delictiva y comisión del delito por miembro de una organización o grupo criminal, dedicados a la comisión de delitos de la misma naturaleza. Es por ello, que la profesionalidad se considera una circunstancia que pueda darse en el delito de hurto, lo que va a influir en la imposición de la pena por parte del órgano jurisdiccional.

Ahora bien, en Alemania el concepto de profesionalidad («*Gewerbsmäßigkeit*») presenta algunos problemas de aplicación. El legislador en el articulado del Código penal alemán utiliza este concepto desde una triple vertiente: como una justificación por el castigo, como una ineludible característica del intenso marco penal como método ejemplar, o como una característica necesaria de un hecho de referencia (como por ejemplo, §261 blanqueo de dinero: «*Geldwäsche*»)⁷⁰⁹ La profesionalidad es propia también de delitos como el robo («*Diebstahl*») o el tráfico de estupefacientes. De hecho, tanto la profesionalidad como la habitualidad en el marco penal alemán, son circunstancias o condiciones que representan características o rasgos, «sin ser clasificadas ni como cualidades ni como

⁷⁰⁹ DEUTSCHER, A. (2009). Kurznachricht zu „Grundlagen der Gewerbsmäßigkeit“. *Heft*, 5, 168 – 174, pp. 170 y ss.

comportamientos». ⁷¹⁰ De todo ello se deduce que la profesionalidad implica una tendencia a través de una práctica («*Hang*»).

De todas formas, debe tenerse en cuenta, sin embargo, que en el contexto internacional este concepto está asociado básicamente a adultos, en función del tipo de actividad realizada, los contactos nacionales e internacionales establecidos, la organización y la complejidad requeridas, las cuales aparecen en etapas donde el sujeto ya es un adulto. ⁷¹¹ En cualquier caso, la explicación se basa en la presentación de oportunidades en esta etapa en contraposición a la etapa adolescente.

2.2. El concepto de la reincidencia en el ámbito penal

A modo general, el concepto legal de reincidencia necesita de una serie de requisitos que han sido preestablecidos por ley. Resulta de especial importancia, para la praxis y en concreto, por lo que a nuestro objeto de investigación se refiere, el estudio de la reincidencia a lo largo de la historia. De hecho, como señala Asúa Batarrita, «esta institución ha sido estudiada e integrada en todos los Códigos Penales españoles desde el año 1822 hasta la actualidad». ⁷¹² En Alemania, puede afirmarse que la tradición legislativa de la reincidencia ha sido invariable, «desde el Código Penal de 1871, donde la reincidencia se regulaba de una manera *específica* otorgándole unos elementos característicos hasta la consiguiente agravación de la pena en los siguientes textos penales, para los autores reincidentes con relación a los primarios». ⁷¹³

⁷¹⁰ DAMNJANOVIC, V. (2013). *Die Beteiligungsformen im deutschen und serbischen Strafrecht sowie in der ICTY-Rechtsprechung*. Berlin: Berliner Wissenschaft s-Verlag, p. 74.

⁷¹¹ GIMÉNEZ-SALINAS, A., y DE LA CORTE IBÁÑEZ, L. (eds.) (2016). Crimen organizado. En M.F. AEBI, A. CEREZO DOMÍNGUEZ, L. DE LA CORTE IBÁÑEZ, y A. GIMÉNEZ-SALINAS. *Aspectos esenciales de la Criminología actual* (pp. 177-250). Barcelona: UOC, p.227.

⁷¹² Para un análisis más detallado sobre la figura de la reincidencia a lo largo de la historia española, se puede consultar ASÚA BATARRITA, A. (1982). *La reincidencia (su evolución legal, doctrinal y jurisprudencial en los códigos penales españoles del siglo XIX)*. Bilbao: Publicaciones de la Universidad de Deusto.

⁷¹³ MONGE FERNÁNDEZ, A. (2009). *La circunstancia agravante de reincidencia desde los fundamentos y fines de la pena*. Madrid: J.M. Bosch, pp.67-68.

Así, se ha reflejado por parte del legislador en los sucesivos Códigos Penales de ambos países, fundamentándose la agravación de la pena y otorgándose un mayor castigo a aquel que delinquiría de nuevo. Como no es objeto de estudio de nuestra investigación, no se abordará la cuestión sobre el estudio histórico de la figura de la reincidencia en los ordenamientos jurídicos español y alemán, pero es importante recalcar que es un tema controvertido que ha ocasionado numerosos debates y posiciones enfrentadas tanto por parte de los Tribunales como por parte de la doctrina.

Incluso el Tribunal Constitucional español ya reconoció esta institución como «controvertida tanto en lo que se refiere a su naturaleza jurídica como a su fundamentación y razón de los efectos que produce»,⁷¹⁴ a pesar del rechazo de la inconstitucionalidad de la misma. En cambio en Alemania, fue cuestionada la constitucionalidad de la institución jurídica de la reincidencia y así fue excluida de su Código Penal. Al no incluirse un catálogo de agravantes de la responsabilidad penal del sujeto en la norma penal, «se confiere al Juez un *espacio fundamentalmente amplio* para individualizar la pena».⁷¹⁵

Pues bien, una vez que se ha adelantado brevemente la tradición normativa en relación a la reincidencia, se pasa sin más preámbulos a exponer en líneas generales, la regulación de esta institución en el ámbito penal tanto en España como en Alemania.

2.2.1. Regulación y consideraciones sobre la reincidencia en el Código Penal español

En el sistema penal español actual, como recoge nuestro Código Penal, se va a dar respuesta a la recaída y reiteración de conductas delictivas por parte de un sujeto mediante el agravamiento de la pena. El legislador da respuesta a la reiteración del delito cuando haya una condena ejecutoria previa en virtud de una sentencia firme, por un delito que sea de la misma

⁷¹⁴ Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia núm. 150/1991, de 4 de julio, FJ 3.

⁷¹⁵ MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. (1999). *La reincidencia: Tratamiento dogmático y alternativas político-criminales*. Granada: Comares, p.37.

naturaleza y que esté comprendido en el mismo Título del CP, que el nuevo delito que tiene lugar.

La reincidencia se recoge en el artículo 22.8 de nuestro Código Penal como una de las circunstancias que agravan la responsabilidad penal de un sujeto. La circunstancia 8ª del artículo 22, fue redactada por el apartado 14 del artículo único de la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Cabe reseñar a los efectos de este número, que no se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo, ni los que correspondan a delitos leves.⁷¹⁶

En el caso de la reincidencia, al margen de que en páginas posteriores se amplíe el análisis, es importante introducir la interpretación que hace la Circular 1/2000 de la Fiscalía General del Estado relativa a los criterios de aplicación de la LORRPM.⁷¹⁷ En esta Circular, la FGE acuerda que los criterios sobre la reincidencia se han de interpretar según lo previsto en el artículo 22.8 del CP. Entonces continúa, que para apreciar la reincidencia el sujeto debe haber sido condenado por sentencia firme de acuerdo a la regulación de la LORRPM por delito comprendido en el mismo Título y que ambos delitos sean de la misma naturaleza. Además como se describe en la Circular, esta interpretación no supone una aplicación analógica de la ley penal o extensión de la misma, ya que el art. 22.8 del CP se refiere a condena ejecutoria por delito sin especificar el tipo de procedimiento.

Según los requisitos a tenor del artículo 22.8, deben concurrir una serie de elementos formales para que se dé o no esta circunstancia agravante, y que son los siguientes:

⁷¹⁶ Además señala este mismo artículo que «Las condenas firmes de jueces o Tribunales impuestas en otros Estados de la Unión Europea producirán los efectos de reincidencia salvo que el antecedente penal haya sido cancelado o pudiera serlo con arreglo al Derecho español».

⁷¹⁷ Vid. Circular 1/2000, de 18 de diciembre, de la FGE 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.

- La existencia de una condena ejecutoria firme anterior. Es por ello, que cuando un menor delinca debe ser posterior a la condena ejecutoria firme ante la que no quepa recurso alguno y a pesar de que no se haya cumplido.⁷¹⁸
- La comisión de un nuevo acto y que este sea delictivo.⁷¹⁹
- La acción delictiva por la que se aplica la circunstancia agravante debe tener la misma naturaleza del anterior delito (criterio material) y debe estar comprendida en el mismo Título del CP⁷²⁰ (criterio formal, objetivo). Como alude de nuevo Sanz Díez, la «*reincidencia específica* está recogida en nuestro Código Penal, siendo aquella que se produce entre delitos de la misma especie, prescindiendo de la *reincidencia genérica* que se aprecia entre delitos de distinta naturaleza».⁷²¹ El Juez es quien determina en cada caso concreto si un delito es de la misma naturaleza que el otro. Y este requisito es fundamental, ya que de la apreciación por parte del órgano jurisdiccional de la naturaleza de los delitos, depende la aplicación o no de la agravante de reincidencia (Disposición transitoria séptima).⁷²²

Si concurren todos los requisitos, entonces se contempla la agravante de reincidencia según se dispone en el artículo 22.8 del Código Penal, siendo considerada como una circunstancia

⁷¹⁸ En palabras de Sanz Díez, no es necesario que se haya cumplido esta sentencia, sino que exista esa sentencia firme, ya que la norma penal recoge la «reincidencia impropia» a diferenciar de la «reincidencia propia» que se da cuando se cumple la pena. Ver SANZ DÍEZ, M. Reincidencia, habitualidad y profesionalidad en las últimas reformas penales..., op. cit., p. 146.

⁷¹⁹ Se considerarán tanto los delitos dolosos como imprudentes.

⁷²⁰ Como aprecia la autora, el legislador agrupa a los delitos bajo un mismo Título porque intenta reunir a aquellos que atentan contra un mismo bien jurídico, dejando de lado a los recogidos en las leyes penales especiales. MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. *La reincidencia: Tratamiento dogmático...*, op.cit., p.227.

⁷²¹ SANZ-DÍEZ, M. *Reincidencia, habitualidad y profesionalidad en las últimas reformas penales...*, op. cit., p. 143.

⁷²² MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. *La reincidencia: Tratamiento dogmático...*, op.cit.p. 228. Disposición transitoria séptima: «A efectos de la apreciación de la agravante de reincidencia, se entenderán comprendidos en el mismo Título de este Código, aquellos delitos previstos en el Cuerpo legal que se deroga y que tengan análoga denominación y ataquen del mismo modo a idéntico bien jurídico». Según la jurisprudencia del TS, dos delitos son de la misma naturaleza cuando atacan al mismo bien jurídico y cuando hay una tendencia criminal del autor del delito. Tribunal Supremo(Sala 2ª de lo Penal). Sentencia núm. 892/1999, de 2 de junio.

dentro del catálogo general de las circunstancias agravantes de dicho artículo. En el momento de la determinación de la pena si concurren una o dos circunstancias agravantes además de la reincidencia, se impondrá la medida sancionadora en su mitad superior (artículo 66.1.3ª CP), pero si concurren más de dos agravantes y ninguna atenuante, entonces la pena superior en grado en su mitad inferior (art. 66.1 4ª). Como se puede apreciar, el legislador responde ante la comisión de un nuevo hecho delictivo a través de un incremento de la pena. Por lo tanto, tras una imposición mediante sentencia firme de una sanción penal, viene otra sanción penal como consecuencia de esa nueva recaída en el delito.

2.2.2. Regulación y consideraciones sobre la reincidencia en la LORRPM

Sin ánimo de exhaustividad, en un ámbito extenso como es el de la reincidencia y su regulación, se enumeran a continuación las diferentes manifestaciones de esta figura en el marco de la actual jurisdicción penal juvenil, tanto como circunstancia agravante como elemento para pronosticar la reincidencia.

En primer lugar, hay que entender el artículo 18 de la LORRPM en relación a la valoración que se hace de los antecedentes de un menor reincidente. Este artículo regula el desistimiento de la incoación del procedimiento por parte del MF. Los casos en los que no se inicia el expediente de reforma son: a) la comisión de un delito menos grave o falta cometido sin violencia o intimidación y b) el no haber cometido hechos anteriores de la misma naturaleza. Además, la referencia que hace el artículo de que los hechos cometidos sean de la misma naturaleza «debe ser interpretada como ausencia de antecedentes, ya que no tiene sentido que una falta o delito menos grave permita el desistimiento del inicio del expediente y un delito grave, no».⁷²³

La Circular 1/2000, de 18 de diciembre de la FGE refiere al art.18.2 « (...) cuando conste que el menor ha cometido con anterioridad otros hechos de la misma naturaleza, el Ministerio

⁷²³ COLÁS TURÉGANO, M.A. Aspectos penales característicos de la delincuencia juvenil..., op.cit., p.115.

Fiscal deberá incoar el expediente (...)» al interpretar dos cosas referentes a la exigencia legal de los antecedentes del menor. La primera, muestra que en esta disposición se mencionan hechos y no sentencias ejecutorias. La segunda interpreta que ha de entenderse que el menor no debe haber incurrido en hechos constitutivos (aunque los hechos presenten una naturaleza diversa) de delitos graves o delitos menos graves sin violencia o intimidación, ya que en una interpretación de la ley, esto se convertirá en un impedimento en la búsqueda de beneficios para los hechos ulteriores. Además añade, que si el hecho anterior es una falta o un delito menos grave sin violencia o intimidación, se entendería que el MF tiene legalmente prohibido el desistimiento (solo si el hecho anterior tiene la misma naturaleza que el hecho actual, al lesionarse de un modo similar el bien jurídico protegido).

Respecto a la valoración sobre la reincidencia y las disposiciones sobre esta figura contenidas en la norma penal juvenil, destaca el artículo 10.1 b) de la LO 8/2006, donde en el último párrafo de dicho artículo, se recoge *«que si el menor en el momento de comisión de los hechos tiene 16 o 17 años, el Juez deberá aplicar una medida de internamiento en régimen cerrado de 1 a 6 años si el hecho cometido reviste especial gravedad, entendiéndose la apreciación de reincidencia»*.⁷²⁴ El delito cometido puede ser uno de los previstos en el artículo 9.2 LORRPM, siendo un delito grave, delito menos grave pero en cuya ejecución se empleó violencia o intimidación en las personas o grave riesgo para la vida, o delito cometido en grupo o que el menor pertenezca a una banda, organización o asociación.

Es así, como se hace mención a esta institución jurídica en el artículo 10.1 b) en relación a las reglas especiales de aplicación y duración de las medidas, en aquellos supuestos donde concorra extrema gravedad. Centrándonos en las pautas para delimitar la extrema gravedad

⁷²⁴ Art. 10.1 b) de la LORRPM: *«1. si al tiempo de cometer los hechos el menor tuviere dieciséis o diecisiete años de edad, la duración máxima de la medida será de seis años; o, en sus respectivos casos, de doscientas horas de prestaciones en beneficio de la comunidad o permanencia de dieciséis fines de semana. En este supuesto, cuando el hecho revista extrema gravedad, el Juez deberá imponer una medida de internamiento en régimen cerrado de uno a seis años, complementada sucesivamente con otra medida de libertad vigilada con asistencia educativa hasta un máximo de cinco años. Sólo podrá hacerse uso de lo dispuesto en los artículos 13 y 51.1 de esta Ley Orgánica una vez transcurrido el primer año de cumplimiento efectivo de la medida de internamiento. 2. A los efectos previstos en el párrafo anterior, se entenderán siempre supuestos de extrema gravedad aquellos en los que se apreciara reincidencia»*.

cuando concurra reincidencia, las conclusiones extraídas de las Jornadas de Delegados de Menores de 2015, destacan que

En esa misma línea restrictiva y conforme al criterio de alguna Audiencia Provincial (SAP Madrid, sec. 4ª, 16-9-2013, nº 118/2013) no basta para apreciar la reincidencia, a efectos de la *extrema gravedad* del art. 10.1.b), párrafo tercero, que haya recaído condena por un delito anterior comprendido en el mismo Título del CP, sino que es preciso además, en interés del menor y conforme a la lógica de la LORRPM, que los dos delitos estén comprendidos en alguno de los apartados del artículo a), b) o c) del artículo 9.2 de la LORRPM.⁷²⁵

Por otro lado, a lo largo del articulado de la LORRPM se observan diferentes supuestos donde «se valoran las condenas anteriores impuestas a un menor, para impedir la obtención de ciertos beneficios, además del supuesto específico cuya sanción se va a ver agravada considerablemente por concurrir la reincidencia».⁷²⁶ La figura de la reincidencia es de especial importancia en el seno de la delincuencia juvenil por la presencia de la misma, y sobre todo, en el momento de la imposición de las medidas sancionadoras a los menores al plantearse su duración y la posible influencia y eficacia sobre los menores. En relación a los reparos suscitados por la reincidencia en el derecho penal juvenil, Sánchez García afirma que estos reparos aumentan «cuando se prevé un marco operativo tan amplio a la agravación, que puede convertir en delito de *extrema gravedad* con las consecuencias que ello comporta incluso hechos constitutivos de delito menos grave».⁷²⁷

Además de la manifestación de la reincidencia en relación al régimen y a la aplicación de las medidas para un menor infractor, es tenida en consideración esta institución, como un criterio por parte del Juez en el momento de imponer una medida cautelar de internamiento. Es por ello, que se consideran los hechos delictivos graves de la misma naturaleza cometidos con

⁷²⁵ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. *Conclusiones de las jornadas de delegados de menores...*, op.cit.

⁷²⁶ COLÁS TURÉGANO, M.A. Aspectos penales característicos de la delincuencia..., op. cit. p.105.

⁷²⁷ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I. La reforma de la Ley Penal del menor..., op. cit., p. 35.

anterioridad (artículo 28.2).⁷²⁸ Además, el Juez de Menores dictará sentencia, valorando obligatoriamente el hecho de que el menor hubiera cometido con anterioridad otros hechos de la misma naturaleza (artículo 39.1).⁷²⁹

En estos dos artículos recogidos por la reforma operada por la LO 8/2006 se pone de manifiesto por tanto, la transcendencia en la comisión de hechos delictivos anteriores de la misma naturaleza por parte de un menor infractor. Lo cual es considerado, como un criterio a tener en cuenta por parte del órgano jurisdiccional, bien para imponer una medida cautelar o bien para dictar una sentencia.

Conviene tener presente, la ausencia de menciones específicas a la valoración del riesgo de reincidencia en la ley penal juvenil. No quita como propone Cardenal Montraveta, que como consecuencia del «carácter preventivo especial de este ámbito, sea probable una influencia en el momento de adoptar determinadas decisiones» en relación a:⁷³⁰

- Régimen general de determinación de las medidas susceptibles de ser impuestas al menor (artículo 7.3).

- Suspensión de la ejecución del fallo (artículo 40).

⁷²⁸ Art. 28.2 de la LORRPM redactado por el apartado veintiuno del artículo único de la L.O. 8/2006, de 4 de diciembre de 2006, por la que se modifica la L.O. 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores: «*Para la adopción de la medida cautelar de internamiento se atenderá a la gravedad de los hechos, valorando también las circunstancias personales y sociales del menor, la existencia de un peligro cierto de fuga, y, especialmente, el que el menor hubiera cometido o no con anterioridad otros hechos graves de la misma naturaleza (...)*».

⁷²⁹ Art. 39.1 de la LORRPM redactado por el apartado treinta y uno del artículo único de la L.O. 8/2006, de 4 de diciembre de 2006, por la que se modifica la L.O. 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores: «*La sentencia contendrá todos los requisitos previstos en la vigente Ley Orgánica del Poder Judicial y en ella, valorando las pruebas practicadas, las razones expuestas por el Ministerio Fiscal, por las partes personadas y por el letrado del menor, lo manifestado en su caso por éste, tomando en consideración las circunstancias y gravedad de los hechos, así como todos los datos debatidos sobre la personalidad, situación, necesidades y entorno familiar y social del menor, la edad de éste en el momento de dictar la sentencia, y la circunstancia de que el menor hubiera cometido o no con anterioridad otros hechos de la misma naturaleza, resolverá sobre la medida o medidas propuestas, con indicación expresa de su contenido, duración y objetivos a alcanzar con las mismas. La sentencia será motivada, consignando expresamente los hechos que se declaren probados y los medios probatorios de los que resulte la convicción judicial*».

⁷³⁰ Vid. CARDENAL MONTRAVETA, S. La reincidencia en el derecho penal de menores.... op.cit.

- Modificación de la medida impuesta (artículo 13).
- Sustitución de las medidas (artículo 51).

En definitiva, de lo expuesto en este apartado se deduce la valoración y la regulación de la institución de la reincidencia en la legislación penal juvenil en nuestro país. A fin de cuentas, lo que se pretende es evitar la persistencia en el delito de un menor, mediante la manifestación legal de la misma con la imposición de una medida juvenil sobre el autor del hecho delictivo reiterado. No solo, hay que actuar e intervenir sobre el menor infractor tras la recaída en el delito y la reiteración de su conducta, sino también sobre aquellos factores y circunstancias que influyen en la probabilidad de que un menor vuelva a delinquir.

2.2.3. Regulación y consideraciones sobre la reincidencia en el Código penal alemán

El término reincidencia en alemán («*Rückfall*»), fue acuñado por Mannheim en 1961, el cual ya destacaba que este concepto no tiene un significado único. El sentido de este concepto depende de los objetivos que éste persiga y del uso que las personas le dan. En palabras del criminólogo alemán, tiene una «triple perspectiva: penológica, jurídica y criminológica».⁷³¹

El nuevo Código Penal alemán no va a recoger en su articulado una lista cerrada de las circunstancias agravantes o atenuantes a la responsabilidad criminal de un sujeto, como ocurría en el Código Penal español. Por lo que se deja al Juez, la responsabilidad para que en cada caso particular se imponga una pena individualizada. De esta forma, la aplicación de la agravante de reincidencia es facultativa por parte del órgano jurisdiccional.

Aunque bien es cierto, que la reincidencia como circunstancia agravante fue derogada del Código Penal alemán (*StGB*) por considerarla contraria al principio de culpabilidad, por

⁷³¹ MANNHEIM, H. (1974). Rückfall und Prognose. In *Handwörterbuch der Kriminologie*, 3. Band. Freiburg: MschrKrim, p.40.

medio de la 23ª Ley de Reforma Penal del 13 de abril de 1986 (23.ª *StrÄG*),⁷³² a pesar de ser declarada constitucional por el Tribunal Constitucional Federal alemán en Sentencia de 16 de enero de 1979. La jurisprudencia alemana se pronunció sobre este hecho, donde tras varios razonamientos, el Alto Tribunal defendía la licitud de esta figura.⁷³³ Este Tribunal defendió la no aplicación automática y uniforme del §48 *StGB*, ya que había que comprobar por parte del órgano jurisdiccional en cada caso, el reproche al autor del delito y la influencia de las condenas anteriores. A pesar de, que el Tribunal «había aprobado la figura recogida en el §48 *StGB*, sin embargo en última instancia fracasó en la prueba de la práctica penal».⁷³⁴ No existe por tanto en el contenido del CP alemán una regulación de la reincidencia.

La consideración de los antecedentes penales para la recaída en el delito fundamentalmente se indica en el rango de la medida de la sanción penal. El legislador ha decidido «hacer frente a la crítica legítima del §48 no solo para una sistémica corrección de la disposición, sino para una completa cancelación de la misma».⁷³⁵ Es por ello, que para la práctica existe la «tendencia a graduar la pena con una previsión expresa de que la culpabilidad del sujeto es la base para individualizar la medida sancionadora, la cual se encuentra regulada en el §46 *StGB*».⁷³⁶ Entonces la reincidencia es una causa general de la individualización de la pena en la norma penal, en virtud de lo dispuesto en el §46 *StGB*. Este artículo en su apartado 2 enumera las diferentes circunstancias que el Juez debe tener en cuenta en el momento de imponer una sentencia, ya que se ponderarán las circunstancias favorables y contrarias al autor del hecho delictivo. Del mismo modo que por ejemplo, las actitudes del sujeto antes de la comisión del acto delictivo, los antecedentes o la situación personal («...*die Beweggründe und die Ziele des Täters, besonders auch rassistische, fremdenfeindliche oder sonstige menschenverachtende, die Gesinnung, die aus der Tat spricht, und der bei der Tat*

⁷³² *BGBI. I* 393 (23. *StrÄG*, 9-§56).

⁷³³ *BVerfGE* 50, 12.

⁷³⁴ ZIFP, H. (1989). Die Behandlung des Rückfalls und der Vorstrafen nach Aufhebung des §48 StGB. In H-H. JESCHECK, y T. VOGLER (coords.), *Festschrift für HERBER TRÖNDLE zum 70. Geburtstag am 24. August 1989* (pp. 439-454). Berlin, New York: de Gruyter Recht, p.439.

⁷³⁵ MAURACH, R., GÖSSEL, K.H., y ZIPF, H. (2014). *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Teilband 2. Erscheinungsformen des Verbrechens und Rechtsfolgen der Tat*. Hamburg: C.F. Müller, p.821.

⁷³⁶ GUIASOLA LERMA, C. *Reincidencia y delincuencia habitual*, op.cit., p. 44.

*aufgewendete Wille, das Maß der Pflichtwidrigkeit, die Art der Ausführung und die verschuldeten Auswirkungen der Tat, das Vorleben des Täters, seine persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse...»).*⁷³⁷ Sin embargo como expresa Monge, «los loables progresos alcanzados en la materia han quedado limitados por la estrecha redacción de este artículo»⁷³⁸.

En coherencia con ello, el Juez va a tener en cuenta las circunstancias que se recogen en el §46. Para determinar, el tipo de pena que se aplica de manera individualizada a un sujeto por cometer un hecho delictivo concreto. La duda que se plantea sin embargo, como mantiene la doctrina alemana y recoge Guisasola, desde una perspectiva material, «bajo qué presupuestos procesales los delitos previos que ha cometido el autor, pueden ser útiles para la base de la sentencia».⁷³⁹ Cabe decir, que los delitos previos cometidos deben ser de igual o idéntica naturaleza, pero también pueden ser de distinta naturaleza, o incluso pueden ser delitos que no hayan sido aún enjuiciados a pesar de que esté el proceso penal en marcha.

Para acabar, es preciso señalar que en cuanto a los antecedentes penales,⁷⁴⁰ el sujeto se someterá a las reglas descritas en ese mismo artículo para que así el órgano jurisdiccional le individualice la pena en función del hecho delictivo cometido. En todo caso, si el sujeto es considerado peligroso en función del análisis hecho de esos antecedentes penales previos, entonces se aplica directamente el contenido del §66 *StGB*.

2.2.3.1. Posiciones doctrinales

Se apuesta por una corriente doctrinal, la cual es mayoritaria, basada en la mayor culpabilidad del autor reincidente («*Schuldigkeit*»). En Alemania, Schöch cita que «no se puede asegurar de una manera certera la materialización de la mayor peligrosidad delictiva por parte del

⁷³⁷ §46.2 *StGB*. Traducción propia.

⁷³⁸ MONGE, A. *La circunstancia agravante de reincidencia...*, op.cit., p.69.

⁷³⁹ GUIASOLA LERMA, C. *Reincidencia y delincuencia habitual*, op.cit., p.49.

⁷⁴⁰ Como criterio que tiene en cuenta el Juez, en el momento de dictar sentencia para establecer una individualización de la pena en virtud de los establecido en el §46 *StGB*.

infractor reincidente ya que un problema fundamental de un pronóstico criminal, es lo relacionado con la inseguridad».⁷⁴¹ Ha de entenderse, que esa doctrina mayoritaria argumentaba el «agravamiento penal por causa de la reincidencia según la culpabilidad por la conducción de vida («*Lebenführungsschuld*») a efectos de conseguir relevancia en la culpabilidad del autor cuando éste hubiera cometido hechos penales anteriores».⁷⁴² Esa culpabilidad por la conducción de vida o por la decisión de vida no casaba bien con la culpabilidad por el hecho, «concepto que hace referencia en primer lugar al hecho mismo y su contenido del injusto y culpabilidad, y en segundo lugar a la personalidad del autor».⁷⁴³ Por ese motivo, se llevó a cabo la reforma por parte del Tribunal Constitucional Federal alemán nombrada anteriormente. Como se ha comprobado, tanto el Tribunal Constitucional español⁷⁴⁴ como el alemán, han manifestado en varias sentencias que la pena impuesta a un infractor no debe sobrepasar la culpabilidad por el hecho. Nos encontramos pues, ante un asunto complejo e interesante para la doctrina de ambos países. Sin embargo, la doctrina alemana ha desarrollado diversas teorías para que la pena impuesta a un individuo no sobrepase la culpabilidad por el hecho.⁷⁴⁵

Entre las teorías más representativas desarrolladas por esta doctrina, tenemos: a) «*Spielraumtheorie*» (teoría del espacio de juego), donde la pena se adecua a un mínimo y a un máximo acorde a la culpabilidad del autor, b) «*Stellenwertheorie*» (teoría del valor posicional), cuyos defensores explican la aplicación de la pena como una adecuación puntual a la culpabilidad del autor y c) «*Schuldüberschreitungsverbot*» (teoría de la prohibición del

⁷⁴¹ SCHÖCH, H. (2011). Kriminalprognose. In H.J. SCHNEIDER. *Internationales Handbuch der Kriminologie. Band I: Grundlagen der Kriminologie* (pp. 359-394). Berlin: De Gruyter Recht, p.361. Traducción propia.

⁷⁴² DEMETRIO CRESPO, E. (1999). *Prevención general e individualización judicial de la pena*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, p.227.

⁷⁴³ STRATENWERTH, G. (1980). Culpabilidad por el hecho y medida de la pena. En G. STRATENWERTH, y E. BACIGALUPO. *El futuro del principio jurídico penal de culpabilidad*. Madrid: Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense, pp. 46 y ss.

⁷⁴⁴ Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia núm. 149/1991, de 4 de julio.

⁷⁴⁵ GUIASOLA, C. *Reincidencia y delincuencia habitual*, op.cit., p.50

desbordamiento de la culpabilidad), que permite imponer o no una pena atendiendo a razones de Política Criminal.⁷⁴⁶

En definitiva, lo que sí se pone de manifiesto es la intervención penal del reincidente a pesar de que se debe ponderar con sumo cuidado cualquier riesgo que pueda derivar de la sanción impuesta sobre el mismo. Por eso, es aconsejable por cuestiones de resocialización del reincidente la imposición de una medida más educativa. Aunque, en casos concretos como delincuentes peligrosos y/o habituales «la custodia de seguridad postpenal es aconsejable para la reinserción del sujeto, siendo ésta, impuesta después de la ejecución de la pena y acumulada a la misma».⁷⁴⁷

2.2.3.2. La custodia de seguridad y el delincuente reincidente peligroso

La custodia de seguridad en el Código Penal alemán («*Sicherungsverwahrung*») se recoge en el §66 del *StGB*. Esta medida ha sufrido diferentes reformas⁷⁴⁸ que han ocasionado un endurecimiento de los criterios para la imposición de la misma. Del mismo modo, que un recelo en algunos sectores, en relación al prolongamiento de la intervención en reincidentes y delincuentes habituales, ya que se presupone como «última medida de emergencia de Política Criminal»⁷⁴⁹.

⁷⁴⁶ SILVA SÁNCHEZ, J-M. (2007). La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo. *Indret*, (2), 1-15, p. 6.

⁷⁴⁷ Vid. BOGUÑÁ NIETO, M. (2013). *La custodia de Seguridad (Sicherungsverwahrung). 3 cuestiones fundamentales*. (Trabajo de fin de Grado de Derecho). Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, pp. 23 y ss. Recuperado (25.01.2017) de: https://repositori.upf.edu/bitstream/handle/10230/23435/TFGDRET_Bogu%C3%B1a_2012_2013.pdf?sequence=1.

⁷⁴⁸ En lo últimos tiempos y tras las reformas que han convertido esta institución en algo más restrictivo, cabe señalar que se puede imponer esta medida cuando se aprecie que un sujeto es culpable a pesar de no apreciar peligrosidad en el momento de la condena. También, no es necesario que se manifieste una reincidencia, sino un único hecho que sea considerado realmente grave.

⁷⁴⁹ CANO PAÑOS, M. (2007). El marco jurídico y criminológico de la custodia de seguridad (*Sicherungsverwahrung*) en el derecho penal alemán. *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, 20-21, 647-707, p. 678.

La regulación en la norma penal alemana del sujeto reincidente peligroso se lleva a cabo para la imposición de esta medida: la custodia de seguridad. Al fin y al cabo como justifica el legislador, es el modo más efectivo de evitar la comisión de un nuevo hecho delictivo. Como ya se ha dicho, los órganos jurisdiccionales tomarán en consideración los antecedentes penales del sujeto en el momento que haya que imponer una pena de manera individual. La imposición de la custodia de seguridad es aplicable a menores según la *JGG*, pero ese asunto lo trataremos más adelante.

El §66, regula la custodia de seguridad privativa de libertad, donde se incluyen los requisitos necesarios para la imposición de la misma con posterioridad al cumplimiento de una pena y acumulada a ésta, en el caso de autores peligrosos. En principio, va dirigida a aquellos individuos *multirreincidentes* que pueden cometer nuevos delitos una vez cumplidas sus penas, y ante los cuales no existe ningún tratamiento curativo. Esta medida ha sufrido numerosas reformas, siendo cada vez más restrictivas.⁷⁵⁰ Esto se explica desde una perspectiva de Política criminal y de inseguridad social generado por el tipo de perfil criminológico resistente de estos autores al igual que por la tipología delictiva cometida de mayor gravedad.

El §66.1 *StGB* incluye la aplicación e imposición de la custodia de seguridad junto a la pena, en aquellos individuos que antes de la comisión del nuevo hecho hayan sido condenados dos veces al menos a una pena privativa de libertad de un año,⁷⁵¹ por alguno de los delitos que están recogidos en el artículo, cuya pena global es de dos años. Por ejemplo, sujetos condenados por delitos dolosos como delitos contra la vida, la integridad física, la libertad e indemnidad sexual (§66.1.1.a: «*gegen das Leben, die körperliche Unversehrtheit, die persönliche Freiheit oder die sexuelle Selbstbestimmung richtet*»). La valoración general que se haga del delincuente y los delitos que cometa, deriva en un pronóstico de futura mayor

⁷⁵⁰ La última reforma mediante la Ley de 22 de diciembre de 2010 «*Gesetz zur Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung und zu begleitenden Regelungen*» (BGBl. I S.2300).

⁷⁵¹ §66.1.2 *StGB*: «*der Täter wegen Straftaten der in Nummer 1 genannten Art, die er vor der neuen Tat begangen hat, schon zweimal jeweils zu einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr verurteilt worden ist.*». Traducción propia.

comisión delictiva de carácter grave. Es entonces, cuando el Juez deberá determinar la imposición o no de esta custodia en base a un perjuicio corporal y psíquico de la víctima o a daños materiales patrimoniales graves.⁷⁵²

Como señala Marín de Espinosa, hay que valorar conjuntamente los delitos que ha cometido el sujeto para conocer si existe o no una tendencia, y así poder demostrar si cabe frente a la comunidad, la peligrosidad de un delincuente por tendencia⁷⁵³. La autora además expresa que la apreciación es obligatoria por parte del Tribunal para la imposición de la custodia de seguridad, si se cumplen los requisitos incluidos en este artículo, ya que así se combate la prognosis de peligrosidad futura del individuo.

Además de las disposiciones descritas para los delincuentes con antecedentes penales, en este artículo también se recoge la aplicación de la custodia de seguridad en algunos supuestos donde incurran unos requisitos formales concretos. Dejando a criterio del Juez, la aplicación de dicha medida de manera excepcional (discrecionalidad judicial). El §66.2 del *StGB* presenta una apreciación facultativa por parte del órgano jurisdiccional, al aplicarse a sujetos que al menos hayan cometido tres hechos delictivos dolosos, donde por cada hecho el sujeto haya recibido una pena privativa de libertad inferior a un año, aunque con una pena por uno o más de estos actos, no inferior a tres años⁷⁵⁴. Sin bien es cierto como se recoge en el mismo, que no es necesario que hubiera condenas previas, por lo que va a depender del criterio del Tribunal la imposición o no de la custodia. Sin embargo, no se tomará en consideración

⁷⁵² §66.1.4 *StGB*:«die Gesamtwürdigung des Täters und seiner Taten ergibt, dass er infolge eines Hanges zu erheblichen Straftaten, namentlich zu solchen, durch welche die Opfer seelisch oder körperlich schwer geschädigt werden, zum Zeitpunkt der Verurteilung für die Allgemeinheit gefährlich ist». Traducción propia.

⁷⁵³ MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.B. *La reincidencia: tratamiento dogmático...*, op. cit., p.57.

⁷⁵⁴ §66.2 *StGB*:«Hat jemand drei Straftaten der in Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 genannten Art begangen, durch die er jeweils Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr verwirkt hat, und wird er wegen einer oder mehrerer dieser Taten zu Freiheitsstrafe von mindestens drei Jahren verurteilt, so kann das Gericht unter der in Absatz 1 Satz 1 Nummer 4 bezeichneten Voraussetzung neben der Strafe die Sicherungsverwahrung auch ohne frühere Verurteilung oder Freiheitsentziehung (Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 und 3) anordnen».

aquellos hechos cometidos con anterioridad cuando hayan transcurrido más de 5 años entre la comisión de tales hechos y el hecho punible.⁷⁵⁵

Recapitulando, la custodia de seguridad puede ser impuesta por el órgano jurisdiccional a los autores imputables peligrosos que han cometido delitos dolosos. Se distinguen dos tipos: los que han sido condenados previamente mediante sentencias firmes, o bien, los que no necesariamente han sido anteriormente condenados, y por tanto de manera facultativa el Juez puede apreciar e imponer esta custodia de seguridad.

No puede olvidarse tampoco, que esta medida tiene un tiempo ilimitado de cumplimiento, no hay plazo máximo de cumplimiento, llegando incluso a estar avalado por el Tribunal Federal Constitucional alemán. Este Tribunal afirmó que con esta medida «no se lesiona la dignidad humana ya que lo que se persigue es la resocialización del delincuente y los cambios producidos eran acordes a la Ley Fundamental de Bonn».⁷⁵⁶ Asimismo, se ponderan los bienes individuales en relación al posible menoscabo colectivo, focalizándose más en la seguridad y el interés colectivo frente a los bienes jurídicos individuales.

2.2.4. Regulación y consideraciones sobre la reincidencia en la *JGG*

La legislación penal juvenil *JGG* regula en el §17 la determinación de la pena juvenil. La imposición de la pena privativa de libertad para menores o semiadultos se valora en función de la gravedad de la culpa del autor del hecho, o por las posibles inclinaciones dañinas del delincuente juvenil. Es el caso de las formas más graves de la delincuencia juvenil como pueden ser aquellos supuestos que impliquen un comportamiento reincidente. Aunque como fundamenta Strobel, en el derecho penal de menores las circunstancias agravantes no se tienen porque aplicar necesariamente.⁷⁵⁷ Ella lo basa sustancialmente en dos cuestiones. La primera

⁷⁵⁵ §66.4 StGB: «eine frühere Tat bleibt außer Betracht, wenn zwischen ihr und der folgenden Tat mehr als fünf Jahre verstrichen sind». Traducción propia.

⁷⁵⁶ BVerfGE 109, 133 – 190.

⁷⁵⁷ STROBEL, S. (2007). *Verhängung und Bemessung der Jugendstrafe – Eine Berücksichtigung der Strafzwecke*

de ellas, refiere a que la culpabilidad tiene un carácter no constitutivo en la *JGG* (en este sentido, la culpabilidad va solo a limitar la medida de la pena). Mientras que la segunda cuestión, subraya que la culpabilidad de un menor infractor se toma desde aspectos subjetivos y no objetivos, los cuales permiten reprochar el hecho delictivo cometido por el menor.

De las investigaciones criminológicas realizadas en los últimos años en Alemania se obtiene un índice promedio alto de reincidencia en relación con las penas juveniles. Destaca la pena de prisión (70%) frente a la suspensión condicional de la pena (44%), o el arresto de menores (46%)⁷⁵⁸. Por lo tanto, a grandes rasgos, la efectividad de las sanciones más severas como es la pena de prisión, siendo ésta la más restrictiva y represiva de todas las medidas del abanico ofrecido por la *JGG*, va a ofrecer un peor resultado que aquellas medidas más pedagógicas. Se demuestra en la práctica, una mayor reincidencia entre los menores que han sido penados con tal medida.⁷⁵⁹ En coherencia con ello, las medidas más pedagógicas han dado mejor resultado que aquellas medidas más represivas, aunque este asunto lo retomaremos más adelante.

En definitiva, la reincidencia no está regulada como tal en la norma penal juvenil alemana, pero si se recogen en ella unas disposiciones en relación a aquellos menores infractores que han cometido delitos graves, entendiéndose como reincidentes, en el momento de la imposición de las sanciones penales a los menores autores de un hecho delictivo concreto.

Una de las medidas que genera controversia y que ha sido referida en el apartado anterior pero en relación a los infractores adultos, es la custodia de seguridad («*Sicherungsverwahrung*»). Es una medida preventiva y correctiva prevista y regulada para «*Jugendliche*» y «*Heranwechsende*» en el §7*JGG*. Se puede aplicar a los individuos menores de edad reincidentes, aunque en la práctica las cifras estadísticas oficiales demuestran que la imposición de la misma a este grupo es muy baja.

Analyse unter besonderer. Aachen: Shaker Verlag, p. 14.

⁷⁵⁸ Vid. EHLE, J-M., HEINZ, W., y SUTTERER, P. (2003). *Legalbewährung nach strafrechtlichen Sanktionen. Eine kommentierte Rückfallstatistik*. Berlin: Bundesministerium der Justiz.

⁷⁵⁹ Vid. KRAUS, L., y ROLINSKI, K. (1992). Rückfall nach Soziale training auf der Grundlage offiziell registrierte Delinquenz. *MschKrim*, 75, 32-46.

Esta figura fue modificada en sucesivas reformas, pero desde 2013 está a disposición de ambos grupos, una nueva forma limitada y posterior («*eingeschränkt und nachträglich*»).⁷⁶⁰ El legislador con la ampliación de la custodia de seguridad en el ámbito de la legislación penal de menores, pospuso así el agravante del problema del pronóstico de la manifestación de la peligrosidad para los jóvenes, a pesar de concederlo finalmente.

Se introduce la ampliación de la custodia de seguridad pudiendo ser reservada («*vorbehaltene Sicherungsverwahrung*») como posterior o retrospectiva («*nachträgliche Sicherungsverwahrung*») son posibles aunque esta última con particularidades. La «*vorbehaltene Sicherungsverwahrung*» se define como una custodia de seguridad primaria preventiva en aplicación del §66a *StGB* cuando los requisitos de pronóstico no se presentan de una manera inequívoca. Entonces, se propone «posteriormente una disposición de esta custodia de seguridad sin que ésta intervenga en la validez legal de la primera sentencia ni en la prohibición de la duplicidad de sanciones («*ne bis in idem*»), lo que podría sugerir un conflicto».⁷⁶¹

La aplicación de *vorbehaltene Sicherungsverwahrung* en menores se produce en casos específicos muy graves (como por ejemplo: delitos contra la vida, delitos de naturaleza sexual, robo con resultado letal o delitos contra la integridad corporal) cuando haya una considerable amenaza de reincidencia en el sujeto menor de edad (14 a 17 años) según el art. 7.2 *JGG*. La pena impuesta debe ser una pena juvenil (acorde al §31 *JGG*). En el caso de los semiadultos, se puede imponer esta medida atendiendo al derecho penal de adultos o al derecho penal juvenil. Es el órgano jurisdiccional quien podrá reservar la «*vorbehaltene Sicherungsverwahrung*» a tenor de §106.3.1 *JGG*, se dan los siguientes requisitos: que el adolescente haya sido condenado al menos a 5 años de prisión por uno o más delitos, que estos delitos sean graves y que hayan ocasionado daño a la víctima.

⁷⁶⁰ BARTSCH, T. (2013). *Eine verpasste Chance?! Zur Reform der Vorschriften über die Sicherungsverwahrung im JGG*. Hannover: ZJJ, p.182.

⁷⁶¹ MUSHOFF, T. (2008). *Maßregelsicherungsverwahrung. Eine kritische Untersuchung über das Verhältnis von Schuld und Prävention*. Bielefeld: Peter Lang, p.33.

Con respecto a la «*nachträgliche Sicherungsverwahrung*» se recoge en el §7.4 JGG⁷⁶², la orden por parte del órgano jurisdiccional de imponer la medida como algo especial con posterioridad al internamiento en un hospital psiquiátrico. Aunque principalmente, esta custodia de seguridad está prohibida. Si se considera por parte del Tribunal que el joven o el semiadulto acorde al derecho penal de menores reciba esta medida si primero, hubo un internamiento en un hospital psiquiátrico o hubo cumplido una pena de al menos 3 años por uno o varios delitos cometidos anteriormente al hecho que le llevó a la imposición de tal sanción. Y segundo, haya una valoración desfavorable que refleja una alta probabilidad de cometer actos delictivos en un futuro por parte del joven. Sobre la aplicación de esta medida se pronunció el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso de M. contra Alemania, en relación a la extensa actividad delictiva de un sujeto con una enfermedad mental que pasó años de confinamiento al imponérsele una custodia de seguridad⁷⁶³.

En resumidas cuentas, el Tribunal reconoció la peligrosidad del sujeto pero consideró que se vulneraban los arts. 5 (derecho a la libertad y a la seguridad) y 7 (no hay pena sin ley) de la CEDH, destacando los motivos de la aplicación de esta medida y las condiciones de confinamiento. Para el Tribunal la detención se prolongaba más de 10 años del máximo aplicable en el momento de su condena y esta extensión de la custodia de detención, había sido ampliada retroactivamente por un periodo de tiempo ilimitado. Esto iba en contra del art. 7 al tener una pena más grave que la impuesta en el momento de la comisión del hecho delictivo.⁷⁶⁴

⁷⁶² §7.4 JGG: «*Ist die wegen einer Tat der in Absatz 2 bezeichneten Art angeordnete Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus nach § 67d Abs. 6 des Strafgesetzbuches für erledigt erklärt worden, weil der die Schuldfähigkeit ausschließende oder vermindernde Zustand, auf dem die Unterbringung beruhte, im Zeitpunkt der Erledigungsentscheidung nicht bestanden hat, so kann das Gericht nachträglich die Unterbringung in der Sicherungsverwahrung anordnen*». Traducción propia.

⁷⁶³ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sala 5ª). Caso M. contra Alemania. Sentencia de 17 de diciembre de 2009 (Nº19359/04).

⁷⁶⁴ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sala 5ª). Caso M. contra Alemania. Sentencia de 17 de diciembre de 2009 (Nº19359/04), párrafos 100-105.

2.3. La reincidencia en el ámbito criminológico

Es crucial y al mismo tiempo necesario estudiar por parte de la criminología el comportamiento delictivo de un menor a lo largo de la vida, es decir, de su carrera delictiva. Como empieza la delincuencia y cómo evoluciona persistiendo o no en el tiempo. Sin embargo, las conclusiones extraídas de los trabajos realizados sobre la prevalencia de los hechos delictivos en menores que desarrollan una carrera criminal, no son determinantes. En parte, porque las investigaciones llevadas a cabo suponen un porcentaje más bien pequeño. Para determinar el perfil de un menor infractor reincidente y sobre todo de aquellos perfiles criminológicos más resistentes, se han de identificar los elementos que influyen en su conducta. Los factores de riesgo o criminógenos que se manifiestan sirven para explicar la repetición de actos de carácter delictivo.

La mayoría de los jóvenes cometerán actos aislados, es decir, son los llamados delincuentes primarios. Éstos, al entrar en la edad adulta no repetirán sus conductas delictivas. Durante los primeros años de la infancia y la adolescencia, hay una serie de factores que son característicos y que se pueden asociar a la conducta delictiva de un menor. Es en esa época, cuando el menor tiende a interiorizar aquello que va aprendiendo. Normalmente, las conductas antisociales son aisladas y de carácter puntual, están relacionadas con el desarrollo del menor en su interacción con la familia, la escuela y su entorno, ya que intervienen en su socialización. En este entorno social, se da la relación del menor con su grupo de iguales, quienes jugarán un papel importante en su carrera criminal. De hecho, algunos estudios han constatado la relación de la delincuencia con el grupo de iguales, al reflejar que la comisión de delitos aumenta cuando el menor pertenece a un grupo o pandilla y en ella hay algún otro delincuente.⁷⁶⁵

De las numerosas investigaciones criminológicas internacionales, se desprende la idea general que la delincuencia juvenil es ubicua, normal y de carácter episódico. De los estudios

⁷⁶⁵ SIEGEL, L.J. & SENNA, J. J. (1994). *Juvenile Delinquency: Theory, Practice and Law*. Michigan: West Group, p.320

realizados en los últimos diez años, los estudios sobre «*age-crime curve*»⁷⁶⁶ y «*desistance-research*»,⁷⁶⁷ muestran que el comportamiento criminal presenta cambios significativos sobre todo, en la fase transicional de la minoría a la mayoría de edad.⁷⁶⁸ Estos estudios, van a arrojar datos importantes en relación a las particularidades de la delincuencia y de la reincidencia juvenil, tanto en términos cuantitativos (volumen de la delincuencia), como en términos cualitativos (intensidad, gravedad del delito, intereses del delincuente...). Del mismo modo, que datos significativos en relación a las carreras criminales de los sujetos (evolución longitudinal de un comportamiento delictivo).

La reincidencia juvenil ha sido examinada a diferentes niveles en los variados estudios llevados a cabo en el ámbito de las ciencias sociales y especialmente por parte de la criminología, tanto en España como en Alemania. Distinguimos particularmente, el estudio de las cifras de reincidencia desde un análisis cuantitativo a través del análisis de datos para obtener la tasa de reincidencia policial, judicial y penitenciaria. Sin embargo, como califica Capdevilla, la tasa de reincidencia real, es decir, el porcentaje de sujetos de la población estudiada que muy probablemente retome la actividad delictiva, es la tasa de reincidencia penitenciaria, según los criterios propuestos por el Consejo General del Poder Judicial.⁷⁶⁹

Cuando se habla de reincidencia penitenciaria en España, hay que observar dos niveles. El primer nivel está configurado por el grupo de los sujetos primarios (aquellos individuos que

⁷⁶⁶ La edad y la reincidencia delictiva están ligadas, ya que mediante el conocimiento de la edad del sujeto que desarrolla una conducta antisocial, se puede predecir si la carrera delictiva de ese sujeto se consolida. En BRINGAS, C., RODRÍGUEZ, F.J., DE LA VILLA, M., PÉREZ, B., y OVEJERO, A. (2012). Comportamiento delictivo reincidente: Análisis diferencial de la variable edad. *Revista Interamericana de Psicología*, 46(3), 365-374.

⁷⁶⁷ Estas investigaciones están orientadas a estudiar y analizar a aquellos sujetos que presentaban un patrón criminal, pero que han desistido de la comisión de hechos delictivos. El desistimiento ocurre en un momento determinado de la vida («*Life-Course-Desister*»). Para saber más al respecto, ver un resumen de las diferentes investigaciones criminológicas sobre este tipo de estudios («*desistance-research*») en MCNEAL, F., FARRAL, S., LIGHTOWLER, C. & MARUNA, S. (2012). How and why people stop offending: discovering desistance. *Institut for Research and Innovation in Social Services*, 15,1-12.

⁷⁶⁸ Vid. PRUIN, I. & DÜNKEL, F. (2015). *Better in Europe? European responses to young adult offending*. Greifswald: Universität Greifswald.

⁷⁶⁹ CAPDEVILLA I CAPDEVILA, M. (2015). *Tasa de reincidencia penitenciaria 2014*. Barcelona: Centro de Estudios jurídicos y de Formación especializada.

han ingresado una vez en una institución penitenciaria). Mientras, que el segundo nivel de reincidencia corresponde a los sujetos reincidentes (es decir, aquellos individuos que han entrado en prisión dos o más veces). Los sujetos primarios normalmente se derivan a la mediación y su conducta delictiva se limita a la adolescencia. En cambio, los sujetos reincidentes presentan trayectorias criminales más largas en las que concurren en mayor cantidad los factores de riesgo en contraposición a los factores de protección.⁷⁷⁰

Además del modelo cuantitativo para la obtención de información sobre la reincidencia, las investigaciones sobre este fenómeno se completan también por medio de una metodología cualitativa. Por ejemplo, a través de entrevistas con los menores infractores o autoinformes, ya que es útil para interpretar los datos y características de la reincidencia. Del mismo modo, que para conocer la cifra de los delitos no registrados de manera oficial, a pesar de que también tienen sus inconvenientes.⁷⁷¹ Asimismo, es muy frecuente y útil el uso de metodología cuantitativa y cualitativa conjunta en los estudios realizados sobre la reincidencia en general y sobre la reincidencia de menores en particular.

Junto a lo anterior, para una mayor aproximación a esta problemática se han realizado también numerosos estudios cuya línea de investigación reside en estudios longitudinales, donde siguiendo el criterio de Boers,⁷⁷² se apuesta por la diferenciación principalmente de cuatro grupos:

⁷⁷⁰ CAPDEVILLA I CAPDEVILA M., FERRER PUIG M., y LUQUE REINA E. (2005). *La reincidencia en el delito en la justicia de menores*. Documentos de Trabajo. Barcelona: Centro de Estudios Jurídicos y Formación especializada.

⁷⁷¹ Entre los inconvenientes de los autoinformes («*self-reports*») destaca el hecho de que normalmente son reportados hechos delictivos menos graves, del mismo modo que puede haber ocultación de información importante para la investigación por parte del menor infractor que ha cometido el hecho delictivo. Eso sí, de manera gradual ha habido un progreso en la medición de la criminalidad que no ha sido registrada de manera oficial, mediante un perfeccionamiento en la calidad y fiabilidad de recogida de datos mediante este método del autoinforme. En THORNBERRY T.P. & KROHN M.D. (2000). The Self-Report Method for Measuring Delinquency and Crime. Measurement and Analysis of Crime and Justice. *Criminal Justice*, 4, 33-83.

⁷⁷² BOERS, K. (2009). Die Kriminologische Verlaufsforchung. En H. J. SCHNEIDER. *Internationales Handbuch der Kriminologie. Band 2: Besondere Probleme der Kriminologie*. Berlin: De Gruyter Recht, pp.594 y ss.

- Investigaciones multifactoriales (renuncia expresa o tácita de una fundamentación teórica).
- Estudios descriptivos de la carrera criminal (basado en datos oficiales y análisis matemático de los mismos, a pesar de ausencia de fundamentación teórica).
- Investigaciones de la carrera criminal y análisis multifactoriales orientados a la personalidad (combinación de los anteriores, pero enfocado a la personalidad del autor y a la detección e identificación de factores de riesgo y de protección en las trayectorias delictivas).
- Estudios longitudinales sociológicos (que explican la delincuencia juvenil desde la criminología sociológica).

De todas formas, un denominador común de los estudios longitudinales en la actualidad es el modelo explicativo y los presupuestos usados por la criminología del desarrollo.⁷⁷³ La idea principal, según determina Requena Espada, es que la criminología del desarrollo hace referencia al estudio de los cambios producidos en los individuos a lo largo del tiempo en relación a la conducta antisocial.⁷⁷⁴ Llegados a este punto, lo que sí que es determinante según Nieto Morales,

Es conocer las causas del comportamiento delictivo para corregir y prevenir las situaciones y conductas que se convierten en un riesgo en principio para los menores mismos y después por el efecto dominó que produce, del mismo modo que las acciones y conductas disruptivas hay que prevenirlas desde el ámbito familiar en los primeros años para evitar así una intervención institucional ya que ésta cuanto más tarde se produzca, más difícil será la reinserción social.⁷⁷⁵

⁷⁷³ CRUZ MÁRQUEZ, B. Significado de la reincidencia..., op.cit., p. 9.

⁷⁷⁴ REQUENA ESPADA, L. *Principios generales de la Criminología...* op. cit., pp. 13 y ss.

⁷⁷⁵ NIETO MORALES, C. (2012). Perfil de los menores en conflicto con la ley. *Tsnova. Trabajo Social y*

Por tanto, además del perfil de reincidente juvenil en el que se analiza cómo se ha dicho anteriormente aquellos perfiles más persistentes, se ha de estudiar y analizar la tipología delictiva. Resulta de relevancia señalar que existe una categoría o subgrupo no muy amplio de menores infractores de mayor intensidad. Estos tienen un perfil más resistente y han cometido delitos de carácter más grave. Junto a lo anterior, es de suma importancia identificar y estudiar aquellos factores que influyen en la conducta delictiva (tanto en positivo como en negativo).

Como la delincuencia es un fenómeno multicausal, lo normal es la agrupación de varios factores de riesgo. Razonando de esta manera, lo mismo pasa en el momento de identificar y estudiar los factores de protección. Por lo que el estudio de tales variables debe ser estudiado desde una perspectiva amplia y sistémica.

2.3.1. Variables asociadas a la conducta delictiva y reincidencia

Bajo este epígrafe se examinarán algunas variables asociadas a la conducta antisocial y delictiva. Gracias a las conclusiones extraídas en parte de las variadas investigaciones criminológicas de carácter longitudinal que se han llevado a cabo sobre el comportamiento criminal de un sujeto en el ámbito internacional. Se enumerarán las variables que influyen en un joven para agravar su conducta o para especializarla, siendo innegable la identificación además de las variables que lo protegen. Las manifestaciones de estas variables son de diversa índole y nunca actúan aisladamente. No solo hacen referencia a la personalidad del menor, sino también a su entorno. Tanto los factores de riesgo como los factores de protección identificados y estudiados se van a equilibrar, compensando estos últimos a los otros. Aunque parece bastante claro, que el factor de riesgo que predispone al desarrollo de una conducta antisocial, delictiva o reincidente será una «variable referida a los individuos, al contexto familiar, social y educativo que formará parte del conjunto de factores que se asocian a la conducta conflictiva en cuestión».⁷⁷⁶

Servicios Sociales, 6, 47-60, p. 59.

⁷⁷⁶ BLASCO ROMERA, C. (2012). *Descripción y análisis de los factores protectores de adolescentes en la*

A pesar de ambientes criminógenos que favorecen la comisión de hechos delictivos, hay menores que está protegidos frente al crimen y no llevan a cabo ningún comportamiento delictivo ni persisten en la carrera criminal. El fenómeno de alcanzar una adaptación exitosa a pesar de circunstancias ambientales amenazadoras recibe el nombre de resiliencia. Se define como «la capacidad de hacer frente y superar los factores negativos y externos (riesgos), manteniendo un comportamiento socialmente aceptable en ambientes de adversidad, y rechazar conductas inadaptadas».⁷⁷⁷

A continuación, se enumeran aquellas variables asociadas- que se han identificado y analizado- a los diferentes ámbitos que rodean el fenómeno de la delincuencia y reincidencia juvenil.⁷⁷⁸ Se podrían agrupar en tres niveles: a) nivel individual del niño o adolescente (de carácter biológico o de carácter psicopatológico de la personalidad), b) nivel social (familiar y el entorno más cercano al joven o adolescente, como la escuela y grupo de iguales) y c) nivel de la comunidad.

2.3.1.1. Variables individuales

En el caso de la persistencia de la conducta en el delito, Dodge y Pettit⁷⁷⁹ propusieron un modelo biopsicosocial basado en datos empíricos. El reconocimiento en este modelo de la presencia de una serie de disposiciones biológicas junto al contexto sociocultural se circunscribe a los primeros estadios de la infancia de un sujeto. Esto supondrá un riesgo para éste, aunque moderado por la familia, el grupo de iguales y las instituciones, quienes pueden incrementar o mediar en este riesgo.

prevención del delito: el perfil del adolescente resistente y las competencias emocionales asociadas. Barcelona: Centro de Estudios Jurídicos y Formación especializada, p. 4.

⁷⁷⁷ *Ibid*, p.5

⁷⁷⁸ Pueden actuar como factores de riesgo (factor criminógeno) o por el contrario factores de protección facilitando un desarrollo prosocial evitando la implicación en el delito.

⁷⁷⁹ *Vid.* DODGE, K.A. & PETTIT, G.S. (2003). A Biopsychological Model of the Development of Chronic Conduct Problems in Adolescence. *Dev Psychol.* 39(2),349-371.

Parece, entonces, que este modelo sirve para explicar de una manera clara y resumida cómo la interacción de diversas variables intrínsecas del joven- junto con la presencia de componentes sociales como la familia y los amigos, al igual que la influencia del contexto sociocultural- puede favorecer, mediar o moderar la conducta delictiva de un joven infractor. Dentro de las variables individuales propias del joven que pueden predisponer o no a una conducta delictiva y a la reincidencia, destacan las de carácter biológico y las de carácter psicopatológico.

a) Variables biológicas

La criminología ha aportado diversas teorías al respecto, siendo Lombroso el pionero. El autor en su libro “*L’Uomo delinquente*” publicado en 1876 proponía una explicación quasi biológica del comportamiento criminal. Las teorías biologicistas del delito siempre han estado presentes a lo largo de la historia, donde mediante evidencias relacionadas con la predisposición a la violencia, se buscaba una explicación desde una perspectiva genética. Existen evidencias empíricas manifiestas que muestran la influencia de la interacción del componente genético junto al componente medioambiental en relación con la conducta de un sujeto.

El elemento biológico supone una predisposición, pero no va a ser un factor determinante. En palabras de Garrido Genovés, «la explicación biológica puede justificar *plenamente* la delincuencia de unos pocos sujetos, pero en la generalidad de los casos su rol parece limitado al de *favorecer o no una mayor probabilidad* de cometer delitos». ⁷⁸⁰ Es decir, la presencia de factores orgánicos puede causar en el niño o joven desarreglos emocionales que supongan un obstáculo en el crecimiento y en la madurez del menor en consonancia con su edad.

Los genes candidatos han sido analizados en diferentes trabajos ya que incrementan el riesgo de involucrarse en una conducta antisocial. Normalmente se analizan las variaciones de dichos genes y si éstas ocurren de manera frecuente en un grupo de individuos que presentan una conducta antisocial, para poder compararlo así con el grupo control. Las investigaciones se

⁷⁸⁰ GARRIDO GENOVÉS, V. (1986). *Psicología de la delincuencia: marco teórico y diferencial*. Valencia: Nau Llibres, p.20.

centran en aquellos genes que están relacionados en la forma de cómo los impulsos nerviosos se transmiten y se reciben en el cerebro. Las principales vías que han sido investigadas son: la vía serotoninérgica (la serotonina como neurotransmisor es el más importante en el ámbito de la criminología), la vía dopaminérgica y la vía noradrenérgica.⁷⁸¹

En relación a la serotonina, hay evidencias científicas que demuestran que la función de la vía serotoninérgica puede verse alterada en poblaciones agresivas. En individuos adultos los niveles de este neurotransmisor están reducidos,⁷⁸² mientras que los resultados obtenidos en jóvenes son menos claros. Las investigaciones actuales revelan resultados heterogéneos y dispares. Hay estudios que muestran una relación negativa entre el comportamiento antisocial/agresivo y la función de la serotonina, otros en cambio, muestran que no hay una relación significativa, mientras que los hay que evidencian una relación positiva.⁷⁸³ A estos se añaden los que mantienen que tanto el delito como la criminalidad o el delincuente son constructos sociales, y por lo tanto no están genéticamente determinados, sino más bien socialmente establecidos.⁷⁸⁴

Dentro de este bloque de las variables biológicas pero más concretamente dentro del campo de la neurofisiología, se aborda el gen MAOA (monoamino oxidasa A).⁷⁸⁵ Una mutación en el mismo se identifica con un comportamiento agresivo impulsivo aunque en el estudio original, fue estudiado en el seno de los miembros varones de una familia.⁷⁸⁶ En la actualidad, diversas investigaciones han usado modelos animales, en particular ratones transgénicos que tienen una

⁷⁸¹ Para saber más, *vid.* MORLEY, K.I. & WAZNE, D.H. (2003). Is there a genetic susceptibility to engage in criminal acts? *Australian Institute of Criminology*, (263), 1-6.

⁷⁸² Sobre el tema, *vid.* MANUCK, S.B., KAPLAN, J.R. & LOTRICH, F.E. (2006). Brain serotonin and aggressive disposition in Humans and Nonhuman Primates. In R.J. NELSON (ed.), *Biology of aggression* (pp. 65–113). New York: Oxford University. También, CARRILLO, M., RICCI, L.A., COPPERSMITH, M.A. & MELLONI, R.H. (2009). The effect of increased serotonergic neurotransmission on aggression: a critical meta-analytical review of preclinical studies. *Psychopharmacology*, 205(3), 349-368.

⁷⁸³ MOUL, C., DOBSON-STONE, C., BRENNAN, J., HAWES, D. & DADDS, M. (2013). An exploration of the serotonin system in antisocial boys with high levels of callous-unemotional traits. *Plos One*, 8(2), 1-10.

⁷⁸⁴ VEGA, F. (2009). Genética, criminalidad y filosofía. *Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica*, (1), 149-160, p. 158.

⁷⁸⁵ Este gen localizado en el cromosoma X está implicado en las tres vías, ya que cataliza la degradación de la serotonina, dopamina y noradrenalina.

⁷⁸⁶ Sobre la investigación original, *vid.* BRUNNER, H.G., NELEN, M., BREAKEFIELD, X.O., ROPERS, H.H. & VAN OOST, B.A. (1993). Abnormal behavior associated with a point mutation in the structural gene for monoamine oxidase a. *Science*. 262(5133), 578-580.

mutación en este gen. De esta manera se profundiza sobre la relación de la MAOA con la parafisiología de la agresión, identificando así objetivos potenciales para el diagnóstico, prevención y tratamiento.⁷⁸⁷

Los estudios con hormonas esteroideas como la testosterona y el cortisol usados como biomarcadores de la agresión y violencia también demuestran una evidencia clara de altos niveles de ambos, en individuos con comportamiento agresivo. Incluso, en reclusos que han cometido crímenes violentos, por lo que se hipotetiza con la idea de la predisposición al comportamiento social agresivo debido al desequilibrio entre los niveles de cortisol y testosterona.⁷⁸⁸

Además, se tomaron en consideración otras evidencias biológicas como las alteraciones a nivel estructural y funcional del cerebro. En el campo de la neuroanatomía mediante técnicas de resonancia se ha visto que la estructura de la amígdala (centro donde residen las emociones más intensas, como el miedo) está alterada, reflejándose una disminución de su volumen. Diversos estudios longitudinales como el de Pardini y otros colaboradores han puesto de relieve que hay una asociación clara entre esa alteración cerebral y altos niveles de agresividad, aumentando así la probabilidad de actos violentos en un futuro.⁷⁸⁹ Además otras zonas cerebrales, como el córtex dorsal derecho anterior cingulado y el córtex ventromedial prefrontal fueron analizadas en una gran muestra de niños y adolescentes. Estas zonas deben considerarse ya que tienen un rol importante en la toma de decisiones, en la empatía y en las emociones.⁷⁹⁰

⁷⁸⁷ Vid. GODAR, S.C., FITE, P.J., MCFARLIN, K.M. & BORTOLATO, M. (2016). The role of monoamine oxidase in aggression: current translational developments and future challenges. *Prog Neuropsychopharmacol Biol Psychiatry*, 1(69),99-100.

⁷⁸⁸ Sobre el tema, vid. MONTOYA, E.R., TERBURG, D., BOS, P.A. & VAN HONK, J. (2012). Testosteron, cortisol and serotonin as key regulators of social aggression. A review and theoretical perspective, *Motiv Emot.*, 36(1), 65-73.

⁷⁸⁹ En varones se observó la relación del bajo volumen de la amígdala y los niveles de agresión y de psicopatía en la infancia y adolescencia. PARDINI, D. A., RAINE, A., ERICKSON, K. & LOEBER, R. (2014). Lower amygdala volume in men is associated with childhood aggression, early psychopathic traits, and future violence. *Biological Psychiatry*,75(1), 73-80.

⁷⁹⁰ Boes y colaboradores observaron una correlación parcial negativa entre el comportamiento agresivo de

b) Variables Psicopatológicas

Moffitt se planteó la teoría de la *Taxonomía del desarrollo de la conducta antisocial*⁷⁹¹ donde se distinguen básicamente dos grupos de jóvenes infractores. Por un lado, aquellos sujetos que muestran un comportamiento antisocial que empieza en la adolescencia y que persiste a lo largo de la vida («*a life-course persistent*»). Por otro lado, el grupo de sujetos cuyos actos antisociales se limitan únicamente a la etapa adolescente para más tarde desaparecer («*adolescence-limited*»). Esta autora, sugiere que la conducta persistente está causada predominantemente por causas neuropsicopatológicas que interaccionan con ambientes criminógenos culminando así en una personalidad patológica del individuo. No obstante, el grupo más frecuente de infractores adolescentes, son aquellos jóvenes que se ven inmersos en conductas delictivas pero solo durante su época adolescente.

La prevalencia de los desórdenes relacionados con el estado de ánimo como por ejemplo, la depresión, el trastorno bipolar o la ansiedad entre los jóvenes infractores también ha sido ampliamente estudiada. Entre otras cosas, para ver si los trastornos relacionados con el estado del ánimo contribuyen o agravan el comportamiento de la conducta de los sujetos que los padecen, ya que se observan altos niveles de prevalencia de estos trastornos en la población de los jóvenes delincuentes.⁷⁹²

Muchos jóvenes agresivos sufren síntomas de depresión o de trastorno bipolar haciendo al joven más vulnerable para que se involucre en un comportamiento delictivo. Muchas veces no se ha diagnosticado ni tratado esta sintomatología, por lo que el reconocimiento y el diagnóstico son complicados en estos jóvenes que lo padecen. Entonces, la identificación y el

menores de 7 a 17 años y el decrecimiento del volumen del córtex dorsal derecho anterior cingulado. BOES, A.D., TRANEL, D., ANDERSON, S.W. & NOPOULOS, P. (2008). Right Anterior Cingulate: a Neuroanatomical Correlate of Aggression and Defiance in Boys. *Behav Neurosci.*, 122(3), 677-684.

⁷⁹¹ Vid. MOFFITT, T.E. Adolescence-limited and life-course-persistent..., op.cit.

⁷⁹² Vid. EILEEN,P., RYAN, D.O. & REDDING, R.E. (2004). A review of mood disorders among juvenile offenders. *Psychiatric Services*, 55(12),1397-1407.

tratamiento de estos desórdenes son críticos.⁷⁹³ Todo ello se complica con el consumo de sustancias de drogas y alcohol, cuyo abuso ha sido estudiado como indicador asociado al riesgo de la delincuencia juvenil y de la reincidencia, sobre todo en población reclusa.⁷⁹⁴ En todo caso, destacan las investigaciones que interrelacionan enfermedades mentales como la esquizofrenia con la aparición de la violencia. Éstas han acumulado numerosas evidencias que demuestran que los individuos que desarrollan esta enfermedad tienen un mayor riesgo de conectar con la violencia en comparación a la población normal.⁷⁹⁵

Por otra parte, también conviene tener presente aquellas evidencias derivadas de investigaciones que determinan que los jóvenes que son víctimas de una negligencia por parte de uno de los progenitores o de los dos, son más proclives a una reincidencia más generalizada. Mientras, los que han sufrido abuso psíquico se relacionan con una reincidencia más violenta. En cualquier caso, tanto la victimización por negligencia como por abuso psíquico pueden considerarse también factores de riesgo dinámicos predictores de la reincidencia.⁷⁹⁶

2.3.1.2. Variables sociales

Las diferentes variables sociales se podrían clasificar acorde a los diferentes estudios realizados desde una perspectiva multidisciplinar. No solo por parte de la criminología, sino también por parte de las Ciencias Sociales afines a ésta. Básicamente, como se señaló al inicio

⁷⁹³ En parte, porque los jóvenes infractores que padecen este tipo de alteraciones psicológicas sufren mayor tasa de suicidio (hasta 4 veces más) en comparación con los no infractores.

⁷⁹⁴ Vid. DOWDEN, C. & BROWN, S.L. (2008). The role of substance abuse factors in predicting recidivism: A Meta-analysis. *Psychology, Crime and Law*, 8(3),243-264.

⁷⁹⁵ De hecho, se distinguen diferentes tipos de esquizofrenia en función de la edad de aparición de la conducta violenta: la conducta se desarrolla en la infancia e inicio de la adolescencia antes de la aparición de la enfermedad, la conducta violenta se produce después de la enfermedad (siendo este el grupo más frecuente) y la conducta de un pequeño grupo con esquizofrenia que tras un periodo de tiempo considerablemente largo desarrollan un comportamiento violento grave. HODGINS, S. (2008). Violent behaviour among people with schizophrenia: a framework of investigations of causes, and effective treatment, and prevention. *The Royal Society*, 363, 2505-2518, pp. 2509 y ss.

⁷⁹⁶ Vid. VAN DER PUT, C.E. & DE RUITTER, C. (2016). Child maltreatment victimization by type in relation to criminal recidivism in juvenile offenders. *BMC Psychiatry*, 16(24), 1-9.

de este epígrafe en: a) variables familiares, b) variables escolares y c) variables del grupo de iguales («peers»). El estudio de estas variables sociales junto con el resto de las variables relativas a la dimensión individual nos aportarán información sobre el perfil de los jóvenes en conflicto con la ley al operar y relacionarse ambas de una manera recíproca.

a) Variables familiares

La familia como bien es sabido es un elemento de gran relevancia durante la primera fase de la juventud de un sujeto, ya que como elemento en el proceso de socialización del joven tiene una función esencial. Tanto la literatura como la normativa se han encargado de reflejar y reconocer el papel de tal institución. A modo de ejemplo, en las Directrices de Riad, en concreto la número 12, se hace mención a la familia como «*unidad central encargada de la integración social primaria del niño, donde los gobiernos y la sociedad deben tratar de preservar la integridad de la familia, incluida la familia extensa*».⁷⁹⁷

La realidad es que la familia representa el primer contexto social que acoge al individuo e interviene en primera instancia en su inmersión social en el contexto sociocultural, donde los padres ejercen su papel socializador, fundamentalmente, por dos vías de actuación: como modelos (atractivos y afectuosos) y mediante las prácticas educativas que llevan a cabo.⁷⁹⁸ El menor actúa conforme a lo que ha aprendido y ha ido interiorizando, por lo que la influencia educativa socio-familiar, tiene un alto índice de repercusión en las conductas de los menores imputados por delitos.⁷⁹⁹

Algunos autores como Howell, dividen las variables familiares en dos grupos. Un primer grupo que corresponde a las variables estructurales, y otro que conforman las variables del

⁷⁹⁷ Art.12 de las Directrices de Riad: «*Dado que la familia es la unidad central encargada de la integración social primaria del niño, los gobiernos y la sociedad deben tratar de preservar la integridad de la familia, incluida la familia extensa. La sociedad tiene la obligación de ayudar a la familia a cuidar y proteger al niño y asegurar su bienestar físico y mental. Deberán prestarse servicios apropiados, inclusive de guarderías*».

⁷⁹⁸ YUBERO JIMÉNEZ, S., BODOQUE, A.R., y LARRAÑAGA RUBIO, E. (2006). Aspectos psicosociales del proceso de socialización: La familia como escenario de desarrollo. *Bits: Boletín informativo trabajo social*, p. 9.

⁷⁹⁹ NIETO MORALES, C. Perfil de los menores en conflicto con la ley..., op.cit., p. 48.

proceso social.⁸⁰⁰ Él explica que la «*nonintact family*» corresponde a la familia no biológica, la cual es una variable estructural, mientras que los problemas de gestión familiar son típicamente caracterizados por las variables del proceso social. En la misma línea, el autor añade que a menudo las variables estructurales son mediadas por las variables del proceso social. En cualquier caso, los diferentes factores familiares más importantes que representan un riesgo para una conducta antisocial influyendo en un posterior comportamiento delictivo y en futuras recaídas en el delito, son:

- Pobre compromiso y escasas habilidades parentales.
- Escasa o inconsistente disciplina.
- Falta o baja supervisión parental.
- Maltrato y actitudes antisociales por parte de los padres a los hijos. Violencia intrafamiliar.
- Hogares rotos («*broken home*»).
- Separación de los progenitores.
- Problemas de drogas y alcohol de los padres.
- Pobre situación socioeconómica de los progenitores.

La determinación y evaluación de tales conclusiones se ha elaborado y desarrollado a lo largo de numerosos estudios cuantitativos longitudinales que han analizado la delincuencia como un fenómeno multifactorial. Observando y midiendo para ello los diferentes datos relacionados con la aparición de la conducta delictiva en la infancia y en las primeras etapas de la

⁸⁰⁰ HOWELL, J.C. (2009). *Preventing and reducing juvenile delinquency: a comprehensive framework*. California: SAGE, p.78.

adolescencia. Diversas investigaciones nacionales⁸⁰¹ e internacionales han concluido que en relación a la probabilidad de desarrollar un comportamiento delictivo, se distinguen principalmente los correlatos familiares anteriormente enumerados.⁸⁰²

b) Variables escolares

Las diversas teorías que explican la relación entre la delincuencia juvenil y el rendimiento académico son la teoría de la asociación diferencial, la teoría del fracaso escolar, la teoría del control social, la teoría de la contención y la teoría de la susceptibilidad.⁸⁰³ A la vista de lo expuesto, los investigadores han reportado una fuerte relación inversa entre la delincuencia y la inteligencia. Han reconocido asimismo que los delincuentes juveniles tienen una inteligencia significativa (medida por el coeficiente de inteligencia), y unas deficiencias académicas en relación con los no delincuentes. En especial, las tasas de reincidencia en jóvenes delincuentes están altamente correlacionadas con bajos niveles del rendimiento académico. Se encontraron evidencias consistentes en estudios longitudinales que mostraban los déficits académicos, como en lectura o escritura, de los delincuentes reincidentes en contraposición a los no reincidentes.⁸⁰⁴

Entre los correlatos en el ámbito educativo y el rendimiento académico asociados a la conducta antisocial y a la reincidencia descritos en los distintos estudios nacionales e internacionales, se encuentran:

⁸⁰¹ ANTOLÍN-SUÁREZ, L., OLIVA DELGADO, A., y ARRANZ FREIJO, E. (2009). Variables familiares asociadas a la conducta antisocial infantil: el papel desempeñado por el tipo de estructura familiar. *Apuntes de Psicología*, 27(2), 1-14, pp. 7 y ss.

⁸⁰² Para un resumen de distintas investigaciones internacionales en relación a la detección de los factores de riesgo relacionados con la familia. Véase el informe de 2008, Family-based risk and protective factors and their effects on juvenile delinquency: what do we know? *National Crime Prevention Centre*, 1,1-6.

⁸⁰³ Vid. KATSIYANNIS, A., RYAN, J.B., ZHANG, D. & SPANN, A. (2008). Juvenile delinquency and recidivism: the impact of academic achievement. *Reading & Writing Quarterly*, 24(2), 177-196, p. 178.

⁸⁰⁴ Vid. MALMGREN, K. & LEONE, P. (2000). Effects of an auxiliary program on the reading skills of juvenile delinquents. *Education and Treatment of Children*, 28, 239-247.

- Bajo y pobre rendimiento académico. Déficit en lectura, escritura y diversas áreas como matemáticas (sobre todo en escuela elemental).
- Actitud negativa hacia la escuela por parte del estudiante. Etiquetado negativo por parte de los profesores hacia el estudiante.
- Bajo compromiso del alumno con la escuela.
- Absentismo escolar («*truancy*»). No finalización de los estudios.
- Múltiples transiciones escolares.
- Sobrepoblación escolar. Clima inadecuado (mala organización y funcionamiento).

Es importante, sin embargo en la manera como las escuelas reaccionan y responden a aquellos estudiantes que muestran una conducta delictiva. Lawrence por ejemplo, encontró evidencias interesantes al mostrar estudiantes que tenían un desempeño pobre y malo en la escuela, quienes sufrían a menudo castigos más estrictos, en comparación con aquellos estudiantes que fueron pasando año tras año de curso académico.⁸⁰⁵ Él concluyó, que la respuesta punitiva ofrecida por la escuela en respuesta al fracaso escolar de los estudiantes, no iba eficazmente dirigida a las deficiencias académicas de los mismos. Por lo que se pone de manifiesto, que la respuesta dada por parte de las instituciones educativas pasa por medidas menos punitivas y más por un acercamiento basado en la enseñanza y en la intervención académica.

c) Variables del grupo de iguales («*Peer Group*»)

La relación de las conductas de riesgo que manifiesta el joven debido a la influencia del grupo de iguales adquiere una dimensión importante. Un fuerte predictor de la delincuencia es por

⁸⁰⁵ Vid. LAWRENCE, R. (1985). School performance, containment therapy, and delinquent behavior. *Youth and Society*, 17, 69-95.

tanto, la asociación y pertenencia a una pandilla, la cual ha podido estar implicada en conductas agresivas y de carácter antisocial.

Thornberry y otros investigadores a través del proyecto *Rochester Youth Development Study* examinaron a miles de estudiantes del Estado de Nueva York desde los 13 a los 22 años.⁸⁰⁶ Entre otras variables, observaron y estudiando la pertenencia de los jóvenes a una pandilla. Usaron datos longitudinales con el fin de identificar y analizar el impacto de la pertenencia a la misma, junto a la influencia ejercida por ésta a lo largo de la vida del joven. Para ello, en este estudio, se compararon jóvenes delincuentes miembros de pandillas y otros que no lo eran, analizando los patrones de su comportamiento, los motivos que les llevaban a la comisión de un hecho delictivo, las relaciones entre grupos de iguales y sus carreras. Así, se descubrieron evidencias que indicaban múltiples déficits de desarrollo que conducían a un joven a la pertenencia a una pandilla, llevando por consiguiente, esa pertenencia a un aumento de la delincuencia.

Parece claro, que la influencia del grupo de iguales es manifiesta y así lo ha expuesto la literatura en numerosas ocasiones, donde el grupo de iguales sirve de apoyo al joven en el proceso de búsqueda de su identidad y en el proceso de transición hacia la fase de la adultez. La pertenencia en este grupo de iguales, proporciona una mayor seguridad y estima en sí mismo y también en sus relaciones con la familia y con su entorno. Por otro lado, el ser un miembro más de ese grupo puede suponer un riesgo en el proceso hacia una conducta antisocial y agresiva donde se ha detectado⁸⁰⁷:

- Inhibición por el grupo de la responsabilidad individual de cada uno.
- Dependencia excesiva del contexto grupal.

⁸⁰⁶ Vid. THORBERRY, T.P., KROHN, M.D., LIZOTTE, A.J., SMITH, C.A. & TOBIN, K. (2003). *Gangs and delinquency in development perspective*. New York: Cambridge University Press.

⁸⁰⁷ HERRERO YUSTE, M.N. (2003). Adolescencia, grupo de iguales, consumo de drogas, y otras conductas problemáticas. *Estudios de juventud*, 62, 81-91, pp. 85 y ss.

- Inhibición de toma libre y personal de decisiones.
- Consumo grupal en exceso de drogas y alcohol (a veces forma parte del proceso socializador).
- Ruptura brusca con la familia y el mundo adulto.

Pero también, se ha observado que los sujetos que delinquen pueden que busquen amigos que hayan cometido también otros actos delictivos, o por el contrario se convierten en jóvenes infractores simplemente cuando entran en contacto con otros menores del grupo de iguales que ya son infractores.⁸⁰⁸

2.3.1.3. Variables comunitarias

Ha habido un interés creciente en los últimos tiempos por estudiar y analizar la influencia del vecindario en el desarrollo del joven y como esa influencia comunitaria puede correlacionarse con la delincuencia.⁸⁰⁹ Particularmente en EEUU, donde existen un gran número de investigaciones proclives en este sentido. Se hace distinción entre la estructura del vecindario («*neighborhood structure*») que hace referencia a la tasa demográfica o a la composición de la comunidad, y los procesos sociales del barrio («*neighborhood social processes*») referidos a la organización social de la comunidad.⁸¹⁰

Debe tenerse en cuenta sin embargo que tanto en las investigaciones en relación con la estructura del barrio, como en los procesos sociales se han encontrado evidencias que atesoran la idea de la influencia de éste sobre el adolescente. Las evidencias más significativas son:

⁸⁰⁸ MOREIRA TRILLO, V., SÁNCHEZ CASALES, A., y MIRÓN REDONDO, L. (2010). El grupo de amigos en la adolescencia: relación entre afecto, conflicto y conducta desviada. *Boletín de Psicología*, (100),7-21, pp. 12 y ss.

⁸⁰⁹ LEVENTHAL, T. & BROOKS-GUNN, J. (2004). Diversity in developmental trajectories across adolescence: Neighborhood influences. In R.M. LERNER & L. STEINBERG (eds.), *Handbook of adolescent psychology.2. Hoboken* (pp. 451-486). New Jersey: John Wiley & Sons, pp. 460 y ss.

⁸¹⁰ CHUNG, H.L. & STEINBERG, L. (2006). Relations between neighborhood factors, parenting behaviors, peer deviance, and delinquency among serious juvenile offenders. *Dev Psychol.* 42(2),319-331.

- Conexiones sociales débiles dentro de la zona del barrio.
- Desorganización e inestabilidad social que dificulta el mantenimiento de los valores comunes de los residentes.
- Bajos niveles de control social informal (es decir, el modo como los residentes ayudan entre sí a regular el comportamiento social de los jóvenes del barrio).
- Bajos niveles de eficacia colectiva.
- Escaso apego comunitario.
- Preocupación sobre la seguridad y sentimiento de inseguridad en el vecindario.
- Elevada tasa de desempleo y densidad poblacional.
- Alto uso de armas y consumo de drogas.

No puede olvidarse tampoco, el componente socioeconómico y la situación de altos índices de pobreza presentes en un vecindario, lo cual supone una desventaja. La pobreza y la marginación no son necesariamente sinónimos de delincuencia, aunque signifique un mayor riesgo para la comunidad y una mayor probabilidad de comisión de actos delictivos juveniles. Al igual, que el rápido crecimiento de las urbes, donde mediante estudios cuantitativos se han explorado las causas de la delincuencia juvenil y la urbanización. Pero eso sí, en relación a otras variables sociales, como las variables familiares obteniéndose evidencias significativas. Sobre todo, el crecimiento poblacional en las áreas urbanas en comparación con las áreas fuera de las urbes (más rurales).⁸¹¹

Por otro lado, es importante señalar que la atribución a las causas de la criminalidad juvenil, además de deberse a la influencia de factores biológicos, familiares o sociales, también se debe a la contribución del ajuste (del entorno o del espacio) que rodea al individuo. Para ello, se analiza la relación de la delincuencia juvenil y el espacio, la cual ha sido ampliamente

⁸¹¹ Para ampliar información al respecto. Ver documento elaborado por VANDERSCHUEREN, F., OLAVE, R.M., RUIZ, J.C., MOSCIATTI, E., y DÍAZ, G. (2010). *Guía para la prevención con jóvenes hacia políticas de cohesión social y seguridad ciudadana*. Nairobi: Programa de las Naciones Unidas para los asentamientos humanos (ONU-HABITAT) en copublicación con la Universidad Alberto Hurtado de Chile.

documentada. En parte, por el reciente interés de la criminología ambiental en conocer como los elementos y las características de un espacio concreto pueden influir en el comportamiento delictivo de un sujeto. Felson y Clarke ya lo señalaron en su investigación, donde utilizaban los diferentes principios de la teoría de la oportunidad para explicar cuanto de fácil o tentadora resulta una oportunidad situacional para atraer a un sujeto a cometer un injusto penal.⁸¹²

Por último, señalar que los elementos predictores de la reincidencia juvenil se identifican mayoritariamente con las variables que también caracterizan a la delincuencia juvenil (individuales, sociales: familia, escuela y grupos de iguales), a excepción de la comunidad. Esta variable es algo más compleja,⁸¹³ entre otras cosas, porque las mediciones sobre las condiciones en y de una comunidad no están incluidas en los instrumentos de medida usados para identificar factores criminógenos. Al igual que, por las limitaciones de los recursos de la propia comunidad.

3. La investigación sobre la reincidencia: estudio de la cuestión

En este epígrafe, tal y como se deduce de su título, se llevará a cabo un recorrido desde las diferentes investigaciones realizadas en el ámbito criminológico, pero centrándonos en las mantenidas en España y Alemania. Mostrando para ello sus avances y descubrimientos, así como la evolución en el conocimiento de este fenómeno. En el marco de un paradigma social con presencia de diversas fuentes, de las que podemos identificar, extraer y si es posible comparar, los diferentes datos en relación a la reincidencia juvenil. La medición de las cifras de reincidencia delictiva en los jóvenes indicará de una manera sistémica y global la eficacia del paso del menor de edad por el sistema de justicia penal juvenil.

El punto de partida de los estudios criminológicos muestra que la investigación sobre el menor infractor reincidente, es útil para el diseño de políticas criminales encaminadas al control y a

⁸¹² Vid. FELSON, M. & CLARKE, R.V. (1998). *Opportunity Makes the Thief. Practical theory for crime prevention*. Police Research Series, 98. Londres: Home Office.

⁸¹³ TAXMAN, F.S. & PATTAVINA, A. (eds.) (2013). *Simulation strategies to reduce recidivism: Risk Need Responsivity (RNR) Modeling for the Criminal Justice System*. New York: Springer, p.80.

la prevención del delito. Los primeros estudios empíricos sobre la reincidencia datan de los años 70. Se reducían a la estimación de la peligrosidad de un sujeto, basados en la búsqueda de factores que pudieran llevar a la repetición de conductas violentas. La de West y Farrington fue una de las más importantes en esa década. Estos investigadores llevaron a cabo un estudio prospectivo y longitudinal a lo largo de 24 años utilizando una muestra de 411 menores de edad, con la finalidad de predecir y explicar en cierto modo el comportamiento delictivo juvenil.⁸¹⁴

Con el paso de los años, prosperan los estudios en este campo llegando a convertirse el fenómeno de la reincidencia en el marco del debate sobre seguridad ciudadana, en un asunto que ocupaba el centro de la Política Criminal de un país. De hecho, uno de los indicadores para saber si las políticas de seguridad y los sistemas de justicia penal de un Estado funcionan, es la reincidencia delictiva. El estudio de ésta es relevante, ya que es necesario identificar al grupo de infractores reincidentes persistentes de alto riesgo para focalizar los esfuerzos de reinserción⁸¹⁵.

Como se tendrá ocasión de argumentar y exponer posteriormente, el recorrido por las numerosas investigaciones propias relacionadas con la reincidencia juvenil, se podrían agrupar en función de la línea de estudio de esta realidad criminal, y sin ánimo exhaustivo en:

1. Estudios en relación al cumplimiento y ejecución de las medidas impuestas. Este tipo de estudios se concentra en considerar aquellas variables en relación al cumplimiento de las medidas juveniles que influyen en la interpretación de las cifras de la reincidencia. Por ejemplo, las que nos reportan en relación al tipo de delito cometido por el menor o a la medida sancionadora impuesta por el órgano

⁸¹⁴ SÁEZ DÍAZ, Y., MONTIEL JUAN, I., y CARBONELL VAYÁ, E.J. (2015). De la peligrosidad a la valoración de la reincidencia: métodos e instrumentos de evaluación. En E. ORTS BERENGUER (dir.), A. ALONSO RIMO, y M. ROIG TORRES (coords.), *Derecho penal de la peligrosidad y prevención de la reincidencia* (pp. 105-150). Valencia: Tirant lo Blanch, p. 107.

⁸¹⁵ VILLAGRA PINCHEIRA, C., ESPINOZA MAVILA, O., y MARTINEZ MERCADO, F. (eds.) (2014). *La medición de la reincidencia y sus implicancias en la Política Criminal*. Santiago de Chile: Centro de Estudios en Seguridad Ciudadana., p.112.

jurisdiccional. Dentro de este tipo de investigaciones podríamos reunir estos trabajos en:

1.1 Estudios sobre la efectividad de las sanciones. Es decir, si son resolutivas y eficaces las medidas adoptadas en el ámbito de la delincuencia juvenil para reducir la reincidencia. Gracias a estos estudios se intenta probar que la gravedad o severidad de las sanciones impuestas a un menor o la intervención restrictiva no va ser más eficaz en la respuesta ante la recaída en el delito. Ya que como se ha demostrado hasta la fecha, a una mayor sanción no hay una menor reincidencia.

1.2 Estudios sobre los costes en la aplicación de unas medidas sancionadoras respecto a otras. Es decir, qué tipo de costes sociales y económicos se identifican a largo plazo en la reincidencia, en función de si se aplica una medida más restrictiva en medio cerrado en contraposición a medidas educativas en medio abierto, donde por ejemplo participe la comunidad. La reincidencia además de generar un debate en torno a la reinserción y reintegración de un menor y a la seguridad ciudadana, también causa efectos importantes en la economía.

1.3 Estudios que analizan la reincidencia antes y después de las reformas acontecidas en relación a la justicia de menores. La respuesta de la normativa ante el menor reincidente teniendo en cuenta unas variables legales, en contraposición a las variables individuales, sociales y comunitarias (variables extralegales). Estas variables extralegales no tienen relación directa con la respuesta dada frente a una norma establecida. Se evalúa y se mide el impacto de la aplicación de las diversas reformas legales y de las medidas derivadas de tales reformas en el entorno de justicia juvenil, en función de la situación delictiva o las medidas alternativas al proceso judicial.

2. Estudios descriptivos sobre las carreras criminales.⁸¹⁶ Estas investigaciones son estudios longitudinales que utilizan diversas fuentes que aportan datos sobre la reincidencia. Desde un punto de vista cuantitativo, pero también desde un punto de vista cualitativo (autoinformes), se pueden conocer los diversos factores (individuales y sociales) que caracterizan al reincidente juvenil. Esto es, como las variables individuales y sociales influyen en la carrera criminal de un joven donde un pequeño grupo de menores cometerán delitos constantes. En los últimos tiempos, se incide en los estudios que investigan los aspectos cognitivos interpersonales en la descripción del carácter del delincuente juvenil.⁸¹⁷

3. Estudios de la cifra negra de la reincidencia. Con la ayuda de entrevistas de autoinculpación o autoinformes en jóvenes tanto en España como en Alemania para conocer así mejor la estructura de la delincuencia juvenil. Los primeros estudios de auto informe en España datan de 1995 y en Alemania de 1999, siendo pionero nuestro país en estudiar aquellos delitos no registrados por las instancias de control social formal. Para establecer una cifra aproximada de los delitos que no se denuncian o no se registran en las estadísticas oficiales, en parte para conocer el índice de tasa en la conciencia de la ciudadanía y el hecho de que se pueda dar una respuesta segura. Aunque bien es cierto, que este tipo de reincidencia es la más alejada de la realidad.

3.1. Estudios de datos documentales: El meta-análisis

Puede decirse, que desde la criminología se llevan a cabo investigaciones en el ámbito de la reincidencia con la ayuda de diversos métodos y técnicas, entre las que se encuentra la observación documental.⁸¹⁸ Mediante la observación de datos documentales procedentes de

⁸¹⁶ Siguiendo la clasificación planteada por BOERS, K. en el epígrafe 2.3 sobre *La reincidencia en el ámbito criminológico*.

⁸¹⁷ NICOLÁS GUARDIOLA, J.N. (2013). Responsabilidad penal de los menores. En J.J. NICOLÁS GUARDIOLA (dir.), y C.A. GINER ALEGRÍA (coord.), *Teorías Criminológicas. Criminología, derecho penal y derechos humanos* (pp. 171-202). Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, p.179.

⁸¹⁸ ROLDÁN BARBERO, H. *Introducción a la investigación criminológica...* op. cit., p. 74.

diversas fuentes, el criminólogo puede extraer, estudiar y profundizar sobre las particularidades de este fenómeno.

La técnica del meta-análisis se utiliza como un recurso sistémico de revisión de la literatura más relevante. En todo caso, según Ibañez Peinado, «se emplea generalmente para el análisis de las tendencias generales entre numerosos estudios cuya finalidad, objetivo y diseño son semejantes para conseguir el más amplio conocimiento acerca de un fenómeno determinado».⁸¹⁹

Es una técnica de carácter secundario frente a las de carácter primario como son los estudios empíricos. Por lo tanto, mediante el meta-análisis se lleva a cabo una valoración de las observaciones e investigaciones realizadas por otros estudios sobre un tema concreto. Ha sido utilizada por ejemplo, para analizar tendencias sobre tratamiento e intervención con infractores, observando para ello los efectos globales de la reincidencia y la efectividad de la rehabilitación, cuestionando de esta manera si es posible reducir la reincidencia futura mediante un tratamiento concreto.⁸²⁰ Una particularidad clave en estos análisis es «el tamaño del efecto promedio (TEP), que permite descubrir constantes entre cambios en el tratamiento y grupos de comparación».⁸²¹

Las fuentes documentales usadas para el meta-análisis en la criminología pueden ser entre otras: leyes, bibliografía de documentos escritos o electrónicos, sentencias o expedientes judiciales y trabajos que aún no han sido publicados.

⁸¹⁹ IBAÑEZ PEINADO, J. (2013). *Métodos, técnicas e instrumentos de la investigación criminológica*. Madrid: Dykinson, p.70.

⁸²⁰ Vid. ALBA ROBLES, J.L., AROCA MONTOLÍO, C. y LÓPEZ LATORRE, M.J. (2016). El modelo criminológico de evaluación e intervención para menores en conflicto con la ley. *Archivos de Criminología, Seguridad Privada y Criminalística*, 16, 26-55. En este artículo se hace un recorrido internacional por los diversos meta-análisis en relación a la eficacia de tratamiento con delincuentes adultos pero también con delincuentes jóvenes.

⁸²¹ MCGUIRE, J. (2005). El renacimiento de la rehabilitación en programas de medio abierto. En J. CID MOLINÉ, y E. LARRAURI PIJOAN (coords.), *La delincuencia violenta. ¿Prevenir, castigar o rehabilitar?* (pp. 98-145). Málaga: Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología, p. 123.

A nivel nacional, se realizó un estudio meta-analítico de la reincidencia en menores infractores bajo la premisa de la evaluación de una misma legislación que configurara el actual sistema de justicia juvenil en España.⁸²² Es cierto, que como recogen los autores de este meta estudio, hubo dos investigaciones preliminares anteriores al estudio referido, en relación a la reincidencia juvenil considerando un conjunto de diferentes leyes.⁸²³ En este meta-análisis concreto se realizó una búsqueda bibliográfica (investigaciones publicadas e informes), teniéndose en cuenta para el análisis de datos dos tipos de variables moduladoras- las cuales están descritas en los trabajos realizados-, y que son las variables del estudio y las variables relacionadas con los menores. Así, de todos los trabajos efectuados y registrados hasta la fecha, llevan a cabo una revisión sistémica y concluyen que uno de cada tres o uno de cada cuatro menores que pasa por el sistema de justicia juvenil en España vuelve a reincidir. De entre las variables personales, afirman que sobresalen las del grupo de iguales, familiares y antecedentes penales, como los aspectos relacionados con la violencia. Lo cual quiere decir, que existe una armonía en la norma, si se hace la comparación con otras investigaciones hechas con anterioridad a la actual ley penal del menor. Esto es debido, a que tienen en cuenta todas las medidas y las características de cada estudio. Distinguen entre los jóvenes que cumplen una medida en régimen cerrado reinciden más que los de medio abierto. En cualquier caso como ellos mismos recogen, este meta-análisis debe tomarse como una aproximación al fenómeno de la reincidencia en España.

Uno de los primeros meta-análisis en el país germano con delincuentes juveniles pero también con delincuentes adultos fue el de Lösel.⁸²⁴ Además de éste, existen diversos meta-análisis del mismo autor que han analizado la efectividad del tratamiento sobre los delincuentes («*Meta-Analysen zur Evaluation von Straftäterbehandlung*»). Aunque es verdad que no hay ninguno

⁸²² Vid. ORTEGA CAMPOS, E., GARCÍA GARCÍA, J., y FRÍAS ARMENTA, M. (2014). Meta-análisis de la reincidencia criminal en menores: estudio de la investigación en España. *Revista Mexicana de Psicología*, 31(2), 111-123.

⁸²³ Vid. GARCÍA GARCÍA, J., ORTEGA CAMPOS, E., y LA FUENTE SÁNCHEZ, L. (2010). Juvenile offenders recidivism in Spain. A quantitative revision. In M. FRÍAS ARMENTA & V. CORRAL VERDUGO (eds.). *Bio-psycho-social perspectives on interpersonal violence*. Nueva York: Nova Science Publishers.

⁸²⁴ Para saber más sobre dicho meta-análisis, LÖSEL, F. (1995). The efficacy of correctional treatment: A review and synthesis of meta-evaluations. In J. MCGUIRE (ed.), *What works: Reducing reoffending* (pp.79-111). UK: John Wiley.

actual, ya que en los últimos tiempos no se ha producido una gran actividad al respecto. Con respecto a la reincidencia, existe un estudio de Lipsey y Landenberger de 2006 que mostraba una reducción del 27% entre los jóvenes que participaban en una terapia cognitiva-conductual⁸²⁵ frente a los que no. A pesar de la escasez de actuales meta-análisis en Alemania, sí que se presentan otros enmarcados en el ámbito criminológico y que están enfocados a examinar la reincidencia sexual o violenta, aunque nosotros nos referiremos aquí a la reincidencia general.

Como se ha indicado, lo importante es promover el mejor tipo de tratamiento e intervención con el menor infractor, gracias en parte al análisis de los estudios empíricos realizados hasta la fecha sobre reincidencia juvenil. Pero sobre todo, las revisiones de estos estudios mediante un meta-análisis ofrecen respuestas apropiadas favoreciendo la rehabilitación del menor y la reducción de la reincidencia, gracias a la adecuación de esos programas de intervención.

3.2. Estudios propios de reincidencia en España

En nuestro país, han proliferado los trabajos sobre reincidencia a raíz de la implementación de la nueva ley y sus sucesivas reformas. Como ya se ha descrito, estos trabajos han tomado como referencia tanto variables legales como extralegales (individuales, sociales, entorno). Varias de estas investigaciones, se han realizado o se están realizando en la mayoría de las CC.AA. como Andalucía, Asturias, País Vasco o Cataluña, por solo nombrar algunas de ellas.

El estudio de Andalucía⁸²⁶ versa sobre un trabajo de campo realizado en tres Juzgados de Menores donde se analizaron los expedientes judiciales de una muestra de jóvenes. En este estudio, se parte de la acepción de reincidencia al considerarla en función de la causa base. Esto quiere decir, a partir de la sentencia firme por la que fue condenado el menor por un

⁸²⁵ MELZER, W., HERMANN, D., SANDFUCHS, U., SCHÄFER, M, SCHUBART, W. & DASCHNER, P. (2015). *Handbuch Agression, Gewalt und Kriminalität bei Kindern und Jugendliche*, Regensburg:Julius Klinghardt, p.577.

⁸²⁶ GARCÍA-ESPAÑA, E., GARCÍA PÉREZ, O., BENÍTEZ JIMÉNEZ, M.J. y PÉREZ JIMÉNEZ, F. Menores reincidentes y no reincidentes..., op.cit.

delito concreto. A partir de esa causa o delito base, se analizaron hasta un máximo de tres causas posteriores (hasta que alcanza la mayoría de edad penal). De la misma manera, se tuvieron en consideración las causas anteriores (antecedentes). Además, para la recolección y análisis de datos, se consideraron variables extralegales (personales, sociales, entorno). Al hilo de lo expuesto, los datos oficiales aquí utilizados son los de la reincidencia judicial.

En Asturias,⁸²⁷ se diseña una investigación para estudiar las trayectorias de menores infractores inmediatamente después de la entrada en vigor de la LO 5/2000. Para ello, se llevó a cabo un periodo de seguimiento de varios años en función de la apertura del primer expediente judicial del menor. Se examinan dichos expedientes teniendo además en consideración variables asociadas a la reincidencia. Estas variables fueron agrupadas en variables de caso, del proceso y del resultado. Es interesante el estudio de Asturias porque se examinaron también a los multirreincidentes. Éstos eran considerados como aquellos menores a los que se les impuso como primera medida la libertad vigilada, en cambio, en los reincidentes prevalecía la medida de prestación del servicio en beneficio de la comunidad.

En Cataluña⁸²⁸ desde 2004 se empiezan a realizar diferentes trabajos de investigación sobre reincidencia juvenil. La muestra de estudio eran jóvenes que habían cumplido diversas medidas juveniles. Se observaban a estos jóvenes a lo largo de varios años, considerando incluso las medidas extrajudiciales. La tasa de reincidencia variaba en función del tipo de medida que era impuesta al menor, siendo mayor en aquellos jóvenes que cumplían una medida de internamiento. Esto se explicaba en base a las mayores necesidades criminógenas y déficits de estos menores respecto al resto. En general, se observaba una evidente correlación entre el perfil infractor que presentaban los jóvenes, las medidas aplicadas y la tasa de

⁸²⁷ Vid. BRAVO, A., SIERRA, M.J., y DEL VALLE, J.F. (2009). Evaluación de resultados de la ley de responsabilidad penal de menores. Reincidencia y factores asociados, *Psicothema*, 21(4), 615-621.

⁸²⁸ Vid. CAPDEVILA I CAPDEVILA, M., FERRER PUIG, M., y LUQUE REINA, E. (2005). *La reincidencia en el delito en la justicia de menores*. Colección Justicia y Sociedad. Barcelona: Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada. CAPDEVILA I CAPDEVILA, M., y FERRER PUIG, M. (2010). *Tasas de reincidencia 2009 de justicia juvenil Actualización de la tasa de reincidencia de los jóvenes sometidos a medidas de libertad vigilada e internamiento en centro*. Barcelona: Centro de estudios jurídicos y formación especializada.

reincidencia. Entre las conclusiones que se extraen de los estudios llevados a cabo por Capdevila y su equipo,⁸²⁹ es el alto porcentaje de la tasa de reincidencia siendo ésta mayor cuanto más grave es la medida. De cualquier manera, Cataluña está a la cabeza en la investigación sobre criminalidad y reincidencia juvenil si se compara con el resto de Comunidades Autónomas.

La tasa de reincidencia ha sido medida también en Extremadura,⁸³⁰ como fenómeno dinámico y complejo que es. En concreto, observando la tasa de reincidencia en relación a las medidas privativas de libertad. Más de la mitad de los menores analizados que cumplieron una medida privativa de libertad tuvieron una tasa de reincidencia alta. Aunque, ésta también fue elevada en aquellos que reincidieron de adultos. En este trabajo se sigue el cuestionario de recogida de datos elaborado por el grupo de Capdevila. Se incidía asimismo sobre las variables legales de la causa base y de la reincidencia, dejando más al margen aquellas de carácter psicosocial.

En el caso del País Vasco,⁸³¹ destaca un estudio realizado sobre menores para ver los efectos de la mediación penal juvenil en la reincidencia. Durante un año se examina una muestra de jóvenes entre 14 y 18 años, aunque esta muestra es pequeña, en parte por cuestiones de implementación de la mediación en el País Vasco. Se tuvieron en consideración datos de cuatro juzgados donde fueron realizadas dichas mediaciones. Al igual que de algunas particularidades relacionadas con el contenido de tales mediaciones. Se examina la reincidencia en el delito teniendo en cuenta medidas posteriores pero no mediaciones, al no tener constancia de ello. De los datos se infiere que los jóvenes que acceden a programas de mediación reinciden menos al tener los perfiles más normalizados.

Considerando todo lo anterior, se observan una serie de limitaciones y similitudes que detallaremos a continuación. En primer lugar, la desigualdad metodológica manifiesta

⁸²⁹ El equipo pertenece al Centro de Estudios Jurídicos y Formación especializada del Departamento de Justicia de la Generalitat de Cataluña.

⁸³⁰ Vid. NÚÑEZ IZQUIERDO, F. (2012). Tasa de reincidencia de la delincuencia juvenil en Extremadura. Medidas privativas de libertad. *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, (2), 37-67.

⁸³¹ OCÁRIZ PASSEVANT, E. (2013). Evaluación de la mediación penal en Justicia Juvenil e impacto en la reincidencia. *International E-Journal of Criminal Sciences*, 3(7), 1-33.

utilizada para las distintas investigaciones criminológicas. Los estudios sobre menores reincidentes se han llevado a cabo particularmente a nivel de las CC.AA., lo que puede explicar la dificultad de consenso metodológico. En algunos estudios, las muestras son pequeñas, por lo que la recogida de datos es escasa y no muy sistematizada. Otra de las dificultades de estos estudios es el periodo de seguimiento que se lleva a cabo sobre los menores de edad, porque al alargar el tiempo de seguimiento aumenta la reincidencia. No hay un intervalo de tiempo común extrapolable a los estudios criminológicos que se realizan al respecto. En relación al cálculo de la tasa de reincidencia, se fijan distintas tasas según la CC.AA. Difícilmente, se puede extraer una reflexión adecuada en relación a esta tasa, porque según la Comunidad Autónoma que lo refleje, se tendrán en cuenta unas u otras características, dependiendo finalmente del estudio que se realice.

En cuanto a las similitudes, lo que es coincidente en la mayoría es el análisis de la tasa de reincidencia mediante el uso de los expedientes obtenidos de los Juzgados de Menores. La fuente de información procede mayoritariamente de los expedientes con vistas a estudiar la reincidencia empírica. Del mismo modo, los estudios criminológicos dirigidos a conocer la tasa de reincidencia de los menores, serán relevantes ya que ésta supone un buen indicador de la eficacia de la intervención y tratamiento con menores. Así, se podrá medir la posible recaída de éste en una u otra tipología delictiva. También hay un común denominador en la prevalencia de las investigaciones criminológicas que estudian la carrera criminal de los jóvenes. Es decir, la mayoría de los estudios del ámbito criminológico están focalizados hacia el estudio de las carreras juveniles. En cualquier caso, revelador es el interés en predecir el riesgo de reincidencia, por lo que han proliferado en los últimos tiempos investigaciones en esta dirección. Gracias al uso de instrumentos para detectar y medir la misma, a pesar de que algunos resultados no sean hasta la fecha muy satisfactorios.

3.3. Estudios propios de reincidencia en Alemania

Existen publicaciones de «*Bundeskriminalamt*» y diversas investigaciones empíricas que muestran el desarrollo de la criminalidad juvenil tanto en Alemania occidental como en Alemania oriental, a pesar de las diferentes interpretaciones.⁸³² Concretamente, trabajos dirigidos a resolver las particularidades alrededor de la reincidencia-a pesar de que como se ha expresado anteriormente es difícil captar y describir este fenómeno- también se han realizado. Sin ánimo de llevar a cabo un examen exhaustivo de la materia, sí que se van a distinguir las investigaciones nacionales más relevantes en el ámbito criminológico.

Un estudio muy conciso es el de Harrendorf, que se centra en la reincidencia y en las carreras criminales de los delincuentes juveniles violentos en Alemania.⁸³³ Se usaron datos del Registro Central alemán (*BZR*) que incluyen como se ha explicado anteriormente, datos administrativos de medidas educativas. Se realizó un seguimiento durante cuatro años sobre una muestra de menores. A pesar de que el delito violento no se puede evaluar de manera uniforme, se examinaron los delitos violentos y los no violentos cometidos por los jóvenes con antecedentes o sin ellos. Lo que se mostraba en el estudio era una tasa alta de reincidencia cuando se aplicaba la medida de arresto regulada en la *JGG*. Este estudio circunscrito a la población juvenil reincidente mostró por otro lado, que la reincidencia violenta es mayor que la no violenta en los supuestos de desjudicialización. A pesar de ello, siempre van a ser en general más favorables las medidas que no implican un internamiento del menor en un centro.

⁸³² BOERS, K. (2013). Criminalidad juvenil-desarrollo etario y conexiones explicativas. Resultados del estudio longitudinal de Duisburg. Criminalidad en la ciudad moderna, *Revista de derecho penal y criminología*, 3ª Época (9), 305-328, señala que «los datos policiales y judiciales registraron un leve descenso entre los jóvenes en la zona oeste del país». HORST, E & SPENGLER, H. (1998). Socio-economic and demographic factors of crime in Germany: evidence from panel data of the German states, *ZWB*, (98-16), p.5, matizan que «en términos generales la tasas de delincuencia en Alemania del oeste se ha reforzado en los últimos 30 años, pero la tasa de delincuencia es mayor en el este del país». En el mismo sentido, DÜNKEL, F. (2006). Juvenile Justice in Germany: Between Welfare and Justice. In J-T, JOSINE & S. H., DECKER (eds.). *International Handbook in Juvenile Justice* (pp. 225-262). Países Bajos: Springer, expone un «incremento en los 5 Estados Federales que forman el este del país, pero también afirma que los ratios de delincuencia juvenil en ambas partes de Alemania se han normalizado y que en los últimos años han crecido en paralelo».

⁸³³ Vid. HARRENDORF, S.(2007). *Rückfälligkeit und kriminelle Karrieren von Gewalttätern. Ergebnisse einer bundesweiten Rückfalluntersuchung*. Göttingen: Universität Göttingen.

En general, la reincidencia de los infractores violentos es más bien baja si cuanto mayor es para los no violentos. En cuanto a tipologías delictivas, los delitos de homicidio tenían una tasa más baja (1,1%), mientras que los delitos de naturaleza sexual eran significativamente más altos que el promedio de homicidios (4%), pero era menos pronunciada esta reincidencia que el conjunto de delincuentes violentos. La mayor tasa de reincidencia fue para los robos, aunque a veces estaban asociados a delitos contra la propiedad sin violencia (7,6%). El mayor grupo correspondía a los delitos de lesiones corporales (14,7%), siendo más alta la reincidencia en los delincuentes que cometían lesiones extremadamente graves.

En todos los grupos de delitos violentos se tomaba la reincidencia en función del número de registros previos. A medida que aumentaba el número de estos registros aumentaba la reincidencia de manera significativa. Particularmente, para los delitos contra la propiedad sin violencia jugaba un papel importante el número de registros previos del menor. Para la reincidencia específica, finalmente, existía una relación con el número de registros existentes también. Por último, en cuanto a la edad de inicio de una carrera criminal, entre los 14 y 15 años es el comienzo para aquellos que cometían robos. Sin embargo, el inicio para los que cometen crímenes de homicidio era más adelante. Al analizar la reincidencia en relación a la edad de inicio de una carrera criminal, se observó que aumentaba la tasa de recaída en el delito al disminuir la edad del infractor. Si bien es cierto, que hay que seguir investigando si en esa conexión hay algún otro efecto que actúe sobre la edad de inicio en la carrera criminal.

La investigación en Alemania sobre reincidencia en relación con la medida *TOA* «*Täter-Opfer-Ausgleich*» (mediación penal) ha generado resultados controvertidos. Por una parte, por los problemas derivados de las medidas generales sancionadoras, entre las que se incluye *TOA* y por otro lado, por la consideración del periodo de tiempo para poder evaluar la posible recaída en el delito del menor y asegurar así los resultados.⁸³⁴ El estudio de la reincidencia en menores

⁸³⁴ Vid. KEMPFER, K., y RÖSSNER, D. (2008). *Erfolg-Reich TOA-erreichbare Erfolge. Ausgleichende Gerechtigkeit und der Wind des Wandels*. Hannover: Servicebüro für Täter-OpferAusgleich und Konfliktschlichtung.

que han participado en *TOA* se ha llevado a cabo a nivel de «*Bundesland*». Busse⁸³⁵ analizó la eficiencia de la mediación en la justicia de menores. Para ello, comparó el grupo de estudio (mediación) con el grupo control (otras medidas formales) en la ciudad de Lüneburg (*Bundesland* Niedersachsen). Examinó la reincidencia de los menores de ambos grupos durante un periodo de tres años (1992-1994), observándose que un 44% de menores que habían realizado mediación no reincidían. Mientras, el 19% habían recibido una sanción formal distinta a *TOA*. El promedio del número de recaídas era de 1,04 frente a 2,1 del grupo control.

Otra investigación destacada es la de Dölling y colaboradores,⁸³⁶ que compararon el grupo de estudio que había recibido mediación penal extrajudicial respecto al grupo control de jóvenes. Un 37,6% del grupo de estudio no reincidían, en comparación con el 35% de los del grupo control que tampoco lo hacían (sin registrarse en el *BZR*). A pesar de la escasa cantidad de casos analizados, si concluyen que hay un buen nexo establecido entre la mediación y la no reincidencia de los menores.

Por último, otro de los estudios destacados a nivel de la República Federal Alemana es el de Jehle y colaboradores,⁸³⁷ el cual cuenta con la colaboración del Ministerio de Justicia. Se trataba de una investigación muy completa y detallada que abarcaba tres periodos concretos de tiempo (2004, 2007 y 2010). Se examinó durante un periodo de referencia el posible riesgo de recaída en el delito al haberse cumplido la medida sancionadora. Se toman como referencia los datos del Registro Central y del Registro de las medidas educativas. Este proyecto de investigación nacional detectaba la información estadística de reincidencia para todas las sanciones registradas oficialmente en el país. A lo largo de este trabajo se mostraba desde un punto de vista de la Política criminal, las diferentes tasas de recaída para las diferentes

⁸³⁵ BUSSE, J. (2001). *Rückfalluntersuchung zum TOA*. Marburg: Universidad de Marburg (tesis aún sin publicar).

⁸³⁶ Vid. DÖLLING, D., HARTMANN, A., y TRAUlsen, M. (2002). Legalbewährung nach *TOA* im Jugendstrafrecht. *MSchrKrim*, 185-193.

⁸³⁷ Vid. JEHLÉ, J.-M., ALBRECHT, H.-J., HOHMANN-FRICKE, S., y TETAL, C. (2016). *Legalbewährung nach strafrechtlichen Sanktionen Eine bundesweite Rückfalluntersuchung 2010 bis 2013 und 2004 bis 2013*. Mönchengladbach: Forum Verlag Godesberg GmbH.

medidas aplicadas. A grandes rasgos, se podría resaltar que los resultados obtenidos planteaban que las tasas de reincidencia son menores en aquellos jóvenes que cumplieron una medida educativa respecto a aquellos con medidas más restrictivas. El pronóstico asimismo era más favorable para los jóvenes que cometieron delitos menos graves. Otro hallazgo significativo fue que la recaída grave en el delito era poco frecuente. Además, la tasa de reincidencia en menores dependía del número y de la gravedad de las condenas anteriores. En cuanto a las diferentes tipos de sanciones, éstas tenían diferencias significativas en las tasas de recaída.

Para concluir y con las formulaciones extraídas de los diferentes estudios criminológicos presentados se considera brevemente, que el concepto de reincidencia en los estudios alemanes se circunscribe a la consideración de una nueva inscripción o registro del menor en el *BZR*. Hay que tener en cuenta las reglas de liquidación o cancelación y las instrucciones de extinción de los datos del Registro Central y del Registro para las medidas educativas.⁸³⁸ En el estudio a nivel nacional de Jehle y colaboradores, estas disposiciones no afectan a las personas que reinciden. Por lo que en relación al período de observación de más de tres años para conseguir una sobreestimación de las tasas de reincidencia, los menores tendrán entre 18 y 21 años de edad (tomando un año concreto como referencia). Se acorta así, el intervalo de tiempo de cuatro a tres años, ya que esto se observó en la primera de las investigaciones que se hicieron (2004). Por último, sobre los estudios realizados para analizar la eficacia de *TOA* en la reducción de la reincidencia en menores, las muestras analizadas arrojan datos interesantes aunque estas muestras han sido bastante pequeñas.

4. La estadística como indicadora de las cifras de la reincidencia

Una de las principales contribuciones en la aproximación a la delincuencia juvenil, y más concretamente a la reincidencia, es la elaboración y publicación de datos estadísticos que

⁸³⁸ Cabe recordar que por regla general son al menos 5 años para cancelar los antecedentes del *BZR*. Por el contrario, la cancelación del Registro para las medidas educativas (*«Erziehungsregister»*) se produce al cumplir el menor 24 años, si hasta ese momento no hubiera producido un nuevo registro en el *BZR*.

reflejen de una manera oficial y registrada, la cifra de delitos cometidos por menores de edad. Efectivamente, no podemos ocultar que un análisis meramente superficial de la reincidencia es insuficiente, ya que se precisa de un instrumento de evaluación y también de seguimiento para aquellos menores que tengan una mayor propensión a cometer nuevamente un hecho delictivo. La prioridad para este análisis debe dirigirse a la recolección de muestras por parte de las instituciones oficiales a partir de datos digitalizados, entonces es cuando se puede hacer una estimación y comparar qué se ha hecho al respecto en ambos países frente a un mismo fenómeno.

Aunque no se disponen de estadísticas globales obviamente, sí que es verdad que en 2013 se presentó un informe⁸³⁹ para mejorar la calidad y disponibilidad de las estadísticas de la delincuencia y de justicia penal. Más tarde, en 2015 la Comisión Estadística aprobó la Clasificación Internacional de Delitos con Fines Estadísticos⁸⁴⁰ (del inglés, *ICCS*) como norma internacional para clasificación de datos.⁸⁴¹ Esta propuesta para mejorar las estadísticas pivota sobre 3 puntos claves: el desarrollo metodológico, el desarrollo de capacidades y la recolección y análisis de datos. La idea es recopilar datos tanto procedentes de registros administrativos, como procedentes de encuestas para armonizar los datos de distintas instituciones nacionales de justicia penal (policía, justicia y prisiones). En cualquier caso, lo que merece la pena mencionar aquí es la posibilidad de plantear una ocasión para hacer la comparación entre países creando un marco estadístico internacional, buscando un consenso para estandarizar conceptos. La Clasificación Internacional establece una norma metodológica y estadística, asimismo un marco de definición común para mejorar la calidad y la comparabilidad de datos.

En cuanto a la obtención de datos estadísticos oficiales, las cifras de la reincidencia en menores de edad deben ser interpretadas desde la recopilación que hacen sobre esta materia

⁸³⁹ E/CN.3/2013/11.

⁸⁴⁰ E/2015/24 y E/CN.3/2015/40.

⁸⁴¹ Clasificación Internacional de Delitos con Fines Estadísticos. Versión 1.0 en español Marzo 2015. Recuperado (31.01.2017) de: https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/statistics/crime/ICCS/ICCS_SPANISH_2016_web.pdf.

diversas fuentes. Por cifras reales de reincidencia, se entiende al conjunto de repeticiones de hechos delictivos cometidos por un sujeto durante un periodo de tiempo y que se arguyó en palabras de Capdevilla como «el porcentaje de sujetos de la población estudiada que muy probablemente retome la actividad delictiva y que constituiría un segundo o más reingreso en prisión, correspondiéndose a la tasa de reincidencia penitenciaria».⁸⁴²

Siguiendo a la literatura criminológica, se suele usar la tasa de reincidencia penitenciaria por ser la de más baja estimación de la reincidencia real, junto con la reincidencia judicial. Aunque también, se evidencia la reincidencia policial a través de sus estadísticas para conocer mejor la realidad social de la misma. Existe una distinción entre reincidencia jurídica y reincidencia empírica. La diferenciación entre la reincidencia empírica y la reincidencia jurídica ya se situó en el centro de las interpretaciones del debate doctrinal.⁸⁴³ La reincidencia jurídica (también llamada normativa o legal) se correspondería a la atribución dada por parte de la doctrina a la figura jurídico-legal y la reincidencia empírica se atribuye a la dada por la doctrina criminológico-política. Además, según el organismo o institución encargado de registrar la reincidencia se establecerán unos indicadores de la misma.

La reincidencia legal o jurídica está asociada a la norma y refiere a la decisión por parte de un Tribunal mediante una sentencia relativa a delitos semejantes en los antecedentes de un sujeto. Esta reincidencia, en palabras de Redondo Illescas, «mira al pasado»⁸⁴⁴ y tiene en cuenta los actos previos de un sujeto, en este caso menor de edad. Por el contrario, la reincidencia empírica hace referencia a los hechos futuros, ya que hace un seguimiento durante un periodo de tiempo concreto a un sujeto,⁸⁴⁵ para saber si delinque o no, ya que éste habría cometido un delito previo y cumplido por ello una condena.

⁸⁴² CAPDEVILLA I CAPDEVILA, M. *Tasa de reincidencia penitenciaria 2014...*, op.cit., p. 78.

⁸⁴³ Vid. REDONDO ILLESCAS, S., FUNES ARTIAGA, J., y LUQUE REINA, E. *Justicia penal y reincidencia...*, op.cit.

⁸⁴⁴ REDONDO ILLESCAS, S., FUNES, J., y LUQUE REINA, E. (1992). Creencias sociales sobre la reincidencia en el delito. Estudio sobre una muestra de alumnos y profesionales de criminología, *Anuario de Psicología jurídica*, 2, 87-108, p. 93.

⁸⁴⁵ Pero también a un país, a un grupo de prisioneros o a un programa de reinserción, por ejemplo.

Se enfrentan por tanto dos perspectivas de una misma realidad criminal, la jurídica y la empírica. Y aquí, es donde hay que delimitar el factor edad en ambas concepciones de la reincidencia. Por un lado, el criterio de la edad al considerar la reincidencia jurídica respecto a la reincidencia empírica es menor. Es decir, en el análisis de las cifras de la reincidencia jurídica, la edad es menor en la muestra registrada de menores reincidentes. Como se tienen en cuenta los actos previos del menor de edad, se fija por tanto la edad en la que éste cometió el hecho delictivo por el que responde penalmente, y se consideran entonces los actos cometidos previamente. Así, se abarcan edades más bajas hasta llegar al límite mínimo de edad en la que es posible exigir la responsabilidad penal a un menor (los 14 años). Estos sujetos tienen por tanto antecedentes penales aunque se les vuelve a condenar de nuevo, entonces eran reincidentes cuando ya se les condenó. El sistema de justicia juvenil detectará los casos correspondientes a menores hasta los 17 años, ya que la medición de la mayoría de edad correspondería al sistema de justicia penal de los adultos.

Ante la reincidencia empírica, no importan los antecedentes ya que se les hace un seguimiento en el tiempo con proyección de futuro propia de estudios longitudinales. Normalmente de un año a varios años, eso varía, pero aquí lo que merece la pena destacar es el hecho de que los actos repetitivos son en el futuro. Por eso, los antecedentes penales no cuentan tanto como en la reincidencia jurídica, ya que lo interesante es saber cómo han reincidido en un plazo de tiempo determinado.

A pesar de la distinción expuesta en el párrafo anterior, se parte de la base de la dificultad de abordar desde una perspectiva comparada el análisis cuantitativo de las distintas estadísticas oficiales de la reincidencia juvenil en ambos países. Al menos se muestra una estimación de la incidencia cuantitativa de la reincidencia lo más ajustada posible, ya que según la fuente oficial de la que provenga se encontraran discrepancias en cuanto a: a) la definición del concepto, b) el nivel metodológico o c) las carencias de otro tipo.

En tal comparación, junto a los países de estudio se abarcará el análisis de la reincidencia en dos ciudades, Valencia y Berlín. Un estudio de ambas ciudades por ser dos urbes relevantes para quien suscribe este trabajo por haber vivido en las dos. Con el análisis de las cifras oficiales de la reincidencia juvenil en ambas, se inicia un acercamiento a las implicaciones y manifestaciones de este fenómeno.

4.1. Las estadísticas policiales

4.1.1. La estadística policial en el ámbito internacional

Ante todo debe ponerse de relieve, que ya la División Estadística del Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de las Naciones Unidas manifestaba en relación a los registros llevados a cabo por la policía, que la recolección de datos estadísticos tiene sus limitaciones y reservas. Esto supone un sesgo de la muestra poblacional estudiada por dos motivos: porque las probabilidades de detención y de formulación de cargos son más graves para unos delitos que para otros, y porque también lo son para algunas personas respecto a otras, como es el caso de los menores de edad frente a los adultos.⁸⁴⁶

Se dice que las estadísticas policiales ocupan la punta del iceberg del reflejo de la *criminalidad real*, sin mostrar la evolución y las tendencias de la delincuencia real sino de las relacionada con los esfuerzos y prioridades policiales.⁸⁴⁷ Sin embargo, la importancia de estas estadísticas radica en la complementariedad de las otras estadísticas (judicial y penitenciaria), mostrándose así todas las etapas del sistema de justicia penal.

Desde un punto de vista empírico, resulta complicada la comparación internacional mediante las estadísticas policiales, en parte porque «se precisan de números absolutos que permitan crear combinaciones de delitos, y solo después calcular las correspondientes tasas».⁸⁴⁸ Esto se explica, porque siguiendo a Aebi y Linde, las estadísticas europeas publicadas por Eurostat (Oficina Estadística de la Unión Europea),⁸⁴⁹ precisan para su publicación de una información

⁸⁴⁶ NACIONES UNIDAS (2004). *Manual para la elaboración de un sistema de estadísticas sobre justicia penal*. Nueva York: Naciones Unidas, p.16. En la misma línea, expone que esos registros policiales son usados para los fines operacionales de los cuerpos policiales con el fin de profundizar sobre un supuesto criminal concreto, por lo que cada policía tendrá su manera de identificar y contabilizar los delitos, particularmente los de una tipología delictiva más concreta.

⁸⁴⁷ HERRERO HERRERO, C. (2011). *Fenomenología criminal y criminología comparada*. Madrid: Dykinson, p.30.

⁸⁴⁸ Vid. AEBI, M.F., y LINDE, A. (2010). El misterioso caso de la desaparición de las estadísticas policiales españolas. *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, 12, 1-30

⁸⁴⁹ La última actualización del registro de criminalidad policial de Eurostat data de 2016. Es cierto, que los

que contenga datos detallados que permita calcular totales correspondientes a una definición común de cada delito propuesto, por lo que en base a esta metodología, cada país debería adaptar sus categorías nacionales a dicha definición.

Las estadísticas policiales proporcionadas por la estadística elaborada por la Oficina de la UE⁸⁵⁰ incluyen el número de delitos registrados por las autoridades policiales, pero además el número de sospechosos y delincuentes que han entrado en contacto formalmente con la policía. De esta manera, se contabilizan los delitos que son denunciados (víctima o testigo) o que son detectados por la policía (por «*motu proprio*»), por lo que dicha notificación o detección queda registrada oficialmente si el hecho es considerado como un delito (ya que puede ocurrir que un hecho es reportado pero no constituye un crimen).⁸⁵¹ Es importante destacar el tipo de metodología para el registro policial que lleva a cabo este organismo. Uno de los aspectos de los que nos vamos a ocupar y que es clave para el desarrollo de este trabajo, es saber cómo se registran los supuestos correspondientes a la repetición de actos delictivos llevados a cabo por una misma persona, siendo menor de edad. Para responder a todos estos planteamientos, más los que vayan surgiendo a medida que profundicemos en la materia, es cierto que cuando se lleva a cabo el recuento de los delitos cometidos más de una vez por un mismo sujeto, se han de seguir unas reglas («*counting rules*») que van a variar según el país. No existe una regla consolidada para el recuento de infracciones a nivel europeo. Se pueden dar dos variantes en el momento de presentar los datos estadísticos del recuento por parte de un país: 1. Cálculo de las infracciones («*offence counting rules*») o 2. Cálculo de las personas («*person counting rules*»).

valores son presentados como absolutos y deben ser aportados por cada país a título individual y calcular su tasas por 100.000 habitantes (tasas también calculadas según edad y sexo).

⁸⁵⁰ Que además incluyen no solo los Estados miembros de la UE sino también otros países como los países de la Asociación Europea de libre comercio (Islandia, Liechtenstein, Noruega, Suiza), los países candidatos a formar parte de la UE (Montenegro, la Antigua República Yugoslava de Macedonia, Albania, Turquía, Serbia) y los potenciales países candidatos a la UE (Bosnia Herzegovina y Kosovo).

⁸⁵¹ Siguen la Clasificación Internacional del Delito para Fines Estadísticos planteada por las Naciones Unidas. Hay que tener en cuenta, que en algunos países algunos hechos insignificantes son puestos en conocimiento de la policía pero luego no se incluyen en los datos estadísticos oficiales policiales.

El cálculo de las infracciones a efectos de registros policiales, sobre la repetición de un mismo tipo delictivo («*serial/continuous offences of the same type*») sigue la misma regla del cálculo de la infracción. Esto quiere decir, que la repetición de una misma infracción por un mismo sujeto, se puede registrar como un delito, como dos, como más o se registra de otra forma. Aunque, es una constante que en la mayoría de los países de Europa se registra como dos o más delitos. Es por ello, que la persona sospechosa de haber cometido una infracción se registra a efectos de considerarse reincidente (se entiende porque ha estado implicado en otro acto delictivo, obrando así la policía) para las consideraciones policiales oportunas. Para llevar a cabo esta aproximación se utiliza la infracción/delito como unidad de cálculo. Hay que constatar que obviamente para los propósitos estadísticos, los países que contabilizan cada delito por separado (la repetición de delitos es calculado como uno diferente) y no como una única infracción, tendrán una mayor cifra estadística. De esta manera, se ponen de relieve las diferencias a nivel de recogida y registro de datos entre los países europeos.

Por otro lado, al considerar a la persona como unidad de cálculo esto va a suponer también una diferencia según países. Habrá algunos que registren policialmente a un sujeto sospechoso que ha cometido varios delitos del mismo tipo como uno solo y por lo tanto, se interpreta la reincidencia del sujeto, pero otros lo harán como sujetos diferentes. Conviene tener presente ese registro de un sujeto sospechoso con varios delitos del mismo tipo pero que es diferenciado en dos o más personas por la policía, para más tarde a nivel de registro judicial o penitenciario (etapa más avanzada del sistema de justicia penal), la misma persona con los mismos delitos es registrada como una única persona. Del mismo modo, que los países que consideraron el registro policial de ese mismo sospechoso como única persona por la comisión de varios crímenes, pero más adelante un órgano jurisdiccional lo diferencia en dos o más personas. Junto a lo anterior, hay que añadir que si un mismo sospechoso comete varios delitos simultáneos algunas jurisdicciones de países calculan esto como una única infracción, pero si son cometidos en diferentes ocasiones o a lo largo de un periodo de tiempo concreto, entonces se cuentan como dos o más infracciones. A efectos de propósitos estadísticos, ocurre lo mismo que en los casos donde se aplica la regla del cálculo del delito como unidad.

Trazando un paréntesis en la descripción del tratamiento del registro policial del delito pero también del registro judicial y penitenciario, sería interesante conocer también la opinión de expertos criminólogos que recogen estadísticas policiales, pero también judiciales y

penitenciarias en un libro llamado «*European Sourcebook of Crime and Criminal Justice Statistics*». ⁸⁵² Además, esta metodología inspiró la recopilación de datos iniciada por la Oficina Eurostat en el año 2000. En la recogida de los delitos conocidos por los cuerpos policiales, es determinante el momento en el que se registra en las estadísticas el hecho delictivo, una vez que es detectado («*initial report, input*») o una vez que se investiga («*initial investigation, output*»).

La conclusión que se obtiene se refleja en la dificultad en la comparación estadística entre países por la disparidad en la elaboración de la metodología, la diferente normativa existente, la recolección de la información estadística, los indicadores de la criminalidad, las definiciones legales, la organización de la policía y de sus órganos judiciales, etc. A pesar de ello, veremos qué modelo sigue España y Alemania en el momento de registrar los delitos y si cabe el registro de la reincidencia en menores de edad a efectos de estadísticas policiales.

4.1.2. La estadística policial en España

Para conocer la realidad criminal a través de las estadísticas policiales de nuestro país, el Ministerio del Interior publica su Anuario Estadístico, ⁸⁵³ cuyo último informe data de 2015. Concretamente, en su Capítulo 3 bajo la rúbrica de *Seguridad ciudadana* se recopilan los datos derivados de la explotación del Sistema Estadístico de Criminalidad (SEC) ⁸⁵⁴ que

⁸⁵² La 5ª edición publicada en 2014, correspondiente a los años 2007-2011 está disponible en inglés. AEBI, M.F., AKDENIZ, G., BARCLAY, G., CAMPISTOL, C., CANEPPELE, S., GRUSZCZYŃSKA, B... & ÞÓRISDÓTTIR, R. *European Sourcebook of Crime...*, op.cit. Recuperado (02.02.2017) de: http://www.heuni.fi/material/attachments/heuni/reports/qrMwoCVTF/HEUNI_report_80_European_Sourcebook.pdf.

⁸⁵³ Anuario Estadístico del Ministerio del Interior (2015). Recuperado (02.02.2017) de: <http://www.interior.gob.es/documents/642317/1204854/Anuario-Estadistico-2015.pdf/03be89e1-dd38-47a2-9ce8-ccdd74659741>.

⁸⁵⁴ Es una estadística basada en el uso de registros administrativos cuya fuente de datos y unidades de observación son las actuaciones policiales que se documentan en torno a las actividades realizadas por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y las policías de las Comunidades Autónomas que ostentan esa competencia. En el mes de marzo de 2012 se integran plenamente en el SEC los siguientes cuerpos policiales: Guardia Civil, Cuerpo Nacional de Policía, Policía Foral de Navarra y Ertzaintza. Reseñar que este último cuerpo no facilita datos de una serie de variables estadísticas en contraposición al resto de cuerpos policiales que sí lo suministran. Los datos se recogen en las bases de datos policiales, como consecuencia de la actividad diaria que

recoge las actuaciones policiales a partir de la instrucción de atestados llevado a cabo por los diferentes cuerpos policiales de nuestro territorio.

Los datos estadísticos van a proceder de las diligencias policiales efectuadas por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (Policía Nacional y Guardia Civil), junto con las policías dependientes de las Comunidades Autónomas (*Mossos d'Esquadra* en Cataluña, *Ertzaintza* en el País Vasco y la Policía Foral de la Comunidad de Navarra), y las policiales locales adscritas al SEC (proceso que viene ocurriendo desde 2013 con la aportación progresiva de esos datos). Además del Anuario Estadístico, también se elabora semestralmente el Balance de Criminalidad (MIR)⁸⁵⁵ a partir del SEC, donde se publican los datos estadísticos de las infracciones penales de diferentes cuerpos policiales, incluyendo algunos indicadores estadísticos de criminalidad que utiliza Eurostat. Anteriormente, en el Balance MIR de criminalidad solo se incluían los datos aportados por la Policía Nacional y la Guardia Civil.

Bien es cierto, que como consecuencia de las diversas reformas legislativas tanto del CP a través de la LO 1/2015, de 30 de marzo como de la Ley de Protección de Seguridad Ciudadana a través de la LO 4/2015, de 30 de marzo, se transforman las faltas en delitos leves e infracciones administrativas. Pero ante la dificultad de comparar el año 2015 con los años anteriores, se unifica bajo la misma rúbrica *infracción penal*, los delitos y las faltas justificándose en aras de una mejor visión de conjunto de la evolución de la criminalidad. Tienen más peso los delitos respecto las faltas por lo que sería justo que se establecieran los indicadores para cada uno por separado hasta que se aplicara la modificación introducida en esa LO pero no conjuntamente, a pesar de que aquí se refleja de una manera grupal. La unidad

vienen documentando. El SEC está en proceso de actualización debido a los constantes cambios legislativos, sociales y nuevas formas delictivas, y al proceso de adecuación de los datos estadísticos recopilados de nuestro país a los nuevos indicadores de la criminalidad de Eurostat para hacerlos coincidir con los de Naciones Unidas, armonizando y estableciendo así una mejor comparación a nivel europeo y a nivel internacional. Recuperado (03.02.2017) de: <http://www.interior.gob.es/documents/642317/1205221/Seguridad.+Delitos+y+faltas..pdf/4a8413be-c3e6-4d69-8427-0eb6f76b10f9>.

⁸⁵⁵ El último Balance de Criminalidad (MIR) corresponde al tercer trimestre de 2016, aunque son datos que están pendientes aún de consolidarse. Recuperado (03.02.2016) de: http://www.interior.gob.es/documents/10180/5791067/informe+balance+2016_ENE_SEPT.pdf/64eefd3c-8a1b-4490-adbc-0e612d91a7ae.

estadística de medida son las detenciones e investigados por infracción penal (delitos graves, menos graves y leves) realizados por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Interesa asimismo resaltar que se usa el término *imputado* en vez de *investigado* a pesar de la reforma introducida por la LO 1/2015, sin embargo se indica que la adaptación al nuevo vocablo se producirá en la siguiente edición del Anuario.

De modo que ha habido un gran avance en relación a las estadísticas pasadas ya que ahora se representan conjuntamente los datos registrados y aportados por las diferentes Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.⁸⁵⁶ También se han producido cambios significativos entre los que destacan, la inclusión de nuevos indicadores aumentando así la visión global sobre la criminalidad, la consideración de los registros de las infracciones penales recogidas no solo por la Policía Nacional y Guardia Civil sino por las policías autonómicas y locales, o el perfeccionamiento de la calidad de la metodología al seguir pautas marcadas por Eurostat en la línea de las estipuladas por Naciones Unidas.

En el actual Anuario Estadístico del Ministerio del Interior, bajo el punto 3.1.3 se recogen las *Detenciones e imputaciones de menores de edad por infracción penal y sexo* (de 14 a 17 años). Se muestra el motivo de la detención del menor acorde a las principales tipologías delictivas clasificadas en el Código Penal junto a los indicadores estadísticos utilizados por la Oficina Estadística Europea (en total 12 indicadores estadísticos de criminalidad, donde 5 indicadores son los usados por Eurostat).

Los datos se representan mediante gráficos y tablas correspondientes a los delitos de mayor trascendencia cometidos por menores de edad, tanto detenidos como imputados, distribuidos además por CC.AA. y provincias. El porcentaje de investigados y detenidos menores de edad

⁸⁵⁶ Para saber más sobre como han evolucionado las estadísticas policiales y la fiabilidad de las mismas en relación a tiempos pasados. Vid. SERRANO GÓMEZ, A. (2011). Dudosa fiabilidad de las estadísticas policiales sobre criminalidad en España. *UNED, Revista de derecho penal y Criminología*, 3ª Época (6), 425-454. Por otro lado, sobre la dificultad y el secretismo que denunciaron hace unos años algunos académicos e investigadores del ámbito criminológico por la complejidad de acceso a las estadísticas sobre criminalidad. VV.AA. (23 de marzo de 2013). Investigadores y académicos denuncian el secretismo de Interior sobre criminalidad [Periódico El Imparcial]. Recuperado (03.02.2017) de: <http://www.elimparcial.es/noticia/59836/nacional/investigadores-y-academicos-denuncian-el-secretismo-de-interior-sobre-criminalidad.html>.

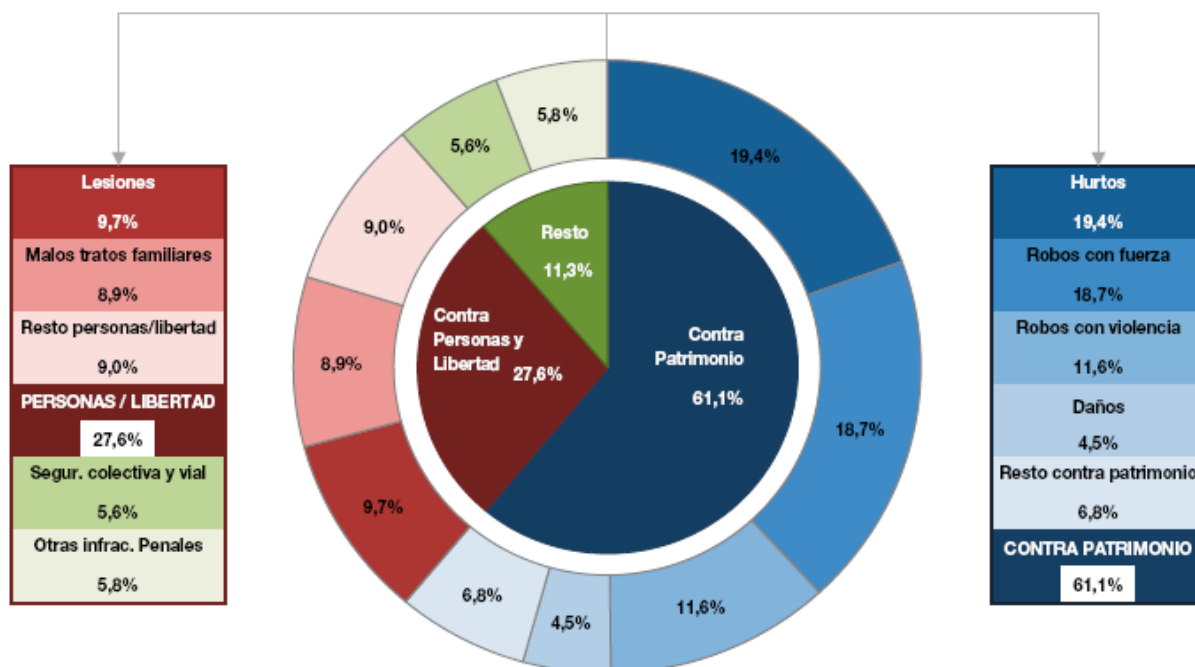
corresponde al cociente entre el total de detenciones e investigados por infracciones penales (delito grave, menos grave y leve) multiplicado por 1.000 y dividido por el total de infracciones penales conocidas sobre la población general actual facilitada por el Instituto Nacional de Estadística (INE).

A partir de estas consideraciones, se procede a analizar la estadística nacional, autónoma y local conforme al Anuario oficial, teniendo en cuenta como se indica en el documento que «los datos que se editan pertenecen a todos los cuerpos policiales, excepto los de los *Mossos d'Esquadra*. A esta circunstancia se añade otra, y es que la *Ertzaintza* no disgrega los datos correspondientes a las detenciones por homicidios dolosos y asesinatos consumados».⁸⁵⁷

La tipología delictiva más frecuente por la que el menor es detenido e imputado en el intervalo de edad de 14 a 17 años en 2015 correspondía a los delitos contra el patrimonio, al suponer un 61,1% (11.079 infracciones penales entre delitos graves, menos graves y leves), lo que refleja una diferencia importante respecto al resto de delitos cometidos por menores (Gráfico 1). Las otras tipologías delictivas se agrupaban en delitos contra las personas (27,6%) y resto de delitos (11,3%), siendo ambos numéricamente menos frecuentes entre la población de menores de edad (5.004 para delitos contra resto personas/libertad y 1.043 para otras infracciones penales) (Gráfico 2).

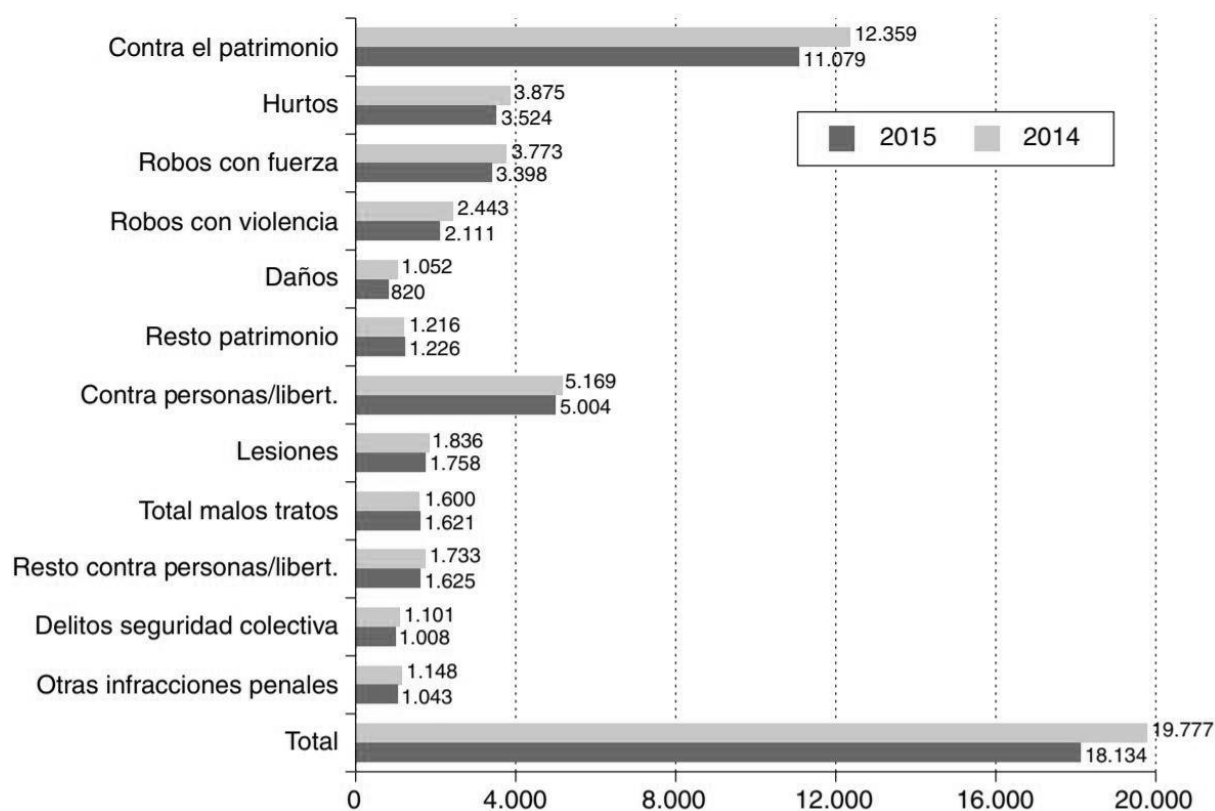
Gráfico 1. Porcentaje de detenciones e imputaciones de menores por principales tipologías delictivas (2015)

⁸⁵⁷ Anuario Estadístico del Ministerio del Interior 2015, p.286.



Fuente: Reproducción literal del Gráfico 11 contenido en el Anuario Estadístico del Ministerio del Interior 2015 (p.286)

Gráfico 2. Detenciones e imputaciones de menores por principales tipologías penales (2015)



Fuente: Reproducción literal del Gráfico 12 contenido en el Anuario Estadístico del Ministerio del Interior 2015 (p.287).

En la categoría de delitos contra el patrimonio se incluyen los hurtos, robos con fuerza, robos con violencia, daños y resto de delitos contra el patrimonio, aunque son los hurtos y los robos con fuerza los más frecuentes. Se confirma así lo que numerosos estudios e investigaciones empíricas sobre criminalidad juvenil venían aportando hasta la fecha.

Sin entrar ahora en valoraciones jurídicas, sobre todo por la reforma operada por la LO 1/2015, en la que se modifican los delitos leves contra el patrimonio, al menos es destacable, a pesar de no hacerse una distinción, la incidencia de este tipo de delitos entre los menores de 14 a 17 años. No se ofrecen cifras separadas en los dos intervalos de edad como recoge la jurisdicción penal de menores, lo que podría ser por otro lado interesante.

Según los datos policiales, si la población a fecha 1 de enero de 2016⁸⁵⁸ de menores de 14 a 17 años era de 1.773.740 pero se detuvieron e imputaron a 18.134 menores de ese intervalo de edad, no parece que sea una cifra alarmante para todo la mayor parte del territorio nacional. Esto quiere decir, que un 1,02 % de menores entre 14 y 17 años tiene un registro policial. Lo interesante sería saber cuántos tienen más de uno y en que tramo de edad predominan las detenciones policiales e imputaciones en esos menores que delinquen más de una vez. De los datos registrados por los cuerpos policiales se desprende que lo que se cuenta son las actuaciones policiales con independencia de que caigan sobre un mismo menor de edad.⁸⁵⁹ Por eso, es difícil conocer cuántos de esos menores de edad ha reincidido ya que un menor puede ser detenido por más de un motivo, y en el momento de reflejar las cifras de las detenciones de menores acorde a la tipología delictiva, luego no son excluyentes dichas categorías.

En el análisis estatal de la serie temporal de 2011 a 2015 de las detenciones e imputaciones de menores de edad según el motivo de la detención por la infracción penal, se observa un

⁸⁵⁸ Cálculo realizado a partir de las cifras del padrón de población aportadas por el INE (sin tener en cuenta factores sociodemográficos).

⁸⁵⁹ Vid. GARCÍA ESPAÑA, E. (2001). Menores de edad y registros policiales. *Revista de derecho penal y de criminología*, 2ª Época, 8, 295-307.

descenso en el año 2015 respecto a años anteriores. Los datos absolutos desglosados de los cinco últimos años disponibles, muestran ese descenso paulatino pasando de una cifra de 23.074 menores en 2011 a 18.134 menores en 2015.⁸⁶⁰ La tipología delictiva predominante sigue siendo la que engloba a los delitos contra el patrimonio, los cuales se han visto reducidos en el año 2015 en comparación a años pasados. En segundo lugar, el grupo que abarca los delitos contra las personas también se ha visto disminuido.

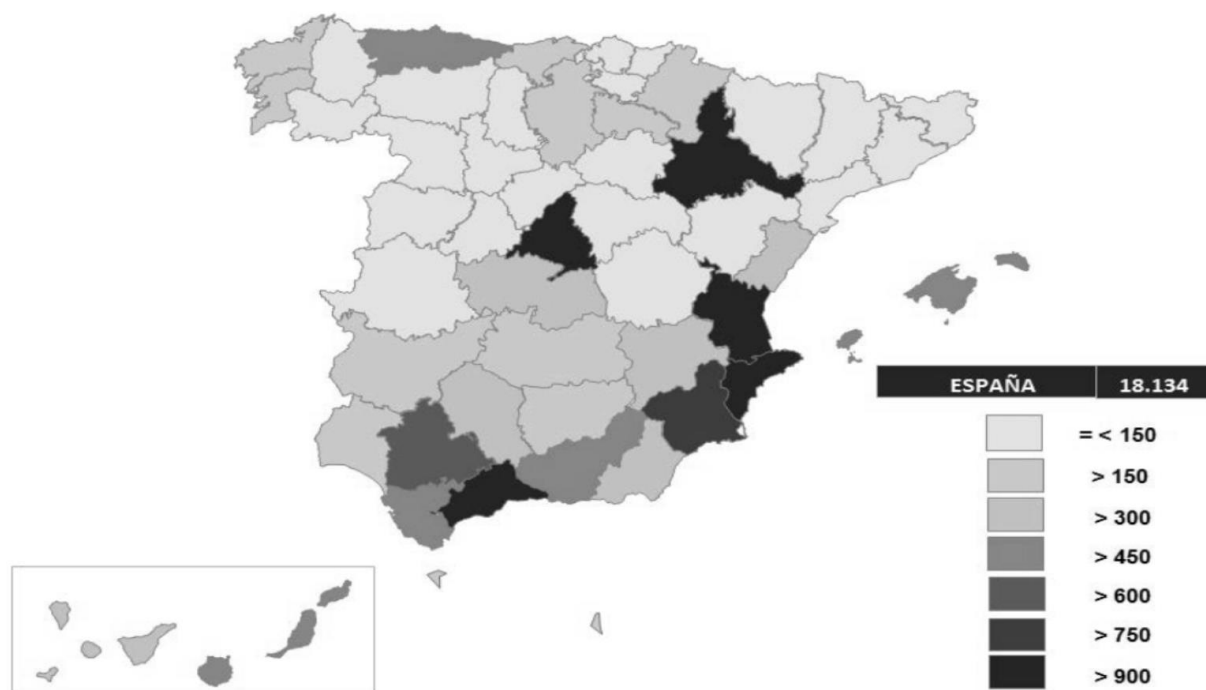
Con respecto a la delincuencia juvenil registrada en las diferentes CC.AA. se corresponde por la mayor proporción poblacional: C.A. Andalucía, C.A. Comunitat Valenciana y la C.A. de Madrid.

En relación a la Comunitat Valenciana, los datos de detenciones e imputados por la policía corresponde a una cifra de 3.236 menores para el año 2015, concentrándose el mayor número en la ciudad de Valencia con 1.642 de un total de 18.134 (Gráfico 3). No solo se presentan los resultados en términos de valores absolutos, sino también en relación a la población de 14 a 17 años censada en la ciudad de Valencia que a fecha 1 de enero de 2016 era de 28.507 menores.⁸⁶¹

Gráfico 3. Detenciones e imputaciones de menores por causa de infracción penal (2015)

⁸⁶⁰ Tabla detención e imputaciones de menores de edad (14 a 17 años) por causa de infracción penal (serie histórica de 2011 a 2015). Anuario Estadístico del Ministerio del Interior 2015, p.293.

⁸⁶¹ Cálculo realizado a partir de las cifras del padrón de población aportadas por el INE sin tener en cuenta factores sociodemográficos para el municipio de Valencia (sumando a los menores de 14, 15, 16 y 17 años, ya que no se aporta por intervalos de edad separados).



Fuente: Reproducción literal del Mapa 6 contenido en el Anuario Estadístico del Ministerio del Interior 2015 (p.290).

Por otro lado, en la ciudad de Valencia se registraron 45.119 infracciones penales, suponiendo un 3,63% para el tramo de 14 a 17 años, siendo éste un porcentaje poco relevante en relación a

la población total. Entre 2014 y 2015 la detención e imputación del menor en la ciudad aumentó ligeramente (0,7%), de 1.630 a 1.642 menores (Tabla 1).

Tabla 1. Detención e imputación de menores de edad por causa de infracción penal en la Comunitat Valenciana (2015)

	TOTAL 2015	TOTAL 2014	% Variación (2015-2014)
ALICANTE	1.167	1.267	-8,7
CASTELLÓN	437	389	12,3
VALENCIA	1.642	1.630	0,7

Fuente: Adaptación de la Tabla *Detenciones e imputaciones de menores de edad (14 a 17 años) por causa de infracción penal* contenida en el Anuario Estadístico del Ministerio del Interior 2015 (p.291).

Al acceder a las últimas Memorias Estadísticas de la Policía Local Valenciana, se recogen los datos correspondientes a los menores separados por provincias pero sin especificar el motivo de la detención ni la separación por intervalos de edad. De la misma manera, que tampoco se reflejan las cifras de reincidencia juvenil.

En cuanto a la última Memoria Estadística de la Policía de la Generalitat Valenciana,⁸⁶² se incluyen los detenidos menores de edad separados por provincias y el motivo de las detenciones, aunque es verdad que las categorías delictivas no son excluyentes ya que como se indica, un menor puede ser detenido por más de un motivo.⁸⁶³ Es cierto, que se deja constancia de las sucesivas detenciones por diferentes causas, pero no se reflejan esas

⁸⁶² Los grupos de menores de la Policía de la Generalitat Valenciana tienen entre sus funciones de reforma, la instrucción de diligencias en el caso de delitos cometidos por menores, y el ofrecer apoyo policial al MF y a los JME. En esta última Memoria de 2013, se muestran los servicios a menores llevados a cabo por la Policía de la Generalitat, observándose una mayor actuación de las funciones de reforma frente a las de protección hacia el menor (91 % vs. 9%). Entre los servicios prestados en relación a las funciones de reforma destacan el grupo donde se inscriben las instrucciones y diligencias en referencia a delitos cometidos con menores (21%) y el referente a apoyo policial a MF y JME. En este último, se podrían circunscribir las tareas correspondientes a: 1. Otros (identificaciones, filiaciones, comprobaciones, gestiones, requerimientos) que son un 27% y 2. Citaciones, peticiones requisitoria, notificaciones, presentaciones que corresponden a un 17%.

⁸⁶³ Vid. GENERALITAT VALENCIANA. CONSELLERIA DE GOVERNACIÓ I JUSTICIA (2013). Memoria Estadística 2013. Comunitat Valenciana. Policía de la Generalitat, pp. 1-35. Recuperado (13.02.2017) de: <http://www.presidencia.gva.es/documents/19318314/19658511/Memoria+2013+Policía+Generalitat-V4.0.pdf/190f6db7-2a72-4c29-b7f6-d77c1b0e4d3d>.

detenciones en un estudio aparte. Tampoco, se ha encontrado información que desarrolle la metodología seguida para el registro de los delitos (entendiéndose de igual o diferente naturaleza) cometidos por menores reincidentes. De todas formas, atendiendo meramente al análisis de la criminalidad de los menores infractores cabe decir que los datos aportados por las estadísticas policiales estatales, autonómicas y locales tienen algunas carencias.

En primer lugar, no se especifica cómo se registra la reiteración de delitos cometidos por un mismo sujeto, es decir, si un menor de edad comete un hecho delictivo y se abre una instrucción de diligencias policiales, cómo se registra si ese mismo menor comete otro hecho delictivo. Si se siguen las normas que siguen el amplio abanico de países europeos que antes han sido expuestas, cabe la opción de que varios delitos cometidos por un mismo menor puedan agruparse como un único delito o como varios separados en las estadísticas policiales. A efectos de intereses cuantitativos, cuando se contabilizan como un único delito la reiteración de acciones de igual naturaleza cometido por un mismo menor siempre va a representar una cifra más baja que las que se cuentan por separado. A efectos de propósitos estadísticos cualitativos también hay una diferencia en cuanto al registro de los mismos. Parece evidente que en el caso español pero más concretamente en el caso valenciano, al no encontrarse un acceso a esta información, da la sensación que cada contabilización policial equivale a una acción delictiva de un menor, independientemente de si ese mismo menor ha cometido un delito con anterioridad de igual o distinta naturaleza.

En segundo lugar, del análisis estadístico policial a todos los niveles se concluye que si hay un recuento de las cifras de reincidencia en menores, éste no es de acceso público. Por tanto, se dificulta poner el foco en aquellos menores que reinciden antes de que entren en la siguiente etapa del sistema de justicia penal.

En tercer lugar y por último, debe tenerse en cuenta también el tema de los antecedentes policiales, los cuales son antecedentes desfavorables. Estos antecedentes se van a generar independientemente de si hay una sentencia firme simplemente por el mero hecho de haberse

iniciado una diligencia policial ante una infracción penal y habiéndose remitido a autoridad judicial. La cancelación como bien se recoge en la web del Ministerio del Interior⁸⁶⁴ puede darse de oficio (considerándose los plazos de prescripción de la responsabilidad penal recogidos en el CP), a instancia de parte (cuando el órgano jurisdiccional dicta sentencia condenatoria aunque debe cancelarse previamente los antecedentes penales que constan en el Registro Central de Penados del Ministerio de Justicia) o una anulación (ante una absolución, sobreseimiento o archivo). Los antecedentes policiales surgen desde el momento en el que se instruyen diligencias policiales por hechos tipificados como delitos, delitos leves e incluso de carácter administrativo.⁸⁶⁵ Es necesario en el caso de cancelación y/o anulación a instancia de parte que se indique el registro policial donde constan los antecedentes a cancelar que pueden ser: fichero PERSONAS para la Policía Nacional o fichero INTPOL para la Guardia Civil.

4.1.3. La estadística policial en Alemania

Los datos estadísticos policiales en el país germano que monitorizan la evolución de la criminalidad se recogen en la PKS («*Polizeiliche Kriminalstatistik*»)⁸⁶⁶. La última compilación disponible corresponde al año 2015, donde se incluye el conjunto de la base de datos individuales desglosados por cada Oficina de Policía Criminal («*Landeskriminalamt*»),

⁸⁶⁴Servicios al ciudadano. Ministerio del Interior. Recuperado (03.02.2017) de: <http://www.interior.gob.es/web/servicios-al-ciudadano/cancelacion-de-antecedentes-policiales/procedimiento>.

⁸⁶⁵ De la web se desprende que «(...) su cancelación viene regulada, esencialmente, por la Instrucción 1/1998, de 19 de enero, de la Agencia Española de Protección de Datos, la LOPD y el RD 1720/2007, de 21 de diciembre, que aprueba el Reglamento que la desarrolla. Igualmente podemos mencionar las previsiones en esta materia del Manual de Policía Judicial (Circular 1/2006 de la Dirección General de la Guardia Civil), que la propia AEPD parece haber considerado acorde a la precitada legislación (véase su resolución R/02239/2009, de 10 de noviembre)». Se debe acreditar previamente la cancelación de antecedentes penales si existe una sentencia condenatoria, sino acreditar el auto de sobreseimiento o sentencia absolutoria firme si hay un archivo o absolución del sujeto. Aunque es posible la denegación de la cancelación aunque se den esos requisitos con base en las excepciones previstas en el art. 23 LO 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal: «(...) existencia de peligros que pudieran derivarse para la defensa del Estado o la seguridad pública, para la protección de los derechos y libertades de terceros, o debido a las necesidades de las investigaciones que se estuvieran realizando».

⁸⁶⁶*Polizeiliche Kriminalstatistik. Bundesrepublik Deutschland 2015 Jahrbuch 2015, v4.0*. El informe anual de la estadística policial alemana también en inglés (*Police Crime Statistics Report 2015, v.1.0*). Recuperado (06.02.2017) de: <https://www.bka.de/EN/CurrentInformation/PoliceCrimeStatistics/2015/pcs2015.html?nn=39580>.

LKA) de los 16 *Länder* y el procedente de la Oficina de la Policía Criminal Federal («*Bundeskriminalamt*»). De hecho es la *BKA* quien crea la base de datos estadísticos nacionales proporcionados por las diferentes *LKA*, que se procesará en forma de gráficos, tablas y comentarios para tener una mayor aproximación cuantitativa al fenómeno de la delincuencia en la República Federal de Alemania. El principal cuerpo de policía en Alemania es la «*Bundespolizei*» que es la Policía Federal (dependiente del Ministerio del Interior) y por debajo de ésta, están las «*Landespolizei*» que son la Policía de los Estados Federados que dependen de cada administración de los *Bundesländer*.

Las Oficinas de Policía Criminal de cada Estado Federado deben recolectar, procesar y entregar anualmente los datos estadísticos a la *BKA* como datos individuales. Para las estadísticas policiales llevan a cabo la metodología conocida como «*crime-specific counting of suspects*» (recuento de delito específico de sospechosos). Método que debe seguirse para evitar cualquier inconsistencia entre las distintas Oficinas.⁸⁶⁷ La Oficina de la Policía Criminal Federal como agencia central es la que se encarga de consolidar los diferentes conjuntos de datos individuales de los Estados Federados para compilar los datos estadísticos anuales (en versión anuario y también en versión más resumida).⁸⁶⁸

Los datos recogidos afectan a sujetos que han cometido una infracción punible (delitos, faltas) tanto leve como grave que ocurran en el territorio de la República Federal Alemana. Son sospechosos⁸⁶⁹ identificados e investigados por la policía que van a contabilizarse en el registro con base en las tipologías delictivas en función del catálogo que ha confeccionado la *PKS*, basado en los preceptos de la legislación penal alemana y de leyes penales accesorias que ha sido construida a partir de una ampliada dimensión que integra aspectos

⁸⁶⁷ Debido a factores específicos del sistema metodológico, los valores calculados a nivel federal pueden levemente diferenciarse de los datos publicados en los Estados Federados.

⁸⁶⁸ *Polizeiliche Kriminalstatistik. 2015 v 7.0.* Recuperado (10.02.2017) de: https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/Downloads/DE/Broschueren/2016/pks-2015.pdf?__blob=publicationFile.

⁸⁶⁹ A pesar de que a los menores de 14 años no se les puede exigir responsabilidad con arreglo al derecho penal alemán, «si que es cierto que se incluyen en las estadísticas policiales ya que el poder judicial debe decidir sobre la cuestión de culpa («*Schuldfrage*») de estos niños, y en base al sistema de estadísticas policiales de mantenimiento, no pueden excluirse estos delitos cometidos por menores de 14 años».

criminológicos. Las estadísticas solo van a incluir aquellos datos que lleguen a conocimiento de la policía y hayan sido procesados por los cuerpos policiales. Igualmente, se registran aquellos hechos denunciados por una víctima a pesar de que luego no se lleve a cabo una persecución penal o se retire la misma.

La publicación anual se publica además traducida al inglés en la página web de la *BKA* y del Ministerio de Interior («*Bundesministerium des Innern*»). Es importante reseñar, que en estas estadísticas no se contabilizan los delitos de protección del Estado («*Staatsschutzdelikte*»),⁸⁷⁰ las infracciones de tráfico («*Verkehrsdelikte*»), ni tampoco los delitos financieros o fiscales («*Finanz-und Steuerdelikte*»). Tampoco se computan los delitos regulados en los Códigos Penales de los *Länder*, excepto los que tienen que ver con las disposiciones relevantes en la legislación de protección de datos de los Estados Federados. Es cierto, que se incluye una amplia explicación detallada en referencia a la metodología utilizada para el cómputo de los registros de la criminalidad.⁸⁷¹

Hay que matizar, que la *PKS* calcula también el número total de infracciones penales y de sospechosos sin contar las violaciones de leyes: a) de libertad de movimiento en la Unión Europea, b) de residencia y c) de procedimiento de asilo⁸⁷² (por ejemplo, entrada ilegal en el país), lo que representa un 6,4% de todos los delitos. Por lo que, por cuestiones que puedan deformar su interpretación, se presentan en el informe anual las cifras estadísticas totales incluyendo los delitos en relación a violaciones de residencia y las cifras estadísticas sin ellos, siendo estas últimas las que se van a comentar aquí, teniendo en cuenta argumentos, como que este tipo de delitos son cometidos exclusivamente por extranjeros, y que pueden influir en una distorsión de las cifras de la criminalidad. Cuando se examina la ciudad de Berlín, hay que tener en cuenta que se registran también aquellos sospechosos que no viven en el «*Bundeslad*»

⁸⁷⁰ Excepto los recogidas en §315,§315b del *StGB* y §22 a del Código de circulación («*Straßenverkehrsgesetz*»).

⁸⁷¹ BUNDESKRIMINALAMT (2015). *Guidelines for maintaining the Police Crime Statistics. Version 01/01/2015* (Status 31/03/2015). Recuperado (07.02.2017) de:

<https://www.bka.de/EN/CurrentInformation/PoliceCrimeStatistics/2015/pcs2015.html?nn=39580>.

⁸⁷² Del alemán «*Freizügigkeitsgesetz*», «*Aufenthaltsgesetz*» y «*Asylverfahrensgesetz*» respectivamente.

y que se han podido desplazar al mismo, considerándose por tanto a efectos de cómputo ese lugar al haberse producido ahí el acto criminal.⁸⁷³

En el actual Anuario Estadístico Policial alemán («*Polizeiliche Kriminalstatistik. Bundesrepublik Deutschland Jahrbuch 2015 v 4.0*»), bajo el punto 6.1 «*Altersstruktur und Geschlecht*», se recoge la información respecto a la estructura de la edad y del sexo de los sospechosos en relación a las infracciones penales del año 2015 (Tabla 2).

⁸⁷³ Como se indica en el documento, es importante tener en cuenta cuando se comparan los *Länder*, la estructura de los delitos y entre las prioridades de la policía: a) la movilidad de los autores del hecho delictivo, b) la población y c) las estructuras de oportunidad que van a ser diferentes. Ya que, va a influir en el cálculo de los números de frecuencia no solo al considerar a la población registrada oficialmente sino también a los viajeros, turistas de paso, las fuerzas estacionadas y otras personas (cifras que varían también de ciudad en ciudad considerablemente). Además, la vida y los estilos de vida urbana deben tenerse en cuenta cuando se establece una comparación entre ciudades.

Tabla 2. Estructura de edad y de sexo de los sospechosos alemanes y no alemanes (2015)

Altersgruppe	deutsche Tatverdächtige				nichtdeutsche Tatverdächtige			
	insgesamt	Änderung zum Vorjahr in %	Anteil an insgesamt in %	Ver-teilung in %	insgesamt	Änderung zum Vorjahr in %	Anteil an insgesamt in %	Ver-teilung in %
Tatverdächtige insges.	1.456.078	-4,9	100,0	100,0	555.820	12,8	100,0	100,0
männlich	1.066.896	-4,9	73,3	73,3	437.241	14,0	78,7	78,7
weiblich	389.182	-4,8	26,7	26,7	118.579	8,7	21,3	21,3
Kinder (bis unter 14)	47.353	-11,7	3,3	100,0	10.359	13,5	1,9	100,0
männlich	34.021	-11,5	2,3	71,8	7.077	13,1	1,3	68,3
weiblich	13.332	-12,4	0,9	28,2	3.282	14,3	0,6	31,7
Jugendliche (14 bis unter 18)	134.779	-8,2	9,3	100,0	36.437	11,5	6,6	100,0
männlich	93.517	-7,1	6,4	69,4	27.771	16,4	5,0	76,2
weiblich	41.262	-10,4	2,8	30,6	8.666	-1,6	1,6	23,8
Heranwachsende (18 bis unter 21)	126.876	-6,4	8,7	100,0	53.378	23,1	9,6	100,0
männlich	96.676	-6,7	6,6	76,2	43.184	27,4	7,8	80,9
weiblich	30.200	-5,5	2,1	23,8	10.194	7,6	1,8	19,1

Fuente: Reproducción literal de la Tabla 4 del epígrafe 6.1.1 contenido en el *PKS Berichtsjahr 2015-BKA* (p.74)

La interpretación de la tabla es la siguiente, por un lado, los datos del total de sospechosos registrados (2.011.898 personas), y por otro, el valor absoluto correspondiente a los sospechosos excluyendo los niños que no tienen responsabilidad penal (1.954.186). La cifra del número total de sospechosos registrada por la policía en relación a los niños es de 57.712. Se disgregan cinco intervalos de edad para los «Kinder» (hasta 14 años), siendo el grupo correspondiente al intervalo de 12-13 años el que registró un mayor número de sospechosos (2,9% del total). A los menores («Jugendliche») los agrupan en dos intervalos de edad: de 14 a 15 años (72.923) y de 16 a 17 años (98.293), suponiendo para el grupo de 16-17 años una mayor incidencia en el delito. En estos grupos de niños y menores se observa una disminución respecto al año anterior. El siguiente grupo es el de «Heranwachsende» (adultos jóvenes o semiadultos) de 18 a 20 años (180.254), el cual se mantiene respecto al año anterior (0,7%).

Se continúa con el análisis de los datos en las siguientes tablas del informe oficial en relación al desarrollo delictivo de los diferentes grupos de edad.⁸⁷⁴ Se demuestra que en el grupo

⁸⁷⁴ Véase las tablas correspondientes al informe *Polizeiliche Kriminalstatistik. Jahrbuch 2015 v.5*, pp.76-79 Recuperado (10.02.2017) de: <https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/Downloads/DE/Broschueren/2016/pks->

«Kinder» los delitos más frecuentes son los hurtos en los establecimientos comerciales («Ladendiebstahl»), seguidos de los daños materiales («Sachbeschädigung»). Aunque, ambos disminuyen en 2015 con respecto al año anterior. En el grupo «Jugendliche» la mayor proporción de menores registrados por la policía corresponde a la tipología que engloba los delitos de lesiones («Körperverletzung insgesamt»), disminuyendo también respecto al 2014. Por último, el grupo de «Heranwachsende» sobresale por los delitos de drogas/estupefacientes («Rauschgiftdelikten»), los cuales aumentan respecto al año anterior. También destaca un alto porcentaje de aquellos que han cometido delitos de lesiones en general, aunque haya disminuido respecto a 2014.

Al margen de las interpretaciones dadas, hay que considerar que las posibilidades de detención y de esclarecimiento probablemente varían de un grupo de edad al siguiente y esto es debido también, a un efecto demográfico comprobable como consecuencia de la disminución a largo plazo de la tasa de natalidad en Alemania.

En este documento se recoge concretamente un apartado expreso, el 6.5.6 «Tatverdächtige nach Anzahl der polizeilichen Erfassung im Berichtsjahr (Mehrfachtatverdächtige)», que incluye aquellos que han sido detenidos más veces por la policía en un periodo de referencia determinado. Partiendo de la importancia criminológica de este grupo y siendo el *Leitmotiv* de este trabajo la reincidencia juvenil, se incluye en el desarrollo estadístico de la PKS una aproximación a esta nueva realidad, los «Mehrfachtatverdächtige».⁸⁷⁵

Se define al sujeto que se engloba dentro de esta categoría como la persona sospechosa que al menos un mínimo de dos veces ha cometido un mismo hecho delictivo en un año y así ha sido detectado por la policía. De hecho, se presenta y se evalúa en una base de datos separada. La frecuencia de la repetición de actos delictivos en la franja de edad que abarca de los menores a los semiadultos se distribuye siguiendo un criterio cuantitativo en base al número de

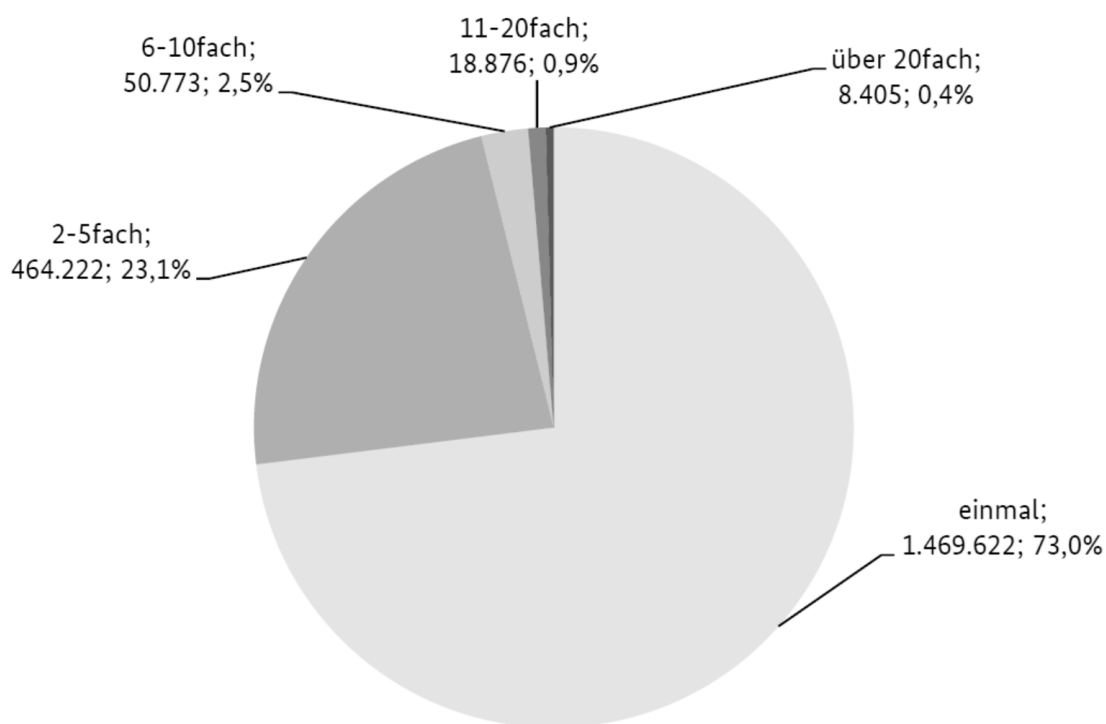
2015.pdf?__blob=publicationFile Pp.76-89

⁸⁷⁵ Se podrían traducir de manera literal como sospechosos múltiples (en referencia a la comisión de múltiples actos delictivos).

infracciones: 1 infracción, de 2 a 5 infracciones, de 6 a 10 infracciones, de 11 a 20 infracciones o más de 20 infracciones.

En el conjunto general de infracciones cometidas por reincidentes- sin entrar ahora a valorar a los menores de edad- y tal como se desprende del Gráfico 4, se arroja que un 71% de sospechosos han cometido un hecho delictivo seguido de un 23,1% que se englobarían en el grupo que abarca de 2 a 5 hechos delictivos. Mientras, el tercer lugar lo ocupan aquellos que han cometido de 6 a 10 actos criminales (2,5%). En cuarto lugar, los de 11 a 20 delitos cuya cifra es un 0,9%, seguidos de los registrados por la policía por cometer más de 20 delitos que representan un 0,4%.

Gráfico 4. Total de infracciones penales cometidas por «*Mehrfachtatverdächtige*» excluyendo las violaciones extranjeras* (2015)



*) Violaciones extranjeras son las infracciones penales sin contar las violaciones de leyes: a) de libertad de movimiento en la Unión Europea, b) de residencia y c) de procedimiento de asilo.

Fuente: Reproducción literal del Gráfico 1 del epígrafe 6.5 contenido en el *PKS Berichtsjahr 2015 - BKA* (p.162)

Según se desprende de la Tabla 3, los sospechosos menores de edad de 14 a 17 años que han reincidentido de 2 a 5 veces, representan un poco más de un tercio (25,95%). Mientras, que un

4,68% refiere a aquellos reincidentes que han cometido más de 6 delitos. Estas cifras son bastante estables y se correlacionan con años anteriores.

Tabla 3. *Mehrfachtatverdächtige* agrupados por edad. Alemania (2015)

Intervalo de edad	Frecuencia infracciones					
	Total	1 vez	2-5 veces	6-10 veces	11-20 veces	más de 20 veces
14-17 años	171.216	118.770	44.431	5.305	1.936	774
18-20 años	180.254	121.698	49.088	6.125	2.331	1.012

Fuente: Elaboración propia basada en el informe anual policial de estadística de la criminalidad alemana (*Polizeiliche Kriminalstatistik. Bundesrepublik Deutschland Jahrbuch 2015, v4.0.*)

Como ya se recogió en la literatura, los datos empíricos basados en el registro policial de los menores que han reincidentido en Alemania demuestran esa estabilidad en los años anteriores al último informe publicado. Así, se puede observar en los valores absolutos correspondientes a la frecuencia de infracciones penales en la distribución del grupo de menores o jóvenes y de semiadultos o adolescentes que han cometido más de un hecho delictivo a lo largo de un año (Tablas 4 y 5).

Tabla 4. *Mehrfachtatverdächtige* jóvenes en Alemania (periodo 2011-2015)

Año	Variación *)%	Frecuencia infracciones					
		Total	1 vez	2-5 veces	6-10 veces	11-20 veces	más de 20 veces
2011	**)----	175.002	118.711	47.638	5.596	2.203	854
2012	14,43	200.257	137.054	53.443	6.462	2.373	925
2013	-5,01	190.205	131.349	49.735	5.993	2.216	912
2014	0,07	190.352	133.288	48.368	5.704	2.187	805
2015	-10,05	171.216	118.770	44.431	5.305	1.936	774

Fuente: Elaboración propia a partir de los informes anuales policiales de estadística de la criminalidad alemana (*Polizeiliche Kriminalstatistik. Bundesrepublik Deutschland Jahrbücher 2011-2015*)

Tabla 5. *Mehrfachtatverdächtige* adolescentes en Alemania (periodo 2011-2015)

Frecuencia infracciones							
Año	Variación)%)%)%)%)%	Total	1 vez	2-5 veces	6-10 veces	11-20 veces	más de 20 veces
2011	**)----	162.447	107.366	45.883	5.903	2.241	1.054
2012	20,81	196.255	130.279	54.930	7.159	2.694	1.193
2013	-3,86	188.670	126.376	52.206	6.599	2.407	1.082
2014	1,91	192.289	131.086	51.470	6.309	2.415	1.009
2015	-6,25	180.254	121.698	49.088	6.125	2.331	1.012

Fuente. Elaboración propia a partir de los informes anuales policiales de estadística de la criminalidad alemana (*Polizeiliche Kriminalstatistik. Bundesrepublik Deutschland Jahrbücher 2011-2015*)

*) Tasa de incremento («*Steigerungsrate*», *SR*) para explicar la variación respecto al año anterior.

**) Solo se incluyen el total de casos resueltos por la policía cometidos por *Mehrfachtatverdächtige*, pero no hay una representación por intervalos de edad ni por frecuencia del números de casos en el año 2010

A pesar de algunas fluctuaciones en estos años, lo que es evidente es que ha habido una disminución entre el año 2014 y 2015 en términos absolutos y así se muestra en la variación respecto al año 2014. Asimismo, decrece el número de sospechosos que han recaído al menos dos veces en un año en el delito en las diferentes categorías de «*Mehrfachtatverdächtige*» en esta serie temporal, tanto para jóvenes como para adolescentes. Desde el punto de vista criminológico, esta categoría policial es muy importante y la información aportada es esencial para cualquier intervención y acción preventiva futura con menores reincidentes.

También se incluye en el informe anual de 2015, la distinción entre reincidentes alemanes y no alemanes, pero no vamos a entrar a valorar las cifras. Más que nada, porque no se pretende hacer una diferenciación entre los nacionales y los extranjeros que bien podría ser otra investigación a desarrollar en sintonía con el fenómeno de la globalización y los flujos migratorios, además de aspectos sociodemográficos y económicos.

Junto al criterio cuantitativo en relación a la recaída en el delito, existe una categoría policial importante para un análisis criminológico y que también refleja la *PKS*. Son los menores

infractores de intensidad («*Intensivtäter*»). Este criterio refiere al tipo y gravedad del hecho delictivo cometido, que es detectado por la policía junto con otros factores como son: «la ponderación que se haga del reproche, el pronóstico criminal, las características de la personalidad del infractor, la energía criminal («*kriminelle Energie*»)»⁸⁷⁶ y la evaluación del entorno social».⁸⁷⁷ Para un pronóstico adecuado de estos infractores de gran intensidad, lo importante es la actuación e intervención temprana (para evitar el inicio de una carrera criminal). Asimismo, la valoración perceptiva eficaz del infractor y no de la actuación del infractor-también con el objetivo de un proceso de criminalización a través de una categorización como *Intensivtäter* no solo para acelerar mediante esa categorización- ya que podría cambiar la categorización de la imagen que se tiene de uno mismo.⁸⁷⁸

Por último, la conceptualización de ambas categorías va a variar según el «*Bundesland*», sin embargo nos centraremos exclusivamente en Berlín. Cada uno conceptualiza esta categoría con sus propias particularidades, sobre todo a efectos policiales y criminológicos. Aunque los grupos de «*Kiezorientierte Mehrfachtäter*» y de «*Intensivtäter*», junto con los «*Schwellentäter*» propios de Berlín y que luego explicaremos, corresponden a una parte de la delincuencia juvenil que es menos representativa del total de la criminalidad entre los menores de edad y semiadultos. No es menos cierto, que es una realidad criminal muy estudiada en Alemania con una gran relevancia criminológica y una entidad especial. Por eso, nos vamos a referir a ambos grupos en el siguiente epígrafe.

Antes de acabar, es preciso señalar que una de las medidas indicadoras de la incidencia en el delito utilizada por la *PKS* es la carga delictiva o número de carga de sospechosos (quedan excluidos los que no son alemanes o son ilegales). Es la llamada «*Tatverdächtigenbelastungszahl*» (*TVBZ*), que es un número proporcional, el cual pone en

⁸⁷⁶ Este concepto se refiere más o menos a la disposición de un sujeto a la comisión de un hecho delictivo y el esfuerzo necesario para llevarlo a cabo. Vid. NEUBOHN, R., y WEISS, E. (2000). *Kriminelle Energie. Mörderische Stories*. Schwieberdingen: Libri Books.

⁸⁷⁷ *Ibid.*

⁸⁷⁸ Vid. OHDER, C., y HUCK, L. (2006). „Intensivtäter“ in Berlin – Hintergründe und Folgen vielfacher strafrechtlicher Auffälligkeit. Teil 1: Eine Auswertung von Akten der Abteilung 47 der Berliner Staatsanwaltschaft. *Berliner Forum Gewaltprävention* (26), 6-56.

relación a los delincuentes investigados con el grupo de población de su misma edad del mismo territorio en el correspondiente espacio de tiempo.⁸⁷⁹ Se trata del cálculo del número de sospechosos identificados por 100.000 habitantes del correspondiente segmento de la población, contándose a partir de los niños mayores de 8 años. Respecto a la TVBZ de los menores de edad imputables, se explican a continuación las cifras correspondientes a éstos (Tabla 6).

Tabla 6. Sospechosos alemanes y TVBZ- infracciones penales en total (2015)

Jahr	deutsche Tatverdächtige															
	insgesamt			Kinder (8 < 14 Jahre)			Jugendliche (14 < 18 Jahre)			Heranwachsende (18 < 21 Jahre)			Erwachsene (ab 21 Jahre)			
	absolut	TVBZ)	Ver- än- de- rung	absolut	TVBZ)	Ver- än- de- rung	absolut	TVBZ)	Ver- än- de- rung	absolut	TVBZ)	Ver- än- de- rung	absolut	TVBZ)	Ver- än- de- rung	
	ab 8 Jahre	ab 8 Jahre	in %			in %			in %			in %			in %	
2001	1.712.228	2.461	0,7	118.276	2.292	0,8	245.746	7.416	2,2	188.227	7.440	-0,5	1.159.979	1.980	0,3	
2002	1.759.231	2.525	2,6	112.406	2.227	-2,8	246.643	7.332	-1,1	189.622	7.506	0,9	1.210.560	2.060	4,0	
2003	1.801.411	2.584	2,3	104.757	2.147	-3,6	244.098	7.102	-3,1	194.350	7.717	2,8	1.258.205	2.135	3,7	
2004	1.837.283	2.634	1,9	95.232	2.000	-6,9	246.679	7.094	-0,1	198.265	7.921	2,6	1.297.107	2.196	2,9	
2005	1.793.547	2.570	-2,4	83.978	1.815	-9,3	236.042	6.744	-4,9	197.651	7.795	-1,6	1.275.876	2.155	-1,9	
2006	1.780.091	2.551	-0,8	82.931	1.819	0,2	232.736	6.799	0,8	196.710	7.618	-2,3	1.267.714	2.138	-0,8	
2007	1.804.605	2.586	1,4	84.361	1.861	2,3	231.419	7.029	3,4	198.778	7.519	1,3	1.290.047	2.173	1,6	
2008	1.784.627	2.560	-1,0	84.391	1.879	0,9	220.914	6.973	-0,8	195.040	7.362	-2,1	1.284.282	2.160	-0,6	
**)	2009	1.721.124	2.477	(-)	77.375	1.801	(-)	205.775	6.853	(-)	186.896	7.042	(-)	1.251.078	2.101	(-)
2010	1.677.541	2.417	-2,4	73.720	1.716	-4,7	189.907	6.511	-5,0	175.488	6.866	-2,5	1.238.426	2.077	-1,2	
2011	1.628.314	2.344	-3,0	72.039	1.612	-6,0	175.002	6.058	-6,9	162.447	6.625	-3,5	1.218.826	2.041	-1,7	
2012	1.588.895	2.295	-2,1	60.785	1.448	-10,2	162.471	5.616	-7,3	152.989	6.597	-0,4	1.212.650	2.027	-0,7	
***)	2013	1.553.066	2.260	(-)	53.844	1.283	(-)	152.054	5.211	(-)	142.590	6.413	(-)	1.204.578	2.029	(-)
2014	1.529.566	2.230	-1,3	51.101	1.232	-4,0	146.777	5.010	-3,9	135.565	6.239	-2,7	1.196.123	2.015	-0,7	
2015	1.454.761	2.125	-4,7	44.944	1.108	-10,1	134.782	4.604	-8,1	126.897	5.797	-7,1	1.148.138	1.937	-3,9	

Fuente: Reproducción literal de la Tabla 2 Parte 1 del epígrafe 6.4 contenido en el *PKS Berichtsjahr 2015 – BKA* (p.147)

⁸⁷⁹ Vid. CANO PAÑOS, M.A. ¿Es conveniente un endurecimiento del derecho penal juvenil? ..., op. cit.

De la Tabla 6 se desprende, que del grupo de 14 a 17 años -considerando la serie temporal desde el año 2001 hasta el año 2015 recogida en el informe- disminuye progresivamente de 7.416 menores en 2001 a 4.604 con respecto a 100.000 habitantes del grupo de población respectivo en la actualidad. En el caso de 18 a menores de 21 años, se muestra una carga de 7.440 adolescentes en 2001 respecto a la cifra actual de 5.797 de sospechosos incriminados en 2015.⁸⁸⁰ La TVBZ para menores en Berlín en 2015 es de 7.169, mientras que para semiadultos constituye una carga delictiva de 8.966. Lo que se puede concluir de todo esto, es que la carga delictiva ha disminuido con los años y que en el grupo de adultos jóvenes es mayor. Sin embargo, hay que considerar el hecho de que la población de este intervalo de edad es más alta que si la comparamos con el tramo de 16-17 años, que en el país al igual que en España era el tramo que reflejaba una mayor criminalidad.

Por último, en lo relativo a la «*Gewaltkriminalität*» (criminalidad violenta) propia de los «*Intensivtäter*», se distinguen los delitos de: a) «*Mord*» (asesinato), b) «*Totschlag und Tötung auf Verlangen*» (homicidio y eutanasia), c) «*Vergewaltigung und sexuelle Nötigung -§§ 177 Abs. 2, 3 und 4, 178 StGB*» (violación y asalto/coacción sexual acorde a los §§177.2 -3 y §178 del Código Penal alemán), d) «*Raubdelikte*» (delitos de robo), e) «*Körperverletzung mit Todesfolge*» (violencia con causa de muerte), f) «*gefährliche und schwere Körperverletzung, Verstümmelung weiblicher Genitalien*» (lesiones graves y peligrosas, mutilación de los genitales femeninos), g) «*erpresserischer Menschenraub*» (secuestro con extorsión) y h) «*Geiselnahme*» (rehenes). Como arrojan los datos mostrados en la Tabla 7, los datos de la PKS reflejan que los delitos de robo dominan sobre el resto en menores de 14 a 17 años (18,6%), mientras que los semiadultos representan un 16%.

⁸⁸⁰ La población total en la República Federal de Alemania a fecha 01.01.2015 era de 81.197.500. La población de 14-17 años era de 2.927.503 personas (14-15 años de 1.447.874 y de 16-17 años de 1.479.629) y la población de 18 a menores de 21 años era de 2.188.965.

Tabla 7. Estructura de edad de sospechosos en relación a la criminalidad violenta (2015)

Schlüssel	ausgewählte Straftaten/-gruppen	Altersstruktur der Tatverdächtigen in Prozent						
		insgesamt	Kinder	Jugendliche	Heranwachsende	Erwachsene	darunter	
			100%	< 14	14 < 18	18 < 21	ab 21	Jungerw. 21 < 25
892000	Gewaltkriminalität <i>darunter:</i>	166.235	3,8	12,2	12,8	71,2	14,9	3,7
010000	Mord	731	0,4	4,9	7,8	86,9	13,5	7,9
020000	Totschlag und Tötung auf Verlangen	1.771	0,2	5,3	10,8	83,7	13,2	8,1
111000	Vergewaltigung und sexuelle Nötigung -§§ 177 Abs. 2, 3 und 4, 178 StGB-	5.896	1,1	10,4	11,4	77,2	13,9	3,8
210000	Raubdelikte	28.662	2,8	18,6	16,0	62,6	15,4	1,2
221000	Körperverletzung mit Todesfolge	105	0,0	1,9	6,7	91,4	14,3	11,4
222000	gefährliche und schwere Körperverletzung, Verstümmelung weiblicher Genitalien	134.516	4,2	11,6	12,4	71,8	14,9	4,0
233000	erpresserischer Menschenraub	146	0,0	8,2	16,4	75,3	15,8	1,4
234000	Geiselnahme	40	0,0	7,5	7,5	85,0	32,5	0,0

Fuente: Reproducción literal de la Tabla 4 del epígrafe 8.2 contenido en el *PKS Berichtsjahr 2015 - BKA* (p.340)

En comparación con años pasados, también han disminuido.⁸⁸¹ Los delitos de lesiones graves y peligrosas suponen por su parte un 11,6 % para menores entre 14 y 17 años y un 12,4% entre 18 y menos de 21 años.⁸⁸² No obstante, Cano Paños resalta que «no se debe sobrevalorar la categoría de lesiones graves y peligrosas porque agrupa un amplio abanico de tipologías delictivas».⁸⁸³

⁸⁸¹ Hay que tener en cuenta sin embargo, que se realiza el cálculo de la frecuencia sobre la población oficial registrada sin tener en cuenta la movilidad de las personas (turismo, viajeros, etc.), que va a variar de un estado a otro.

⁸⁸² En cualquier caso, respecto a los delitos violentos con menores de edad, no se incluye un cálculo separado para el registro policial dejando de lado las violaciones de leyes de libertad de movimiento en la Unión Europea, de residencia y de procedimiento de asilo, por lo que los porcentajes podrían disminuir.

⁸⁸³ CANO PAÑOS, M.A. ¿Es conveniente un endurecimiento del derecho penal juvenil? ..., op. cit.

4.1.3.1. Categoría policial de menor reincidente en Berlín. «Intensivtäter» (infractor de intensidad)

Una de las categorías policiales de gran importancia para la criminología por sus singularidades, problemática e interés dentro del fenómeno de la criminalidad juvenil es la categoría de menores infractores de intensidad «Intensivtäter» (intensivos, si lo traducimos literalmente). A pesar de representar un pequeño grupo dentro de la delincuencia juvenil, sí que es cierto que el interés criminológico que despierta esta categoría radica en la repetición de hechos delictivos graves durante un periodo de tiempo determinado. En particular, manifestándose mediante una criminalidad violenta («Gewaltkriminalität»). De hecho, para determinar una posible carrera criminal como «Intensivtäter» se evalúan algunos factores como: la frecuencia en el delito («Deliktshäufigkeit») y la gravedad del delito («Deliktsschwer»). Ello es necesario, para establecer un temprano y seguro pronóstico en relación al riesgo criminal de pertenecer a esa categoría profesional.

Además de lo anterior, hay que tener en cuenta otros factores como: los llamativos comportamientos anteriores, los problemas familiares (en particular los episodios violentos), la marginalidad social, los problemas de vivienda, la orientación hacia grupos de iguales violentos, los problemas escolares y la falta de oportunidades. Este cúmulo de factores de riesgo puede ser predeterminante pero no necesariamente característico de esta categoría delictiva. Ya que, se pueden dar factores de protección que les alejen de la carrera criminal de intensidad.

Hasta el año 2012, la PKS utilizaba el término «PKS- Intensivtäter» para referirse a los menores infractores que habían cometido diez o más delitos en un año. Posteriormente, esto cambió, al generar cierta confusión respecto a la terminología utilizada por la policía berlinesa. La policía berlinesa se refería a los menores participantes en el Programa TOE o «Täterorientierten Ermittlungsarbeit» (trabajo de investigación orientado al infractor) con las características antes descritas. Por lo que para evitar dicha confusión se utilizó por parte de la BKA el vocablo «Mehrfachtatverdächtige».

A través de los medios de comunicación, se ha ayudado a propagar la amenaza o temor sobre estos menores reincidentes, lo que ha llevado a la toma de medidas drásticas contra ellos, ya que representan a menores de edad con una energía criminal indiscriminada y sin sentimientos

de culpa.⁸⁸⁴ En la misma línea, Dollinger y Schabdach señalan que la representación de esta categoría por parte de los medios de comunicación de masas lleva a una inquietud y a un cuadro deformado de la imagen de estos jóvenes sospechosos por parte de la sociedad. Sobre todo, por la frecuencia con que se presentan casos individuales que sirven para generalizar y extraer conclusiones sobre el conjunto de la juventud. Es por ello, que el desarrollo de este constructo se deba al interés suscitado también en el ámbito académico, político y policial.⁸⁸⁵

Hay que constatar que en los diferentes «*Länder*», la policía y la justicia conjuntamente con las instituciones responsables para los jóvenes y la familia al igual que con las instituciones del ámbito social y educativo han puesto en marcha diferentes programas aplicables a esta categoría de menores infractores. Esta categoría de jóvenes se va a distinguir por las particularidades descriptivas según el Estado Federado que las defina. Los programas de intervención son importantes como se recoge en la literatura alemana cuando se lleva a cabo una actuación transversal e interconectada de las diversas instituciones. Por lo que este grupo delictivo, se ha estudiado tanto desde un punto de vista cualitativo como cuantitativo.

Los diferentes criterios para definir esta categoría abarcan desde «los tres delitos cometidos en un año a la clasificación correspondiente a aquellos menores infractores que han cometido cinco o más delitos en los últimos diez meses».⁸⁸⁶ En Berlín, los «*Intensivtäter*» (*IT*), son definidos por la policía berlinesa como aquellos jóvenes hasta los 21 años con una constante y gran energía criminal que cometen delitos como robos, delitos de especial crudeza⁸⁸⁷ y delitos contra la propiedad en concretas ocasiones,⁸⁸⁸ aunque también delitos de bagatela.⁸⁸⁹ Estos

⁸⁸⁴ DOLLINGER, B., y SCHABDACH, M. (2013). *Jugendkriminalität*. Wiesbaden: Springer, p.140.

⁸⁸⁵ KOPP, A., y SCHUBARTH, W. (2014). Das Phänomen jugendliche „Intensivtäter“- Konstruktionsprozesse und Wechselwirkungen im Kontext von Medien, Kriminalpraxis und Forschung. In A. GROENEMEYER, y D. HOFFMANN (eds.), *Jugend als soziales Problem-soziale Probleme der Jugend? Diagnosen, Diskurse und Herausforderungen* (pp. 353-369). Weinheim und Basel: Beltz Juventa, p.358.

⁸⁸⁶ WALTER, M. (2003). Probleme einer kriminalpolitischen Gewalttätertypisierung: das Beispiel jugendlicher „Intensivtäter“. In S. LAMNEK, y M. BOATCÁ (eds.), *Geschlecht, Gewalt, Gesellschaft* (pp. 318-330) Opladen: Leske und Budrick, p.327.

⁸⁸⁷ §§ 223,224,226,227 und 231 *StGB*.

⁸⁸⁸ §§ 242,243,244 und 244a *StGB*.

⁸⁸⁹ Ver la definición de esta categoría en las «*Intensivtäterrichtlinie*» de 25 de marzo de 2010 elaboradas por el

menores son sospechosos que han cometido a lo largo de un año al menos diez hechos delictivos de peso y que tienen el peligro de estabilizarse por medio de una carrera criminal. También, pueden haber cometido un único delito pero el contexto social y las circunstancias del menor son especialmente graves al igual que el delito cometido, entonces lo categorizan en ese grupo (aunque lo normal es lo anteriormente descrito).

El actual porcentaje de «*Intensivtäter*» de sospechosos menores de 21 años se encuentra entre el 3% y el 5%,⁸⁹⁰ según se desprende de los datos de la *PKS* y de los servicios estadísticos de la Oficina Central para asuntos juveniles de la Oficina Central de la *LKA* de Prevención (*LKA 2*) en Berlín.⁸⁹¹ En los datos elaborados por la Oficina Central de la *LKA* en cooperación con la Fiscalía, se observa que a fecha de 1 de enero de 2015 se registraron 130 sospechosos de intensidad de 14 a 17 años frente a los 187 de 18 a 20 años. Lo que supone un 42,2% del total de «*Intensivtäter*» (752) registrados en Berlín.⁸⁹²

De esos 752 registrados en el informe anual de 2014 que es el último publicado hasta la fecha, unos 479 fueron procesados junto a la Fiscalía. Esa diferencia muestra que la policía registra los casos, aunque posteriormente la Fiscalía no toma todos los casos que han sido notificados policialmente porque puede pasar que no se continúe con el procedimiento. En estas cifras se incluyen tanto los alemanes como los no alemanes, pero también se presentan por separado mostrando una mayor cantidad de menores infractores alemanes respecto a los no alemanes.

«*Senatsverwaltungen für Justiz und für Inneres und Sport*» (Departamento del Senado de Justicia, Interior y de Deporte).

⁸⁹⁰ Vid. HEIDE, O. (2013). *Jugenddelinquenz in Berlin. Jahrbuch 2014*. Der Polizeipräsident in Berlin Landeskriminalamt Zentralstelle für Prävention (LKA PräV). Berlin.

⁸⁹¹ En Berlín existen 6 LKA («*Landeskriminalamt*») o Brigadas Regionales de Investigación Criminal. Recuperado (18.02.2017) de: https://www.berlin.de/polizei/dienTribunal_Supremotellen/landeskriminalamt/lka-7/.

⁸⁹² HEIDE, O. *Jugenddelinquenz in Berlin. Jahrbuch 2014...*, op.cit., p.24.

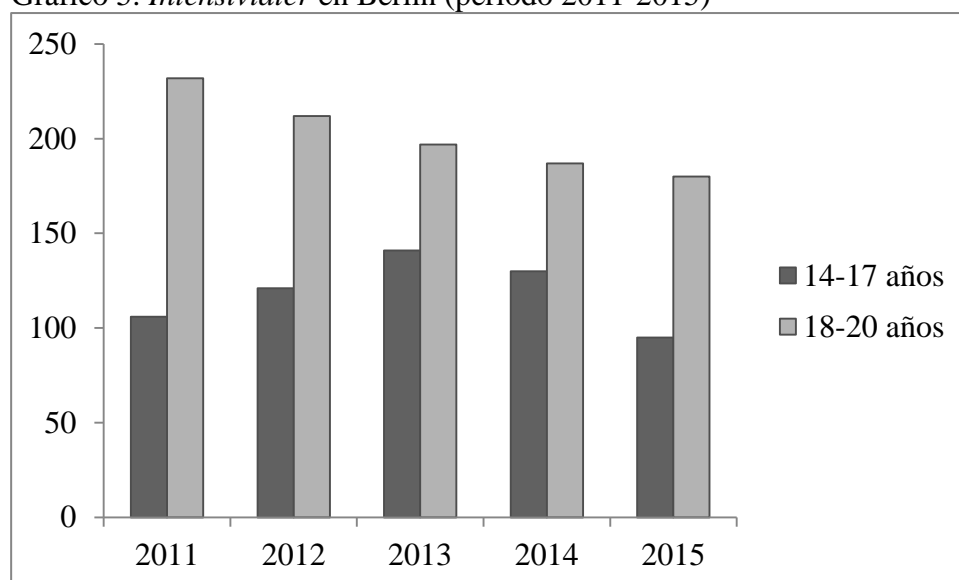
En relación con años anteriores, se observa una disminución tanto en jóvenes como en adolescentes de «*Intensivtäter*» en la ciudad.⁸⁹³ Las cifras correspondientes a 2015 se pueden ver en el documento «*Polizeiliche Kriminalstatistik Berlin 2015*».⁸⁹⁴

Estos menores han participado en el programa *TOE*, el cual desarrollaremos más adelante para referirnos a las acciones preventivas en el ámbito postpenitenciario. (Tabla 8 y Gráfico 5).

Tabla 8. *Intensivtäter* en Berlín (periodo 2011-2015)

Número de infractores <i>Intensivtäter</i> participantes en el Programa <i>TOE</i>					
Edad	2011	2012	2013	2014	2015
14-17 años	106	121	141	130	95
18-20 años	232	212	197	187	180

Gráfico 5. *Intensivtäter* en Berlín (periodo 2011-2015)



Fuente: Elaboración propia a partir de los informes anuales de los documentos *Jugenddelinquenz in Berlin. Jahrbuch 2011-2014* y *Polizeiliche Kriminalstatistik Berlin 2015*.

⁸⁹³ El 1 de marzo de 2016 entró en vigor unas Directrices para esta categoría («*Intensivtäterrichtlinie*») pero no afectan a los criterios considerados para las estadísticas de la *PKS* de 2015.

⁸⁹⁴ Vid. *Polizeiliche Kriminalstatistik Berlin 2015* (2015). Der Polizeipräsident in Berlin, 1-186. Recuperado (18.02.2017) de: <https://www.berlin.de/polizei/verschiedenes/polizeiliche-kriminalstatistik/>.

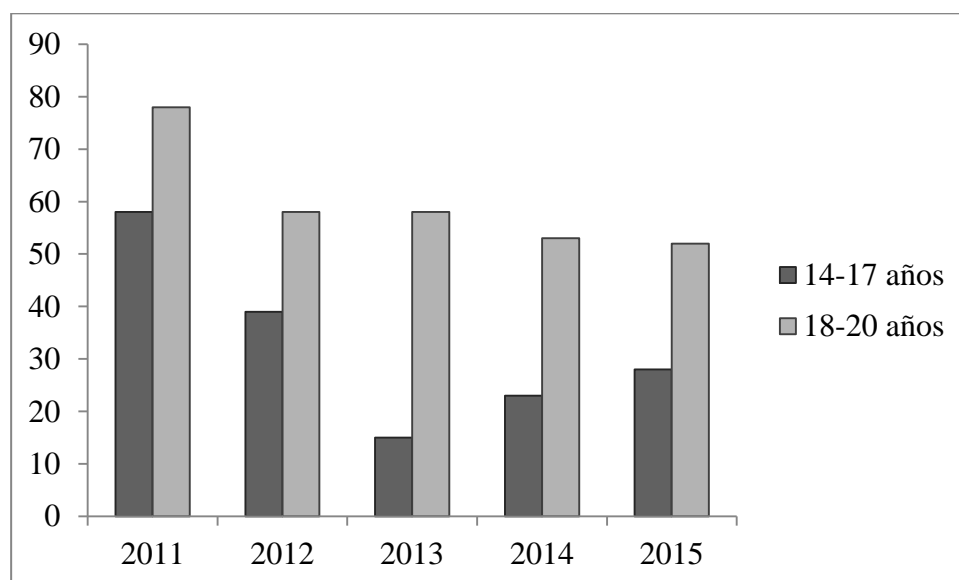
Merecen además una especial atención los «*Schwellentäter*» (delincuentes emergentes, *ST*). Son aquellos menores de 21 años que sin ser «*Intensivtäter*» son reincidentes violentos. Por regla general, han cometido al menos cinco delitos violentos en un año y tienen una alta probabilidad de una carrera criminal. También están incluidos en el Programa *TOE*, aunque representan una cifra menor que los infractores de intensidad.

Si comparamos a este grupo en la misma serie temporal se observa una progresiva disminución en el grupo de menores y semiadultos hasta 2013 para después aumentar en número, pero nunca a las cifras absolutas de 2011 (Tabla 9 y Gráfico 6).

Tabla 9. *Schwellentäter* en Berlín (periodo 2011-2015)

Número de infractores <i>Schwellentäter</i> participantes en el Programa <i>TOE</i>					
Edad	2011	2012	2013	2014	2015
14-17 años	58	39	15	23	28
18-20 años	78	58	58	53	52

Gráfico 6. *Schwellentäter* en Berlín (periodo 2011-2015)



Fuente: Elaboración propia a partir de los informes anuales de los documentos *Jugenddelinquenz in Berlin. Jahrbuch 2011-2014* y *Polizeiliche Kriminalstatistik Berlin 2015*.

Es importante, recordar que ambas categorías tienen en cuenta el número de delitos cometidos y así se contabiliza en el registro policial, sin entrar a disgregar los grupos de menores por tipologías delictivas. Los valores absolutos registrados en Berlín muestran que el grupo de menores infractores de intensidad es mayor que el grupo de menores infractores emergentes.

En resumen, estos menores reincidentes categorizados por la policía berlinesa como de intensidad y emergentes representan un subgrupo conocidos por la policía dentro del grupo de infractores menores. Son reincidentes porque han cometido un número determinado de hechos delictivos-que va a ser diferente según el Estado Federado alemán-durante un año natural. En la práctica, varían el número de delitos como se ha comentado, y también el tipo de delito cometido, aunque este subgrupo está cerca de desarrollar una carrera criminal.

Como respuesta a este fenómeno, es cierto que para reducir el problema del comportamiento criminal del «*Intensivtäter*», el castigo domina como una forma de control social.⁸⁹⁵ En parte, como se ha dicho, por la influencia de los medios de comunicación que presentan a este grupo como un problema social. Mediante la imposición de más penas y más duras, al igual que en el ejercicio de un control policial más exhaustivo.

Sabido es, que una parte de la delincuencia juvenil y más concretamente de los menores de intensidad y emergentes no son registrados por la policía (campo oscuro), del mismo modo, que a través de las estadísticas no es posible conocer la motivación o las razones de los comportamientos criminales de estos grupos. Para ello, los programas de intervención con estos menores («*Intensivtäterprogramme*») nos aportarán más información al abarcar un espectro más amplio.

⁸⁹⁵ Vid. DOLLINGER, B., y SCHMIDT-SEMISCH, H. (2011). *Handbuch Jugendkriminalität. Kriminologie und Sozialpädagogik im Dialog*. Wiesbaden: Springer.

4.1.3.2. Categoría policial de menor reincidente en Berlín. «Kiezorientierte Mehrfachtäter» (infractor múltiple orientado al barrio/vecindario)

Los «Kiezorientierte Mehrfachtäter» (*KOMT*) o infractores orientados al barrio/vecindario, son menores infractores cuyos hechos delictivos se reducen al barrio o a la zona donde viven. Los hechos delictivos que cometen tienen una repercusión importante al crear sensación de inseguridad en su zona de residencia. Estos menores van a participar en el Programa *TOE* de la policía berlinesa junto con los dos grupos anteriormente descritos.

Según se refleja en los sucesivos informes estadísticos policiales publicados por la policía de Berlín, este grupo representa en términos absolutos a un subgrupo más pequeño dentro de la delincuencia juvenil que el de los «Intensivtäter» y de los «Schwellentäter». A pesar de que las tres categorías policiales han disminuido en estos últimos años tanto en menores como semiadultos, no es menos cierto que los *KOMT* han sufrido una reducción más drástica en el año 2015 respecto a años anteriores (Tabla 10 y Gráfico 7). Del mismo modo, que el número en términos absolutos de estos jóvenes representaba a un grupo más amplio hace algunos años en comparación con los dos otros grupos de estudio (Gráfico 8). En cualquier caso, la cantidad de estos menores en todos los grupos de edad registrados en el año 2015 es pequeña.

Tabla 10. *Kiezorientierte Mehrfachtäter* en Berlín (periodo 2011-2015)

Número de infractores <i>KOMT</i> participantes en el Programa <i>TOE</i>					
Edad	2011	2012	2013	2014	2015
14-17 años	215	179	171	153	28
18-20 años	116	112	90	92	30

Gráfico 7. *Kiezorientierte Mehrfachtäter* en Berlín (periodo 2011-2015)

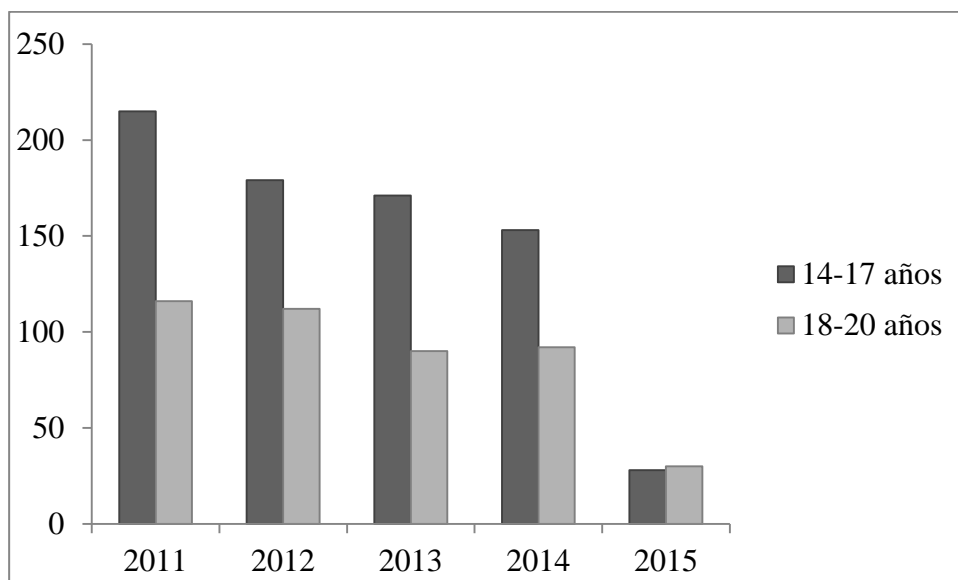
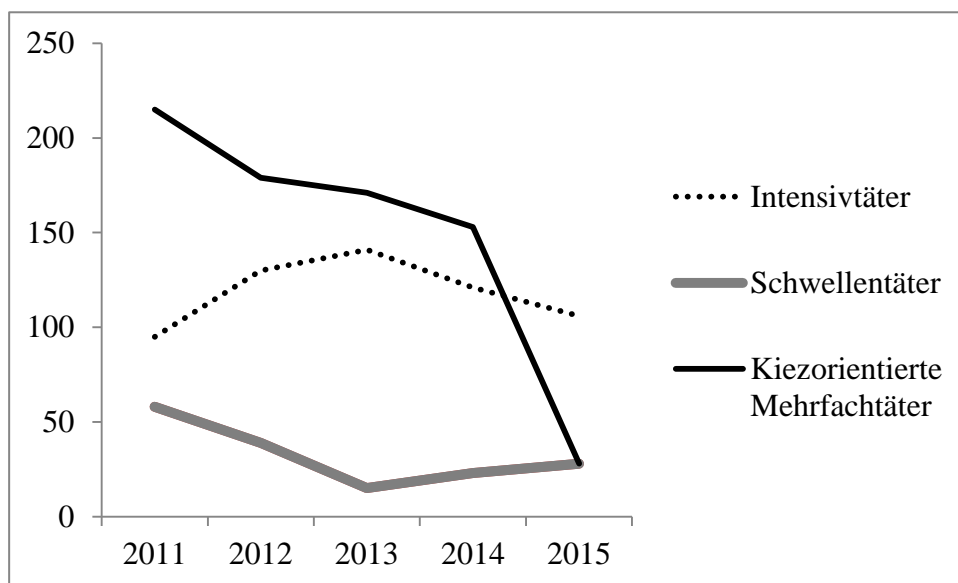


Gráfico 8. *IT, ST y KOMT* menores (14-17 años) en Berlín (serie temporal 2011-2015)



Fuente: Elaboración propia a partir de los informes anuales de los documentos *Jugenddelinquenz in Berlin. Jahrbuch 2011-2014* y *Polizeiliche Kriminalstatistik Berlin 2015*.

En resumen, a pesar de que este grupo es reducido sí que es verdad que puede tener influencia en el comportamiento de otros menores infractores. Al igual que en la comunidad, sobre el vecindario residente de una manera negativa, alterando las normas de la comunidad, de los establecimientos comerciales, etc.

Realmente, no se hace mención a cuántos delitos pueden cometer estos menores pero debe ser en un periodo concreto de tiempo (un año). Sin embargo, lo que está claro es que son sujetos reincidentes que van a actuar en un área concreta limitada. Desde un punto de vista criminológico, se debe poder pronosticar su conducta en el futuro ya que puede haber una alta probabilidad de continuar con los actos criminales. De hecho, ha generado un interés en la vida política del país y en concreto de Berlín, donde en las sesiones parlamentarias con los diputados de las diferentes fuerzas políticas, se formulan incluso preguntas que giran alrededor de este grupo para obtener una mejor valoración cuantitativa del fenómeno.⁸⁹⁶

4.1.4. Cuestiones relacionadas con las estadísticas policiales en España y Alemania

No puede olvidarse que estas estadísticas no van a ser un reflejo fiel de la criminalidad sino una aproximación a la misma, ya que hay que tener en cuenta diversos factores. Entre los factores a tener en cuenta están: los posibles cambios en las legislaciones penales, las modificaciones en el registro estadístico y las variaciones en la forma del control policial. Si bien es cierto, que un conocimiento sobre la tendencia y evolución de la criminalidad juvenil y en concreto de la reincidencia puede ser revelador con la ayuda de los datos empíricos recogidos y registrados por la policía.

De gran significado es reseñar que las estadísticas españolas no facilitan un registro de reincidencia juvenil a nivel global en el que se interconecten los datos registrados por los diferentes cuerpos policiales. Si hubiese un registro a nivel autonómico y local habría que solicitar los datos registrados en relación a la reincidencia formalmente, y esperar a que se facilitasen. No existe un acceso directo de la publicación de estos datos en internet y se precisa de una aprobación de los mismos en función del interés de estudio. En cambio, en Alemania los datos empíricos sobre reincidencia están informatizados y coordinados entre los

⁸⁹⁶ Inhaltsprotokoll. InnSichO 16 / 6. 16. Umgang von Staatsanwaltschaft und Polizei mit „Schwellentätern“. Wahlperiode. Plenar- und Ausschussdienst. (marzo, 2007). Abgeordnetenhaus von Berlin [Nota de prensa] Recuperado (21.02.2017) de: <https://www.parlament-berlin.de/ados/16/InnSichO/protokoll/iso16-006-ip.pdf>.

diferentes «*Bundesländer*», siendo la publicación de los mismos de libre acceso para cualquier persona que quisieran consultarlos.

En las páginas anteriores hemos hecho referencia a las estadísticas policiales en España y Alemania y es verdad, que hacer una comparación entre ambas es complicado. Como antes se apuntaba, es difícil a pesar del intento y perfeccionamiento de la elaboración de indicadores comunes para la recogida de datos estadísticos a nivel europeo e internacional. Sin entrar a examinar en profundidad los criterios de evaluación y el alcance y contenido de los mismos, es necesario comentar en líneas generales algunas apreciaciones sobre las estadísticas policiales sobre ambos países.

En primer lugar, a efectos de clarificar la presentación de las estadísticas de los diversos cuerpos policiales, cabe decir que a pesar de que éstas presentan conjunta y separadamente la cifra de criminalidad para nacionales y extranjeros, siendo ésta última mucho menor. Del mismo modo, se analizan en los informes estadísticos la persistencia en una misma tipología delictiva como ocurría con los infractores nacionales, aunque no se entra a valorar dicha realidad ya que no es el tema de análisis de este trabajo. Como se indican en las estadísticas los hombres han registrado más casos que las mujeres, aunque tampoco se va a entrar a valorar eso.

En segundo lugar, en cuanto al registro de datos individuales para fines estadísticos policiales, cabe reseñar que en las mostradas por España, no se incluye información referente al cómputo de los casos delictivos. En el caso alemán, hay un documento detallado, donde incluso se recogen unas directrices para las *LKA* de cada «*Bundesland*» y hasta 48 ejemplos para explicar cómo puede contabilizarse un hecho en función del tipo delictivo, de las víctimas, etc⁸⁹⁷.

⁸⁹⁷ Vid. BUNDESKRIMINALAMT (2015). *Richtlinien für die Führung der Polizeilichen Kriminalstatistik. Beispiellesammlung*. Wiesbaden: BKA. K-PKS. Recuperado (08.02.2017) de: file:///C:/Users/Lorena/Downloads/pks2015RichtlinienAnlage5.pdf.

En tercer lugar, señalar que entre la criminalidad y la tasa de hechos esclarecidos por la policía se establece una relación proporcional. Es decir, cuanto mayor sea la criminalidad, menor es la tasa de hechos esclarecidos por parte de la policía y al revés. Cuanto menor sea la criminalidad, mayor es el esclarecimiento de los hechos delictivos, que se traduce en un esfuerzo y efectividad policial. En la metodología de ambas estadísticas se detalla cuando se considera un hecho como esclarecido.

En cuarto lugar, no puede olvidarse que desde la política y los medios de comunicación, las estadísticas policiales son tomadas mayoritariamente como referencia para mostrar el desarrollo de la criminalidad juvenil en un periodo de tiempo determinado. La estadística criminal va a reflejar el trabajo de las instancias de control social en relación a una valoración cuantitativa de la criminalidad en el campo claro («*Hellfeld*»). Estas estadísticas van a dejar manifiesta una parte concreta, proyectando un cuadro especial sobre la evolución de la delincuencia juvenil conocida y registrada.

En quinto lugar, la tasa de criminalidad como indicador del crimen en España se calcula por cada 1.000 habitantes, mientras que la tasa de criminalidad en Alemania se calcula por cada 100.000 habitantes. Por consiguiente, en relación al cómputo de las tasas de criminalidad para ver el riesgo que entraña la criminalidad en un país, se calcula la tasa de infracciones penales o de un tipo delictivo concreto por 1.000, 10.000 o 100.000 habitantes en función del tamaño de la población.

En sexto lugar, a pesar de los esfuerzos en el ámbito internacional y europeo de armonizar criterios, no es menos cierta la incompatibilidad en la comparativa criminológica referida a la definición de determinadas infracciones que varían de una jurisdicción a otra. Del mismo modo, que la inclusión y separación de los grupos de jóvenes y de adolescentes en el registro policial estadístico. Ya que, en el sistema policial español solo se registran los casos de jóvenes de 14 a 17 años, mientras que en el sistema policial alemán se disgregan dos grupos de menores. Esto es, porque los adolescentes pueden ser tratados acorde a la jurisdicción de menores y por lo tanto se registran separados de los adultos.

En séptimo lugar, la carga criminal de sospechosos (*TVBZ*) calculada de los registros policiales para la estadística alemana, no es calculada en las estadísticas policiales españolas. Particularmente, la comparan con la cifra de carga de condenados, siendo obviamente mucho

mayor la carga de sospechosos que la de condenados. Sobre todo, en el caso de menores, en parte por la aplicación de medidas extrajudiciales. En cualquier caso, si la cifra de la carga de sospechosos en menores infractores es alta, no hay que dramatizar sobre ello ya que la delincuencia juvenil suele ser un fenómeno episódico y ubicuario.

En octavo lugar, en la estadística policial alemana se recogen y registran los datos empíricos correspondientes a sospechosos a partir de 8 años, mientras que en la española a partir de los 14 años que es cuando se considera a un menor penalmente responsable de un hecho ilícito. El hecho de que se tengan en cuenta a los menores a partir de 8 años como datos cuantitativos en el registro policial atiende simplemente a establecer un límite de edad a partir del cual se realiza el cálculo de la carga criminal. La relevancia criminológica a esa edad en el ámbito de las estadísticas de la *PKS* no es trascendental, sino es por influir sobre posibles medidas educativas en el entorno escolar y familiar del menor.

4.2. La estadística judicial

La estadística judicial se obtiene de los datos oficiales registrados en el sistema de justicia penal juvenil. Gracias al análisis cuantitativo, se consigue un mejor conocimiento sobre la efectividad de las medidas impuestas en ambos países. Al mismo tiempo, se determina la eficacia de las mismas evaluando por tanto la ley penal juvenil tanto en España como en Alemania. Junto a la estadística judicial, es necesaria la literatura especializada al respecto y las investigaciones criminológicas de carácter empírico realizadas en las CC.AA. y en los «*Bundesland*». Investigaciones que incluyen aspectos desde una perspectiva sociodemográfica, psicosocial y criminológica, para la posible predicción de la reincidencia en menores infractores.

De hecho al hilo de lo anterior, uno de los últimos trabajos longitudinales realizado en España relativo a la predicción de reincidencia en menores-mediante el uso de un instrumento de

evaluación del riesgo-,⁸⁹⁸ demostraba que a pesar de no haber sido tan estudiada en profundidad y de obtener resultados no tan satisfactorios, al menos, se vislumbra una mejora (en la dotación de un instrumento de predicción del riesgo de reincidencia en jóvenes infractores) al sistema de justicia juvenil de las CC.AA. Sirva este ejemplo, para probar la importancia de la colaboración entre el sistema de justicia juvenil y la criminología con la aportación de los datos estadísticos registrados.

La estadística judicial en España será analizada a nivel de la Comunitat Valenciana y de la ciudad de Valencia. En Alemania, va a ser examinada a nivel de «*Bundesland*» y de la ciudad berlinesa, que al igual que pasaba con la estadística policial, va a coincidir la estadística del Estado Federado con la de la ciudad.

La estadística judicial de manera general, nos dará información sobre los menores que han pasado un tiempo concreto por el sistema de justicia juvenil al haber cometido una infracción penal y como consecuencia de ello se les ha aplicado una medida sancionadora, aunque vuelvan nuevamente a delinquir. Al margen de los numerosos factores que puedan influir en la reincidencia, como el tipo de sanción aplicada, el perfil del menor infractor o las diferentes variables de índole social, familiar, etc, es importante como complemento en la consideración del fenómeno de la reincidencia, la información estadística.

En la misma línea que la estadística policial, la publicación «*European Sourcebook of Crime and Criminal Justice Statistics*», también recoge estadísticas a nivel de los países de la UE. Datos estadísticos de la acusación, de la Fiscalía («*prosecution statistics*») en relación al inicio del enjuiciamiento, y de condenas («*conviction statistics*»). De esta manera, se intentan armonizar criterios mediante el establecimiento de una serie de indicadores entre los países de la UE. La unidad de cálculo en la primera estadística es el caso y en la segunda es el número de personas condenadas.

⁸⁹⁸ Vid. LÓPEZ, E., GARRIDO, V., LÓPEZ, J.J., LÓPEZ, M.J., GALVIS, M.J. (2016). Predicción de la reincidencia con delincuentes juveniles: un estudio longitudinal, *Revista Española de Investigación Criminológica*, 6 (14), 1-22.

No se trata en este epígrafe de hacer una comparativa entre ambos países como ya se ha dicho en otras ocasiones, ya que no existe una estadística y reglamento común entre los países de la Unión Europea. Parece obvio entonces, a través del registro y de la identificación de los datos de origen administrativo conseguir un acercamiento cuantitativo a la reincidencia judicial.

4.2.1. La estadística judicial en España

Es cierto, como indica Pérez Jiménez, que los menores juzgados en España se pueden analizar desde la información que nos proporcionan dos fuentes como son: los estudios criminológicos con la información procedente del procedimiento penal de los menores (expedientes judiciales) y aquellos estudios que se efectúan a partir de la ejecución de las medidas, concretamente las de internamiento.⁸⁹⁹

Para empezar, la explotación de la estadística judicial en España corre a cargo del Instituto Nacional de Estadística (INE). También se puede obtener información de carácter documental de otras bases como por ejemplo, de las memorias de la Fiscalía General del Estado y del Consejo General del Poder Judicial. Por ejemplo, se encuentra información sobre menores infractores en el Boletín Información Estadística del CGPJ, cuya primera publicación es de 2008. En este informe, se reflejan los datos cuantitativos de los Juzgados de Menores del territorio nacional, describiéndose así la situación de tales Juzgados tras la reforma de la LORRPM mediante la LO 8/2006.⁹⁰⁰

⁸⁹⁹ PÉREZ JIMÉNEZ, F. (2010). Perfil criminológico del menor infractor y de los ilícitos cometidos. En I.F. BENÍTEZ ORTÚZAR, y M.J. CRUZ BLANCA (dir.), *El derecho penal de menores a debate. I Congreso Nacional sobre Justicia Penal Juvenil* (pp. 225-240). Madrid: Dykinson, p.235. Aunque las estadísticas derivadas de la ejecución de las medidas, se incluyen en este trabajo de investigación en el apartado relacionado con la estadística penitenciaria, ya que se cumplen en un centro de internamiento. Por lo que, se mostrarán las cifras que se han publicado al respecto en relación al número de internos menores de edad en un centro acorde al cumplimiento de una medida articulada en la LORRPM

⁹⁰⁰ *Vid.* CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL (2008). Sección de Estadística Judicial del Consejo General del Poder Judicial Situación de los Juzgados de Menores (II), *Boletín Información Estadística*, (14), 1-16.

Con la publicación de este documento sobre el ámbito de la jurisdicción de menores se puede obtener más información sobre el número de asuntos recibidos y la resolución de los mismos, las sentencias dictadas y sobre cuántas contienen medidas y de qué tipo. Otro ejemplo, es el seguimiento realizado desde 2011 por parte de la Fiscalía, de aquellos expedientes de menores en procesos seguidos en la justicia juvenil por hechos calificados como de extrema o máxima gravedad, conforme al artículo 10.1 b) y 2 LORRPM, donde se incluye la reincidencia.⁹⁰¹ En suma, desde las memorias del CGPJ y de la FGE se han mostrado los datos cuantitativos de la respuesta dada por el sistema de justicia penal de menores ante los hechos delictivos cometidos por éstos.

En cualquier caso, la estadística judicial española va a versar entre otros, sobre los diferentes procedimientos dentro del sistema judicial, incluyendo las condenas previas de los infractores, por lo que la determinación de una sentencia condenatoria es fundamental para conocer más sobre el fenómeno de la reincidencia. Como la estadística criminal oficial es distribuida por el INE y es elaborada a partir de las inscripciones de los menores condenados por sentencia firme en el Registro Central de Sentencias de Responsabilidad Penal de los Menores.⁹⁰² El 3 de julio de 2007 se llevó a cabo un acuerdo de cooperación entre ambas instituciones para la explotación estadística de dichos datos, pero sin la inclusión de la identificación directa de los inscritos.

Como se desprende de su informe metodológico, la estadística de menores condenados en sentencia firme (una o varias veces) a lo largo de un año de referencia, atiende a varias descripciones y análisis de datos por parte del Instituto Nacional de Estadística. Estos son: a) las características sociodemográficas de los menores condenados de 14 a 17 años (sexo, edad del último cumpleaños y nacionalidad), b) la información sobre infracciones penales y c) la

⁹⁰¹ Vid. FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. (2015). *Memoria de la FGE 2015. Capítulo III. Fiscales especialistas y Delegados para materias específicas. Menores*, 483-510.

⁹⁰² La información enviada desde el Registro Central de Sentencias de Responsabilidad Penal de los Menores hasta el INE contiene lo siguiente: identificador del menor penado, país de nacimiento, provincia de nacimiento, país de nacionalidad, sexo, fecha de nacimiento, código de la infracción penal cometida, número de infracciones penales cometidas, código de la medida adoptada, provincia del órgano sentenciador, grado de comisión de la infracción penal, grado de implicación en la infracción penal, fecha de sentencia y fecha de comisión de la infracción penal.

información sobre medidas sancionadoras o educativas adoptadas.⁹⁰³ En la descripción de la tipología delictiva se sigue la tipificada en el CP español, del mismo modo que para la descripción sobre las medidas adoptadas, se atiende a la última reforma de 2006 de la LORRPM.

Se va a realizar el registro y el análisis de los datos empíricos cuantitativos a nivel nacional provincial y autonómico. La publicación es anual y de libre acceso, publicándose en la web del INE bajo la rúbrica de Calendario de publicaciones.⁹⁰⁴ Las estadísticas se presentan en formato electrónico Excel separadas según características sociodemográficas y criminológicas. Aunque, también compiladas en una publicación anual dentro del apartado de *Seguridad y Justicia* de la web del INE donde se encuentran las relativas a condenados, infracciones penales y medidas adoptadas.

Por otro lado, como se adelantó al inicio de este apartado, el CGPJ refleja en un informe anual llamado *La justicia dato a dato*, las actividades de los órganos jurisdiccionales en el territorio nacional, utilizando unos indicadores para medir su sistema de calidad en todos los órganos jurisdiccionales.⁹⁰⁵

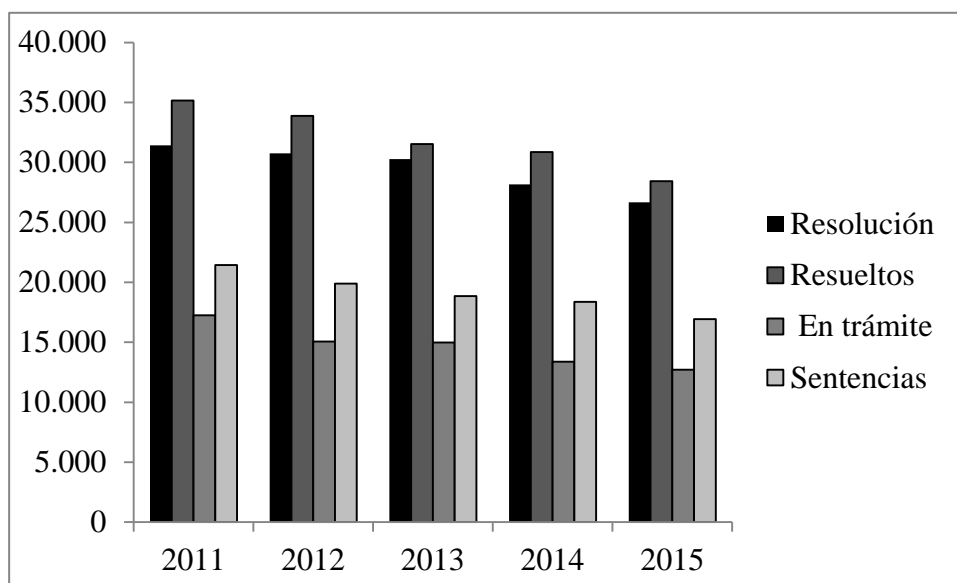
Antes de nada, si comparamos estos últimos informes anuales siguiendo las mismas pautas que en anteriores análisis en lo que se refiere a una serie temporal de tiempo, se observa en cuanto al movimiento de asuntos de los JME a nivel nacional un descenso paulatino de los asuntos ingresados, permaneciendo la resolución superior al ingreso en todos los años, y disminuyendo los asuntos en trámite (Gráfico 9). Al final, este dato ayuda a profundizar en el funcionamiento y la nueva creación de estos órganos en todo el territorio.

⁹⁰³ Información extraída de los informes metodológicos estandarizados del INE en relación a la estadística de condenados: menores. Última actualización de los metadatos: 08.09.2016. Recuperado (24.02.2017) de: <http://www.ine.es/dynt3/metadatos/es/RespuestaPrint.html?oper=214>.

⁹⁰⁴ Véase el Calendario de disponibilidad de Estadísticas del INE. Recuperado (27.02.2017) de: <http://www.ine.es/daco/daco41/calen.htm>.

⁹⁰⁵ Véase la estadística anual del CGPJ llamada *La Justicia dato a dato*. Recuperado (27.02.2017) de: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/Actividad-de-los-organos-judiciales/Juzgados-y-Tribunales/Justicia-Dato-a-Dato/>.

Gráfico 9. Evolución del movimiento de asuntos en la jurisdicción penal de los Juzgados de Menores a nivel nacional (2011-2015)



Fuente: Elaboración propia a partir de los documentos anuales *La Justicia dato a dato* del CGPJ (2011-2015).

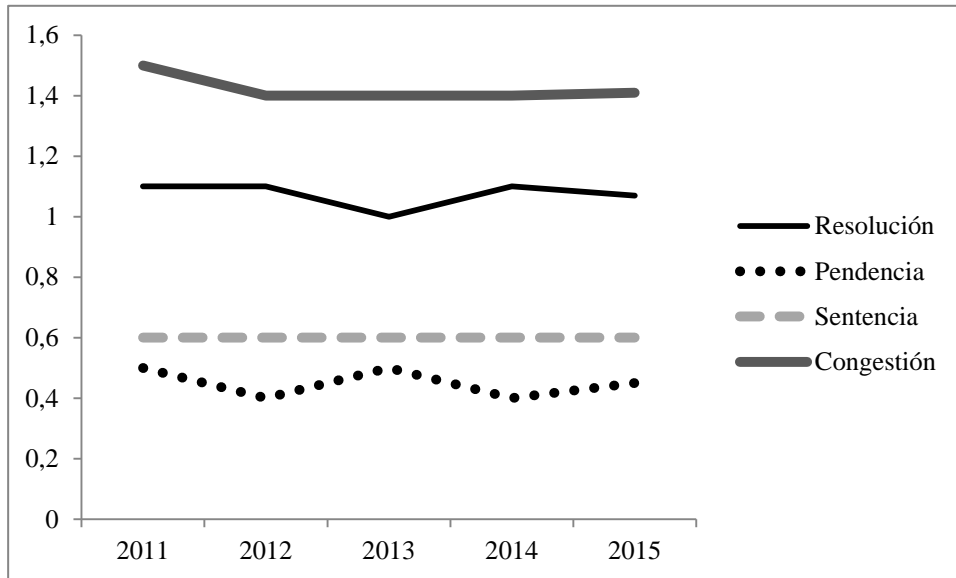
Se mantienen las tasas de resolución⁹⁰⁶ (alrededor de 1,1), descendiendo ligeramente en 2015 a 1,07 (Gráfico 10). Al ser la tasa mayor a 1, quiere decir que no solo se resuelven todos los asuntos que ingresan, sino que además se resuelven los que están pendientes, de ahí que en esos casos la pendencia se reduce.⁹⁰⁷ De la misma manera, se refleja en este Gráfico que las tasas de pendencia descenden (variando entre 0,4 y 0,5) y las de congestión se reducen en los últimos años a 1,4, reproduciéndose de forma similar a la tasa de sentencia. Es por ello, que se puede hacer una estimación con ayuda de la tasa de pendencia,⁹⁰⁸ para saber cuánto tiempo adicional precisa el sistema para dar respuesta a la demandas de ejecución que están pendientes de resolverse por la vía judicial en la jurisdicción de menores.

⁹⁰⁶ La tasa de resolución corresponde al cociente entre los asuntos resueltos y los asuntos ingresados durante un intervalo de tiempo concreto.

⁹⁰⁷ GARCÍA ESPAÑA, E., y DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. (dirs.) (2013). *La Administración de Justicia según los datos. Especial referencia a la jurisdicción penal*. Málaga: Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología, p.219.

⁹⁰⁸ Al ser la tasa de pendencia inferior a 1 esto quiere decir que se resuelven tanto los asuntos pendientes como los asuntos de nuevo ingreso.

Gráfico 10. Tasas de resolución, de pendencia, de sentencia y de congestión en España (periodo 2011-2015)



Fuente: Elaboración propia a partir de los documentos anuales *La Justicia dato a dato* del CGPJ (2011-2015).

En relación a la calidad de la justicia por parte de los órganos de la jurisdicción penal y en concreto de los Juzgados de Menores, se refleja en el informe anual la estimación en meses de los asuntos terminados en cada periodo.⁹⁰⁹ Se aprecia un descenso de casi un punto que se traduce en un mes menos, en favor de una mayor agilidad y corrección de la justicia.⁹¹⁰ Es por ello, que se ofrece una mejor calidad de servicio en la jurisdicción de menores, en parte quizás por el aumento de los JME lo que supone, una mayor cantidad de personal y de recursos materiales.

Se empieza por el análisis del último año registrado de las estadísticas del INE, el correspondiente al año 2015, con información referente a los datos ofrecidos de menores

⁹⁰⁹ CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL (2015). *La Justicia dato a dato. Año 2015*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, p.91.

⁹¹⁰ Este indicador puede contaminar los datos ya que la mayoría de los asuntos en el ámbito penal se suele archivar por autor desconocido y también diversos asuntos se suelen duplicar en el proceso de contabilización en parte porque se transforman. Véase GARCÍA ESPAÑA, E y DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. *La Administración de Justicia según los datos...*, op. cit., p. 210.

condenados por los Juzgados de Menores a nivel nacional y a nivel de la Comunitat Valenciana.

Los datos a nivel nacional arrojan que los menores de entre 14-17 años fueron un total de 13.981. Si se compara esta cifra con años anteriores se observa una disminución que se ha reducido progresivamente (Tabla 11). Es apreciable en la misma, la variación respecto a años anteriores en la serie temporal de 2011-2015, donde ha habido un descenso en la cuantía de menores condenados, excepto en el año 2014. En el año 2014 hubo un incremento del 2,1% respecto al año 2013, aunque disminuyendo posteriormente.

También, se muestra en esta Tabla, la tasa de condena por cada 1.000 habitantes del rango de edad de 14 a 17 años. Se observa notablemente una variación de un año a otro, pasando de un 9,7% en 2011 a un 7,9% en 2015, en relación a la tasa de menores condenados por cada 1.000 habitantes del mismo rango de edad.

Tabla 11. Menores condenados por los Juzgados de Menores en España y en la Comunitat Valenciana (periodo 2011-2015)

Evolución menores condenados						
Año	Total condenados	Variación % España	Tasa por 1.000 habitantes España	Lugar de condena* (C.V.)**	Variación % C.V.	Tasa por 1.000 habitantes C.V.
2011	17.039	-6,6	9,7	2.502	-2,0	13,0
2012	16.172	-5,1	9,3	2.402	-3,9	12,7
2013	14.744	-8,8	8,6	2.262	-5,8	12,3
2014	15.048	2,1	8,7	2.411	6,5	13,0
2015	13.981	-7,1	7,9	2.214	-8,1	11,8

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos publicados por el INE en relación a menores condenados (2011-2015)

*) Valores absolutos correspondientes a los menores condenados por CC.AA. (Según lugar de condena)

**) C.V.: Comunitat Valenciana.

En el caso del lugar de condena, si atendemos a la Comunitat Valenciana, se ve reflejado en la Tabla anterior el valor correspondiente a 2.214 menores condenados en el año 2015 frente a los 2.502 del año 2011. Si se comparan los valores absolutos del total de menores condenados a lo largo de estos años, se aprecia sin duda, una disminución manifiesta desde 2011 hasta 2015, excepto un pequeño repunte en 2013. La tasa de condena en esta Comunidad Autónoma es del 11,8%, siendo menor respecto al año anterior (13,0%). En relación a los menores condenados en la Comunitat Valenciana, se detecta una variación porcentual del 2% (en 2011) frente a una disminución del 8,1 % (en 2015). Aunque, en el año 2014 se observa en esta Comunidad un ligero aumento de menores condenados y de la tasa de condena respecto a años anteriores, mejorando al año 2015.

Siguiendo con la Comunitat Valenciana, de lo que se desprende de los informes estadísticos es la inscripción mayoritaria de delitos (2.470) frente a las faltas (1.154), poniéndose entonces de relieve la incidencia de ambas en el grupo correspondiente a 17 años de edad. Este panorama se podría explicar en base al principio de oportunidad, por lo que no se incoa el procedimiento por parte del Ministerio Fiscal dando lugar a menos menores procesados por infracciones penales catalogadas como delitos.

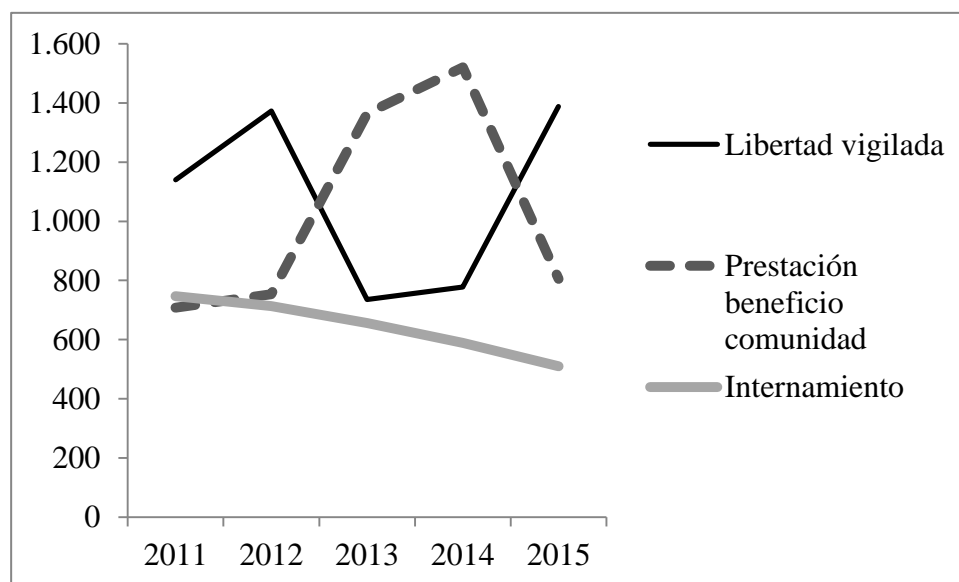
En cuanto a la distribución a nivel nacional de medidas adoptadas acordadas en sentencia en el año 2015 han sido por orden: la libertad vigilada (9.223), la prestación de servicios en beneficio de la comunidad (3.905) y el internamiento (3.666). Destacan las medidas no privativas de libertad frente a las medidas privativas de libertad.

Por Comunidades Autónomas, Andalucía destaca en la imposición de la medida de libertad vigilada y de internamiento (en segundo lugar Cataluña y en tercer lugar la Comunitat Valenciana). Mientras, la Comunitat Valenciana resalta en la medida de prestación de servicios en beneficio de la comunidad (seguido de Andalucía y Comunidad de Madrid). Las tres provincias sobresalen en años anteriores respecto a la imposición de estas mismas medidas, aunque con alguna variación en lo que respecta al orden que ocupan. Respecto a la medida de internamiento, destaca el régimen semiabierto en todos los grupos de edad.

Particularmente, en la Comunitat Valenciana entre las medidas adoptadas se aprecian en primer lugar la libertad vigilada (1.388) siendo mayoritariamente aplicada a menores de 15 y 16 años (358 y 351 respectivamente), seguida de la prestación de servicios en beneficio de la

comunidad (850), donde sobresalen los menores de 17 años y de 16 años. Por otro lado, el internamiento supone un 14,3% del total de las medidas impuestas a menores condenados entre 14 y 17 años. Sin embargo, se reduce progresivamente la medida de internamiento,⁹¹¹ mientras que las de libertad vigilada y de prestación de servicios en beneficio de la comunidad solo en el último año, ya que los anteriores años han sufrido fluctuaciones (Gráfico 11).

Gráfico 11. Evolución medidas adoptadas en sentencia en la Comunitat Valenciana (periodo 2011-2015)



Fuente: Elaboración propia a partir de los datos publicados por el INE en relación a menores condenados (2011-2015)

En la provincia de Valencia existen 4 Juzgados de Menores. Estos JME dictan las sentencias correspondientes a delitos con o sin imposición de medidas. El hecho de que se reflejen unas cifras más bajas en la imposición de la medida de internamiento del conjunto de las medidas más frecuentes aplicadas está en la línea de lo que marcan los estándares internacionales y de la finalidad educativa de la justicia penal de menores, al imponerse las medidas de

⁹¹¹ Las estadísticas de las medidas de internamiento por Comunidad Autónoma se realizan hasta el año 2012 de manera separada, luego se agrupan estas medidas en régimen (cerrado, semiabierto, abierto y terapéutico) en un único grupo de medidas de internamiento por CC.AA.

internamiento como último recurso. Prevalece además la adopción de medida única, frente a la elección de dos y tres medidas para un solo menor.

Además de los datos presentados sobre menores condenados y medidas impuestas, se va a examinar el objeto de estudio de este trabajo que son los menores reincidentes. Se describen como aquellos menores que han cometido nuevas infracciones penales sobre la causa base por la que se les juzgó y se les impuso una medida.

Se produce por tanto un registro por causa de esa nueva intervención penal. Las cifras estadísticas explotadas por el INE distribuyen los datos por grupos en: a) dos infracciones penales, b) tres infracciones penales y c) más de tres infracciones penales. Las infracciones penales incluyen los delitos y las faltas.

De la Tabla 12 se desprende, que tanto los menores que han cometido una infracción penal como los que han cometido dos o tres han sufrido una disminución progresiva en el número de delitos y faltas con el paso del tiempo, excepto el grupo incluido entre los de tres o más infracciones que sube en el último año. En cualquier caso, de manera general cabe decir que es más frecuente el menor infractor primario que el que delinque nuevamente.

Por otro lado, los menores que han sido condenados por la comisión de dos infracciones penales son los pertenecientes al grupo de 17 años. Luego sobresalen los menores que cometieron de tres a más infracciones penales, propias del grupo de 16 años, aunque el primer contacto con la justicia fuera a los 15 años. No se especifica en ningún caso, cuál es la naturaleza de las infracciones en los diferentes grupos.

Tabla 12. Valores absolutos de menores condenados por infracción penal en virtud de la LORRPM en España (periodo 2011-2015)

Menores condenados según número infracción penal				
Año	1 infracción	2 infracciones	3 infracciones	3 o más infracciones
2011	11.050	3.242	1.341	1.406
2012	10.426	3.115	1.262	1.369
2013	9.348	2.942	1.184	1.270
2014	9.666	3.019	1.168	1.195
2015	9.097	2.579	1.103	1.202

Fuente:Elaboración propia a partir de los datos publicados por el INE en relación a menores condenados por una o más de una infracción penal (2011-2015)

El número de infracciones penales cometidas por un menor en el caso de la C.V., corresponde mayoritariamente a menores que han realizado un único ilícito penal en comparación al grupo de menores de edad que han cometido dos o más infracciones, el cual además se va reduciendo con los años (Tabla 13).

Tabla 13. Valores absolutos de menores condenados por infracción penal en virtud de la LORRPM en la Comunitat Valenciana (periodo 2011-2015)

Menores condenados en la Comunitat Valenciana			
Año	Total	1 infracción	2 o más infracciones
2011	2.502	1.557	945
2012	2.402	1.509	893
2013	2.262	1.426	836
2014	1.875	1.572	839
2015	2.214	1.452	762

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos publicados por el INE en relación a menores condenados por una o más de una infracción penal (2011-2015)

Además de lo expuesto, con la ayuda de las investigaciones criminológicas se puede completar y ampliar las estadísticas judiciales para el estudio sobre la reincidencia. Ya que se analiza entre otras: la causa base y la medida o medidas impuestas, el tipo de infracción penal de la causa base, la naturaleza de los delitos posteriores, etc.

4.2.2. La estadística judicial en Alemania

Las estadísticas judiciales en Alemania («*Strafverfolgungsstatistik*»)⁹¹² son publicadas anualmente en formato electrónico por la Oficina Federal Estadística («*Statistisches Bundesamt*»), siendo las del año 2015 las últimas disponibles hasta la fecha.⁹¹³ En este documento se va a proporcionar información sobre la aplicación de las disposiciones penales por parte de los Tribunales alemanes, en concreto, (Tribunal Superior Regional: «*Oberlandesgericht*» y Tribunales Regionales: «*Landgericht*»). Además, se reflejará la evolución de la delincuencia en relación a diferentes grupos de personas. En suma, son los datos administrativos con valor estadístico de aquellos sujetos condenados por delitos o faltas contemplados en el CP alemán, o en otras leyes federales o nacionales. Desde 2007, se cubre y amplía totalmente el estudio estadístico a toda Alemania para poder llevar a cabo una comparación temporal de los datos. Con anterioridad, concretamente desde el año 1998 hasta el año 2005 existía una imprecisión en la clasificación, en relación a las cifras de los enjuiciados y condenados.⁹¹⁴

A través de estas estadísticas se muestra la estructura de las decisiones de los Tribunales penales y los cambios y la evolución de la criminalidad judicial registrada en el país y en los

⁹¹² En esta estadística se incluyen las infracciones de tráfico, las cuales quedan excluidas del registro policial.

⁹¹³ STATISTISCHES BUNDESAMT (2015). *Strafverfolgungsstatistik 2015. Fachserie 10 Reihe 3*. Wiesbaden: Statistisches Bundesamt. [Versión Digital PDF]. Recuperado (13.02.2017) de: https://www.destatis.de/DE/Publikationen/Thematisch/Rechtspflege/StrafverfolgungVollzug/Strafverfolgung2100300157004.pdf?__blob=publicationFile.

⁹¹⁴ STATISTISCHES BUNDESAMT (2015). *Strafverfolgungsstatistik 2015. Qualitätsbericht*. Wiesbaden: Statistisches Bundesamt [Versión Digital PDF]. Recuperado (14.02.2017) de : https://www.destatis.de/DE/Publikationen/Qualitaetsberichte/Rechtspflege/Strafvollzug.pdf?__blob=publicationFile.

Estados Federados. Los datos de las autoridades judiciales en los que se basan las estadísticas se mandan después de la conclusión del procedimiento penal al final de cada mes natural al correspondiente registro u oficina estadística competente de cada estado. Hay un registro por tanto de la Oficina Federal Estadística y otro en paralelo del *BZR*, sobre el que ya se habló anteriormente.

Tanto las características como las políticas de recolección de datos y la metodología son las mismas en todos los Estados, por lo que los datos de los «*Bundesländer*» pueden ser comparados. Debe tenerse en cuenta que esta estadística como la de la *PKS* van a mostrar la criminalidad registrada, aunque la judicial refleja la valoración del hecho delictivo por medio de la adopción de una sentencia condenatoria por parte de un Tribunal penal. Para los jóvenes y los adolescentes hay Tribunales especiales de acuerdo a lo regulado en el articulado de la *JGG*.

La distribución de responsabilidades y competencias en la jurisdicción de menores⁹¹⁵ en primera instancia se reparte básicamente entre el Juez de Menores que es un órgano individual («*Jugendrichter*») para delitos leves y el Tribunal de Escabinos formado por un Juez y dos legos («*Jugendschöffengericht*»)⁹¹⁶ para delitos graves, aunque también la cámara o sala de menores con 3 Jueces y 2 legos («*Jugendkammer*») para delitos muy graves y apelaciones de los otros dos Tribunales. En Berlín, por ejemplo hay 6 «*Jugendkammern*».⁹¹⁷

Ante la jurisdicción de menores cabe un único recurso: a) una única apelación («*Berufung*») o una casación («*Revision*») como consecuencia de las decisiones judiciales de ambos órganos municipales con arreglo a los hechos (es decir, contra una decisión del Juez de Menores o del Tribunal de Escabinos), o b) una casación contra la decisión de la «*Jugendkammer*» como

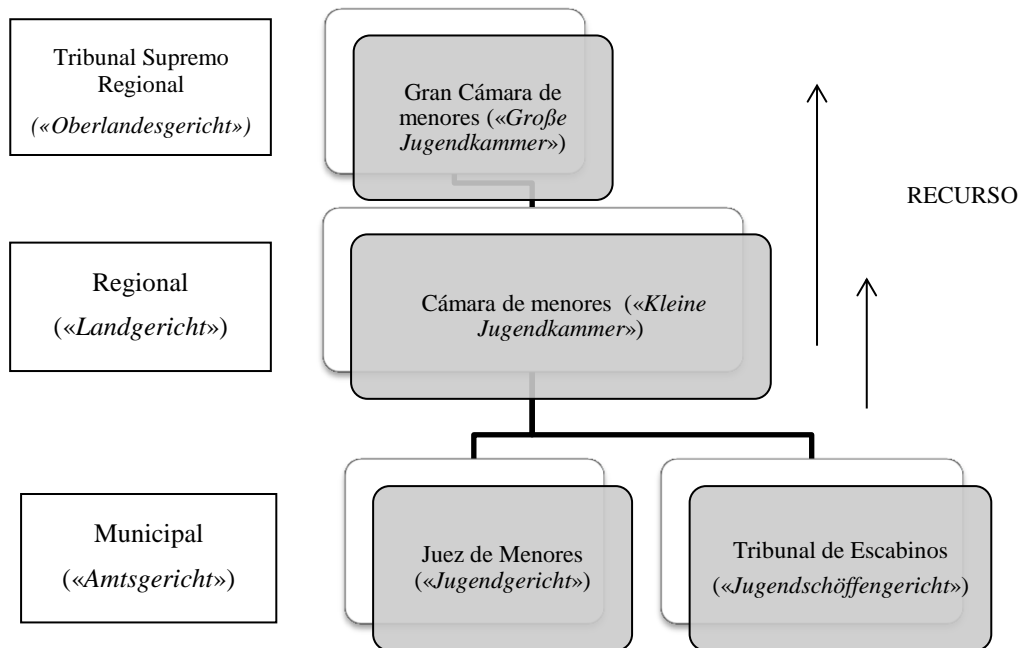
⁹¹⁵ §33 *JGG*: «Über Verfehlungen Jugendlicher entscheiden die Jugendgerichte. (2) Jugendgerichte sind der Strafrichter als Jugendrichter, das Schöffengericht (*Jugendschöffengericht*) und die Strafkammer (*Jugendkammer*)».

⁹¹⁶ La competencia conforme a la norma penal juvenil corresponde al Tribunal de Escabinos en virtud del §40.1 *JGG* cuando no se puede juzgar por el Juez de Menores o la Cámara de Menores.

⁹¹⁷ Vid. *Geschäftsplan des Landgerichts Berlin 2017*. Recuperado (21.04.2017) de: https://www.berlin.de/gerichte/landgericht/_assets/geschaefftsplan-2017.pdf

recurso de ley, pero esta vez a nivel del Tribunal Supremo Regional del Estado Federado para revisar cuestiones legales generales (Figura 1).

Figura 1. Sistema de justicia penal juvenil alemán («Jugendgerichtsbarkeit»)



Fuente: Elaboración propia a partir de Jehle, J.M. (2015). *Criminal Justice in Germany*. Berlin: Federal Ministry of Justice and Consumer Protection

Por otro lado en relación al contenido de los datos, se incluyen las cualidades de los menores que son juzgados, entre las que se encuentran: las características demográficas (la edad del menor en el momento de la comisión del crimen, el sexo o la nacionalidad), el tipo de delito, el tipo de decisión adoptada por el órgano jurisdiccional, el tipo de sanción impuesta, los antecedentes penales y la prisión preventiva.

Antes de comenzar a analizar los datos registrados a nivel judicial en el ámbito de menores, conviene dejar constancia sobre algunos conceptos que clarificarán y ayudarán en la interpretación de los datos registrados.

En la estadística judicial alemana se recogen tanto las personas juzgadas («Abgeurteilte», en lo sucesivo AV) como a los condenados («Verurteilte», VU). Este grupo AV, engloba a los acusados contra los que se ha iniciado un procedimiento penal y se concluye bien con una sentencia mediante la cual se impone una pena acorde a la legislación penal vigente, o bien con otra decisión de clausura como un sobreseimiento. Este grupo engloba al conjunto de

sujetos condenados *VU*, junto con aquellos sobre los que se han adoptado otras decisiones por parte del órgano jurisdiccional (absolución, suspensión).⁹¹⁸ Si la misma persona es condenada en varios procedimientos será contado como tal, de manera separada para cada procedimiento. En el caso de la jurisdicción de menores, cuando no se continúa por parte del Fiscal con consentimiento del Juez de Menores con el procedimiento en virtud de §45.3*JGG*, se refleja en una estadística aparte.

Los condenados *VU*, son aquellos acusados a los que se les ha impuesto una pena privativa de libertad, arresto o multa en virtud de *StGB* o alguna de las medidas sancionadoras incluidas en el catálogo de *JGG*. Solo pueden ser condenados aquellos que en el momento de la comisión del hecho delictivo tengan 14 años o más. A efectos de cómputo estadístico, los sujetos que han cometido un delito anterior aunque no sean condenas en sentido legal acorde a la *JGG* se contabilizan («*frühere Verurteilungen*»), asimismo las entradas reflejadas en el *BZR* que aún no han sido canceladas.

Por otro lado, hay dos parámetros que se miden en relación a las personas condenadas, uno es la tasa de condenados («*Verurteilquote*», *VQ*) que representa la tasa de condenados en un año como consecuencia de un procedimiento penal, y se representa por la fórmula $VQ = VU / AV \times 100$. El otro parámetro es la cifra de condenados («*Verurteilenziffer*», en lo sucesivo *VZ*) para cada grupo de edad y solo aplicados a los condenados alemanes. Se compara por cada 100.000 habitantes el grupo del intervalo de edad concreto de los condenados en relación a la población normal de ese mismo grupo de edad. La fórmula se calcula como $VZ = VU / EW^{919} \times 100$.

Existe una información detallada respecto a todas las tipologías penales recogidas en el Código Penal, del mismo modo que otras tipologías articuladas en otras leyes especiales. Se presenta también un desglose corresponde a diferentes intervalos de edad tanto para personas

⁹¹⁸ A efectos del cómputo solo se registra la existencia del delito que de acuerdo a derecho haya recibido la sanción más dura en un caso de persona enjuiciada por varios delitos. Cuando la misma persona debe responder en varios juicios, cada juicio se va a contar por separado.

⁹¹⁹ *EW* significa «*Einwohner*» y refleja el número de habitantes con esa edad de una población concreta.

enjuiciadas como condenadas, ofreciéndose así una amplia recolección de datos empíricos que abarcan diferentes leyes. De hecho, dichos datos proporcionados por el sistema judicial están disponibles en formato pdf y Excel al alcance de cualquier usuario que acceda a la web⁹²⁰. De la misma manera, se recoge información detallada sobre los sujetos juzgados en relación al tipo de decisión adoptada por el órgano jurisdiccional agrupándolos en diferentes intervalos de edad, estando a disposición de cualquiera.

Se aprecia una tasa de condena por cada 100.000 habitantes del grupo de edad de menores alemanes de 14 a 17 años que era de 1.095 en 2013 a 859 en 2015, lo que implica una tasa más reducida en las actuales cifras de condenados juveniles.⁹²¹ Las cifras totales de menores y semiadultos condenados en aplicación de una medida penal legislada en *StGB* o una medida juvenil en virtud de *JGG* también disminuyen, al igual que los menores y semiadultos condenados alemanes. A pesar de que en Alemania el número de condenados en total se redujo en 1,2% en Berlín aumentó a un 11,2%.⁹²² En relación a Berlín, un 31,5% de los menores enjuiciados son condenados, siendo además la cifra de condenados en relación a 100.000 habitantes de su mismo intervalo de edad de 733 para menores y de 1.685 para semiadultos en el año 2015.⁹²³

Con respecto a los condenados y a las infracciones penales que han cometido, se presenta el desglose de dos grupos de edad: 14-15 años (11.015) y 16-17 años (20.326), lo que supone un 4,23% del total (739.487)⁹²⁴ de condenados a partir de 14 años en el momento de la comisión del hecho delictivo. Siendo la última franja de edad la que es superior, representando un 64,51% del total de condenados juveniles. Al analizar a los menores, la infracción penal predominante es el robo («*Diebstahl*»), seguido del allanamiento de morada con un («*Einbruchdiebstahl*»). Se observa que el mayor número de condenados en ambos tipos

⁹²⁰ STATISTISCHES BUNDESAMT (2015). *Strafvollzugsstatistik 2015.Fachserie 10 Reihe 3*, pp.26-58.

⁹²¹ *Ibid*, pp.16-17.

⁹²² STATISTISCHES BUNDESAMT (2015). *Strafvollzugsstatistik 2015.Fachserie 10 Reihe 3*, p.20.

⁹²³ En Berlín en el año 2015 había 93.599 menores entre 14 y 17 años en edad penal, mientras que en toda Alemania 64.396.189. En el caso de los semiadultos de 18 a 20 años había 71.044 en Berlin y en Alemania 2.188.965.

⁹²⁴ STATISTISCHES BUNDESAMT (2015). *Strafvollzugsstatistik 2015.Fachserie 10 Reihe 3*, p.25.

delictivos corresponde al intervalo de 16 a 17 años. En cambio, el grupo de adultos jóvenes han cometido principalmente una infracción penal tipificada como «*Körperverletzung*» en el §223 *StGB* (lesiones corporales), seguido del robo («*Diebstahl*») tipificado en §242 *StGB*. Asimismo, se deduce que hay una especial preferencia en la aplicación de la justicia juvenil penal frente a la norma penal de adultos en este grupo de «*Heranwachsende*».

Las medidas impuestas a los menores de edad son predominantemente las «*Zuchmittel*» (medidas correctivas), aunque no se especifican los intervalos de edad pero sí se desglosan los diferentes tipos de medidas correctivas aplicadas, predominando las obligaciones o imposición de cargas («*Auflage*»), y dentro de éstas las prestaciones de trabajo («*Arbeitsleistung*»), también se aplica la amonestación o reprimenda («*Verwarnung*»).⁹²⁵ Lo mismo es extrapolable a Berlín.⁹²⁶ De los menores condenados, un 65,69% (30.898) cumplen esa medida sancionadora como única medida, mientras que un 34,30% (16.137) cumplen dicha medida en combinación con una medida educativa. Por lo que se manifiesta la tendencia por parte de los órganos jurisdiccionales en aplicación del *JGG* de imponer medidas sancionadoras menos restrictivas antes que una pena privativa de libertad. Esto representa un 71,98% del total de medidas aplicables a los menores en el ámbito de la jurisdicción penal juvenil.

Por lo demás, las medidas privativas de libertad superan a las medidas educativas cuando se imponen solas, pero en combinación con otras, las medidas educativas son más frecuentes. También, se detalla pormenorizadamente qué tipo de medida sancionadora se ha impuesto a los menores condenados según el tipo de infracción penal cometida.

Los datos mostrados hasta ahora corresponden al año 2015, por lo que para datos comparativos hay que remitirse a memorias anteriores las cuales están publicadas en la web. En el caso de Berlín, si comparamos el intervalo de años que abarca de 2011 a 2015 se observa una disminución considerable en el tiempo del número de condenados de 14 a 17

⁹²⁵ STATISTISCHES BUNDESAMT. *Strafvollzugsstatistik...*, op.cit., pp.93 y ss.

⁹²⁶ *Ibid*, p.337.

años. En cambio, para los semiadultos de 18 a 20 años hay un ligero aumento en el número de menores condenados.

En el caso de los menores que tienen condenas previas en virtud de la legislación penal juvenil con la imposición de una pena o medida por la comisión de un delito o una falta anterior, se registran en total 28.592 menores (Tabla 14). Bajo el epígrafe 7.2 «*Nach Jugendstrafrecht Verurteilte nach Zahl und Art der früheren Verurteilungen*» del documento se desglosa el número de condenados en función de las delitos previos, distinguiéndose cuatro grupos de menores que tienen: a) una condena, b) dos condenas, c) tres y cuatro condenas y d) cinco condenas y más (asimismo se incluyen las medidas anteriores decretadas según el tipo de condena anterior más grave). Por lo tanto, en esa Tabla se muestra que el mayor grupo de los menores corresponde a aquellos que tienen otra condena anterior, lo que representa un 42,55% del total de menores con condenas pasadas. Les siguen los de dos condenas (24,46%) y luego lo de tres y cuatro condenas (23,49%). Con todo ello, hay que tener en cuenta que desde 2011 hasta la actualidad, ha habido una reducción paulatina del número total de delitos cometidos por condenados que lo habían sido anteriormente en las cuatro categorías. Por lo tanto, los valores absolutos muestran unas cifras más bajas año tras año.

Tabla 14. Valores absolutos de condenas anteriores en menores en virtud de la *JGG* en Alemania (periodo 2011-2015)

Número de condenas anteriores					
Año	Total	1 condena	2 condenas	3 y 4 condenas	5 y más condenas
2011	46.190	19.479	11.365	11.146	4.200
2012	41.613	17.453	10.329	9.924	3.908
2013	30.804	12.735	7.551	7.434	3.084
2014	31.952	13.229	7.879	7.807	3.037
2015	28.592	12.168	6.996	6.719	2.709

Fuente: Elaboración propia basada en los datos publicados por las *Statistisches Bundesamt (Strafverfolgungstatistik 2011-2015)*

En el caso de la ciudad de Berlín, también la estadística judicial arroja información sobre menores que han sido condenados previamente. Estos menores se aglutinan en ocho grupos según el número de condenas anteriores: a) dos condenas, b) tres condenas, c) cuatro condenas, d) cinco condenas, e) seis condenas, f) siete condenas, e) ocho condenas o f) nueve y más condenas.⁹²⁷ La «*Strafverfolgungsstatistik*» de 2015 para la ciudad y el «*Bundesland*» Berlín, bajo la rúbrica «*Nach Jugendstrafrecht Verurteilte nach der Straftat und nach Vorstrafen*», muestra las cifras absolutas de todos los grupos. Las más altas corresponden al grupo de menores que han sido condenados tres veces (147), seguidos de los de cuatro (75) y a continuación de los de cinco (48). En relación al año anterior, al menos un 46,5% de los menores fueron condenados una vez, mientras que un 3,2% de los menores fueron condenados un mínimo de cinco veces. Como se observa, tanto en Alemania como en Berlín, las cifras de condenas anteriores en los grupos que reinciden son más bajas que los primarios.

En cuanto a otros datos relevantes que brinda la última estadística judicial a nivel estatal en relación a las medidas más *pesadas* impuestas en condenas anteriores en virtud de *JGG*, se distingue una tendencia a imponer las medidas coercitivas. Les siguen las medidas educativas y después las penas juveniles. La medida coercitiva del arresto juvenil sobresale como medida individual («*Jugendarrest*») con un porcentaje del 19,90% del total de tipos de medidas más graves de condenas anteriores (33.894). En cambio, las medidas sancionadoras impuestas a los semiadultos conforme a la jurisdicción de adultos no se especifican, agrupándose entonces bajo el epígrafe del derecho penal general. Las medidas coercitivas restantes corresponden a un 46,42%, las medidas educativas a un 17,92 %, mientras que la pena privativa de libertad es un 15,75%.

Al final, en las condenas anteriores impuestas a los menores reincidentes se apuesta (sin entrar a valorar la tipología penal, ya que esta estadística es muy amplia al incluir diferentes legislaciones) por una tendencia, la cual va al alza, en las medidas educativas al menor. Hay que decir que en la línea de la esencia de la ley penal del menor y su finalidad educativa.

⁹²⁷ Rechtspflege. *Strafverfolgungsstatistik 2015*. Amt für Statistik Berlin-Brandenburg. Recuperado (21.04.2017) de: https://www.statistik-berlin-brandenburg.de/Statistiken/statistik_Pm.asp?Ptyp=100&Sageb=24000&creg=BBB&anzwer=3.

Por último, lo que se infiere de la presentación de las estadísticas judiciales alemanas es que la *reincidencia* o la repetición de delitos de aquellos que ya han sido condenados tiende a la baja. Por lo tanto, la valoración de los datos estadísticos obtenidos del registro como indicadores de la reincidencia de menores infractores muestran una disminución en condenas. Asimismo, en el ámbito de la jurisdicción juvenil tanto para menores que tienen condenas previas como para aquellos que no las tienen, las medidas coercitivas o educativas se imponen mayoritariamente dejando en último término las penas juveniles privativas de libertad.

4.2.3. Cuestiones relacionadas con las estadísticas judiciales en ambos países

Sintetizando y destacando la información más importante relativa a las estadísticas judiciales en España y en Alemania, -que de alguna manera se correlaciona, pero también se diferencia- se pasa a resumir dicha información en varios puntos.

Ambas metodologías estadísticas utilizan como unidad estadística a los menores condenados por sentencia firme, a las infracciones penales y a las medidas adoptadas. El acceso es libre para cualquier ciudadano, aunque bien es cierto que la estadística alemana incluye un mayor análisis de diferentes aspectos relacionados con la Administración de Justicia juvenil. Como se ha visto la recogida de datos en España se hace a nivel de CC.AA. y en Alemania del «*Bundesländer*», siendo ambos registros relevantes para analizar el fenómeno de la delincuencia y de la reincidencia juvenil. Además, la presentación de los datos estadísticos se recoge en formato Excel en España, de manera que se tiene que buscar año a año las estadísticas conforme a la jurisdicción que quiera el usuario. Mientras que en Alemania, se presentan en un informe conjunto las estadísticas anuales en las que se incluyen todas las jurisdicciones.

En relación al tipo de infracción penal registrada judicialmente, se muestra una preferencia por los delitos contra la propiedad, siendo los que más se juzgan en ambos países en el ámbito penal de menores. Otro punto destacable es la imposición de medidas en medio abierto en contraposición a las medidas más restrictivas, siendo éstas últimas las que menos se aplican a los menores infractores, en sintonía con la *ultima ratio* promulgada para la jurisdicción penal del menor. Las medidas educativas y coercitivas prevalecen sobre las medidas privativas de libertad en Alemania, y en España las medidas educativas a las más restrictivas.

El tercer punto hace mención a la metodología seguida en relación a la reincidencia judicial, ya que en ambos países se incluyen los casos juzgados anteriormente, siendo la estadística alemana la que ofrece más detalles. No solo más información, sino también mayor disgregación por grupos de aquellos menores que han sido juzgados y condenados anteriormente por hechos delictivos cometidos con anterioridad tomando en consideración la medida del delito más grave.

El cuarto punto incide sobre los que han sufrido mayor número de intervenciones por parte de la justicia juvenil son aquellos menores que también tienen una mayor reincidencia. En el caso alemán, se muestra una estadística aparte de los casos resueltos por mediación penal⁹²⁸ elaborada por el Ministerio de Justicia y donde están involucradas en los Tribunales de menores y servicios judiciales de menores (*TOA-Statistik, «Täter-Opfer-Ausgleich»*)⁹²⁹. Son menores infractores que han sido condenados por una *Auflage* o *Weisung* (acorde a lo estipulado en el §§10.1 apartado 7 y 15 *JGG*). Quedan excluidas la mediación entre la víctima y el infractor en el contexto de una *diversión*.

Por la particularidad de la jurisdicción de menores, en Alemania se consideran a los menores y a los semiadultos para las estadísticas judiciales del ámbito de menores, mientras que para España solo a los menores de 14 a 17 años, al haberse derogado la aplicación de la LORRPM a los adolescentes de 18 a 21 años. Por lo que se amplía el espectro de seguimiento de los menores que estén cumpliendo una medida después de la primera condena dentro del sistema de justicia penal juvenil en el caso alemán, ya que se aplica favorablemente la norma penal juvenil en los semiadultos en detrimento del Código Penal.

⁹²⁸ En España no es conocida la estadística de mediación intrajudicial por lo órganos judiciales, y la estadística de mediación extrajudicial se mide mediante la investigación criminológica y la información aportada por el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad.

⁹²⁹ Vid. HARTMAN, A., SCHMIDT, M., EDE, K. y KERNER, H-J. (2014). *Täter-Opfer Ausgleich in Deutschland. Auswertung der bundesweiten Täter-Opfer-Ausgleichs-Statistik für die Jahrgänge 2013 und 2014*. Berlin: Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz. Recuperado (07.03.2016) de: http://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF/Berichte/TOA_in_Deutschland_2013_2014.pdf?__blob=publicationFile&v=1

Por último, aunque es cierto el debate existente respecto a qué institución refleja mejor la realidad criminal, y tanto en la doctrina española como en la doctrina alemana se encuentran opiniones enfrentadas. Entre los motivos esgrimidos respecto a las estadísticas judiciales se encuentran entre otras: a) la escasa confianza de los registros, b) la duplicidad de los registros, c) el retraso en la publicación, d) la no manifiesta voluntad de mejora y e) los cambios legales del procedimiento.⁹³⁰

4.3. La estadística penitenciaria

Otro de los asuntos que tiene interés criminológico y que deriva de la información aportada por la estadística penitenciaria, es la relativa a la población reclusa. Ambos países ponen especial atención en estudiar la evolución de los reclusos que están dentro de las instituciones para cumplir con las medidas privativas de libertad que les han sido impuestas.

En el caso de los menores infractores como ya se refleja en ambas leyes penales juveniles existen unos centros especiales en virtud de la jurisdicción penal juvenil. En el caso español, las medidas privativas de libertad incluidas en el artículo 7 de la LORRPM se cumplen en centros de internamiento en régimen cerrado, semiabierto, abierto y terapéutico. En el caso alemán, como se desprende del §17.1 JGG⁹³¹ las penas juveniles se cumplen en un centro penitenciario de menores («*Jugendstrafanstalt*», JVA). Las modalidades de internamiento de las penas juveniles son en régimen cerrado («*im geschlossenen Vollzug*») y abierto («*im offenen Vollzug*»).

La población penitenciaria va variando en los últimos años en función en parte de la influencia de las políticas en materia de seguridad ciudadana. La tasa de reclusos a nivel penitenciario nos va a mostrar el número de condenados como de preventivos en ambos países. En Alemania por ejemplo, la tasa de encarcelamiento («*Jugendgefängenenrate*») se

⁹³⁰ ROLDÁN BARBERO, H. *Introducción a la investigación criminológica...*, op.cit. p. 60.

⁹³¹ §17.1 JGG: «*Die Jugendstrafe ist Freiheitsentzug in einer für ihren Vollzug vorgesehenen Einrichtung*» («*La pena juvenil es una privación de libertad en un establecimiento previsto para su ejecución*»). Traducción propia.

calcula por 100.000 habitantes del grupo con el intervalo de la misma edad, e incluye: a) los presos de entre 15 hasta 25 años («*Strafsgefängene*»), quienes están castigados con el cumplimiento de una pena juvenil y b) los presos preventivos («*Untersuchungsgefängene*») que abarcan a los menores y semiadultos mayores de 14 años pero menores de 21 años, calculándose por 100.000 habitantes de su mismo rango de edad.⁹³² En cambio, en España la tasa de encarcelamiento se calcula también por 100.000 habitantes, tanto de presos preventivos como reclusos mayores de edad que estén cumpliendo ya la medida sancionadora impuesta en la condena firme. Si bien es cierto, que la respuesta del Estado reflejada en la estadística penitenciaria en España no solo incluye las sentencias condenatorias, sino otros factores «como el mayor o menor empleo de la prisión preventiva, la duración de las penas impuestas, la política de los beneficios penitenciarios o el uso de la libertad condicional».⁹³³

En cualquier caso, de las estadísticas penitenciarias se obtendrá información respecto a la reincidencia, es decir, como de alta o baja es la tasa de reincidencia entre la población reclusa. Aunque como estamos tratando al grupo de menores de edad, en el caso español se analizará la estadística sobre la criminalidad juvenil en base a los datos recogidos en los centros de internamiento de las diferentes CC.AA. Para lograr este análisis, es necesario acudir a las escasas fuentes disponibles que proporcionan estos datos y que se exponen en el epígrafe siguiente. En el caso alemán, la estadística estatal sobre la ejecución de las penas juveniles en centros penitenciarios de menores, se va a recoger en la llamada «*Strafvollzugstatistik*», donde se incluyen a los mayores de 14 años y menores de 21 años. Lo interesante como se verá a continuación, es la descripción no solo demográfica sino también criminológica que se hace, lo que despierta una especial atención para este trabajo.

⁹³² Vid. DÜNKEL, F., GENG, B., y VON DER WENSE, M. (2015). Entwicklungsdaten zur Belegung, Öffnung und Lockerungspraxis im Jugendstrafvollzug. *Zeitschrift für Jugendkriminalrecht und Jugendhilfe, ZJJ*, (26), 229-344.

⁹³³ ROLDÁN BARBERO, H. *Introducción a la investigación ...*, op.cit. p.62.

4.3.1. Las estadísticas penitenciarias y de medidas en centros de menores en España

La estadística penitenciaria en España se recoge en el Anuario Estadístico del Ministerio del Interior en el Capítulo 4 bajo la rúbrica de *Instituciones Penitenciarias* y en las estadísticas penitenciarias publicadas mensualmente por la Secretaria General de Instituciones Penitenciarias del Ministerio del Interior. Si bien es cierto, que se incluyen los datos con las diferentes características de la población reclusa de todo el territorio nacional, aunque correspondiente a los reclusos mayores de edad en aplicación a las medidas incluidas en la jurisdicción de adultos.

La competencia administrativa en materia de la ejecución de una medida impuesta a un menor es materia de las CC.AA.,⁹³⁴ y se adopta en la sentencia por parte del Juez de Menores (art.45.1 LORRPM). De hecho, se pueden establecer convenios para la ejecución de las medidas bien con entidades públicas o bien con entidades privadas de carácter no lucrativo (art. 45.3 LORRPM). En 2014, el número de centros disponibles en España para la atención a los menores infractores fue de 86, de los cuales 39 pertenecían a las Comunidades Autónomas y 47 fueron gestionados directamente por Entidades Colaboradoras (aunque con supervisión de los departamentos de menores de las CC.AA.).⁹³⁵

El Observatorio sobre la Infancia (adscrito al Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad) ha elaborado un informe sobre datos estadísticos en relación a las medidas impuestas a los menores de edad.⁹³⁶ Las instituciones competentes de las CC.AA. son las encargadas de realizar un compendio anual de los datos de las medidas aplicadas a menores de edad infractores. Mientras, la Dirección General de Servicios para la Familia y la Infancia es la que se encarga de recopilar los datos, al margen de ciertos inconvenientes como la dificultad

⁹³⁴ Es por ello, que se aprueba por RD 1774/2004 el Reglamento de ejecución de las medidas en desarrollo de la LO 5/2000 de responsabilidad penal del menor.

⁹³⁵ MINISTERIO DE SANIDAD, SERVICIOS SOCIALES E IGUALDAD (2014). *Boletín de datos estadísticos de medidas impuestas a menores infractores. Boletín número 14. Datos correspondientes a 2014*. Madrid: Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad Centro de Publicaciones, p.36 (Tabla 14 y Gráfico 25.).

⁹³⁶ El informe de 2015 es aún provisional, por lo que nos centraremos en el de 2014. En OBSERVATORIO DE LA INFANCIA. *Boletín de datos estadísticos de medidas impuestas a menores infractores...*, op.cit.

en la comparación entre Comunidades Autónomas y el tratamiento de la información que contienen dichos datos estadísticos en el momento de rellenar los cuestionarios para la recogida de datos.

La población de estudio incluye a los mayores de 14 años y menores de 21 años que tienen esa edad pero que aún cumplen resoluciones dictadas por los jueces de menores a los que se les ha aplicado una medida en virtud del art. 7 de la LORRPM. Estos datos se recogen de manera electrónica on line a través de una aplicación del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad llamada BOLETINF⁹³⁷. Se incluye la información relativa a la edad, sexo y el tipo de medida impuesta, también las medidas cautelares y las de mediación extrajudicial. Sin embargo, la Comunitat Valenciana junto con otras Comunidades Autónomas no ofrece datos de medidas extrajudiciales notificadas ni ejecutadas.

En 2014, las medidas notificadas aplicadas a menores infractores fueron de 28.736, mientras que las medidas ejecutadas correspondían a un total de 36.807 menores. La tasa correspondiente a los menores por las medidas notificadas fue de 947,2, mientras que la tasa de menores con medidas ejecutadas fue de 1.213 por 100.000.⁹³⁸ Como se recoge en la publicación, el hecho de que las medidas ejecutadas sea superior al de las medidas notificadas atiende a criterios de ejercicio, ya que las ejecutadas pueden serlo en dos o más ejercicios. A veces, la ejecución de las medidas requiere de un tiempo para llevarse a cabo tal ejecución desde que se dicta la sentencia firme. Las medidas predominantes son las medidas de libertad vigilada sobre el resto de medidas. En el segmento de 16 a 17 años de edad se ejecutaron 16.183 medidas con una tasa de 555,9 y con un porcentaje del 44% del número total, destacando a partir de los 16 años la libertad vigilada como medida más utilizada.

⁹³⁷ Los anteriores Boletines están disponibles en formato electrónico y corresponden a los años 2008, 2009, 2012 y 2013, aunque estos boletines estadísticos se llevan elaborando realmente desde 2001. Recuperado (01.03.2017) de: <http://www.bienestaryproteccioninfantil.es/fuentes.asp?sec=10&subs=122>.

⁹³⁸ OBSERVATORIO DE LA INFANCIA. Boletín de datos estadísticos de medidas impuestas a menores infractores..., op.cit., p.16 (Tabla 1).

Comparando estas cifras con años anteriores, se observa un aumento de las medidas notificadas y ejecutadas de manera significativa. En el grupo de menores de 16 a 17 años se presentan altibajos.⁹³⁹ En la comparación entre CC.AA. para el año 2014, la Comunitat Valenciana⁹⁴⁰ es la que ofrece más medidas notificadas y la segunda que ofrece más medidas ejecutadas después de Andalucía.⁹⁴¹

En el detalle de las medidas notificadas y ejecutadas en la Comunitat Valenciana, en el segmento de 16 a 17 años la tasa de notificados por 100.000 es 790,2, mientras que para el mismo rango de edad es de 711,7 para las medidas ejecutadas, donde la medida de libertad vigilada es la más frecuente seguida de la de prestación de servicios en beneficio de la comunidad (Tabla 15).

Tabla 15. Valores absolutos de medidas notificadas y ejecutadas en los centros de menores de la Comunitat Valenciana (año 2014)

Medidas de la LORRPM en la C.V.

Medidas	Libertad vigilada	Internamiento rég. cerrado	Internamiento rég. semiabierto	Internamiento rég. abierto	Prestación beneficio comunidad
Notificadas	2.493	49	821	4	998
Ejecutadas	3.401	86	853	7	963

⁹³⁹ *Ibid.*, pp.42-43 (Tabla 17 y Gráficos 28-29).

⁹⁴⁰ «La ejecución de las medidas judiciales de internamiento en los centros de reeducación corresponde a las Comunidades Autónomas. En la Comunitat Valenciana es la Generalitat Valenciana, a través de la Conselleria de Bienestar Social (Dirección General del Menor), la competente para ello. Su ejercicio se coordina territorialmente en cada una de las Direcciones Territoriales. No obstante en la ejecución de las medidas la Ley permite la participación de entidades locales y entidades privadas sin ánimo de lucro, si bien bajo la directa supervisión de la Comunidad Autónoma, sin que ello suponga en ningún caso la cesión de la titularidad y responsabilidad derivada de dicha ejecución». Información extraída de la página web de la Vicepresidencia y Conselleria de Igualdad y Políticas Inclusivas de la Generalitat Valenciana. Recuperado (21.03.2017) de: <http://www.inclusio.gva.es/web/menor/medidas-judiciales-de-internamientobd4>.

⁹⁴¹ *Ibid.*, p.46 (Gráfico 31).

Fuente: Elaboración propia a partir del Boletín de datos estadísticos de medidas impuestas a menores infractores. Boletín número 14 del Observatorio para la Infancia (año 2014)

Junto a lo anterior, para un estudio cuantitativo sobre las medidas aplicadas a los infractores menores de edad, se dispone también de información en el Anexo IV.3.2 *Centros para menores infractores* elaborado por el Defensor del Pueblo.⁹⁴² Concretamente, la Generalitat Valenciana dispone de un total de 10 centros para menores infractores (5 en Valencia, 3 en Alicante y 1 en Castellón). Si atendemos a este informe, ni a nivel de la Comunitat Valenciana ni a nivel de la ciudad de Valencia se muestra una estadística de reincidencia, ya que en base a la información que se ofrece en el documento, no se puede hacer una estimación fiable sobre la misma.

Sin embargo, sí que ha habido voluntad de estudiar y analizar la tasa de reincidencia en el delito en la ciudad de Valencia en aquellos menores que cumplieron una medida sancionadora en un centro de internamiento. En particular, en el Centro de reeducación Colonia San Vicente Ferrer situado en dicha ciudad.⁹⁴³ En esta Colonia el tipo de internamiento es de régimen cerrado/abierto/semiabierto/terapéutico,⁹⁴⁴ según el régimen adoptado en la sentencia firme en la que fue condenado el menor infractor. La idea de López Ferri era estudiar una cohorte durante 5 años desde la entrada en vigor de la LORRPM hasta el año 2006, sobre aquellos menores de edad que habían cometido un hecho delictivo y que habían pasado por el centro reeducativo. Analizó para ello los expedientes de menores de la Colonia, y observó que la tendencia de los 397 jóvenes que pasaron por el centro durante esos años -salvando los dos primeros años que a efectos estadísticos generan ciertas dificultades de interpretación por razones manifiestamente obvias desde el punto de vista legislativo y de configuración de los equipos educativos- cometieron solo un hecho delictivo, siendo la reincidencia poco significativa en la muestra estudiada. Con excepción del año 2004, donde la reincidencia fue

⁹⁴² Vid. DEFENSOR DEL PUEBLO (2015). *Mecanismo anual de prevención de la tortura. Informe Anual 2015. Anexo IV3.2.* Recuperado (30.04.2017) de: https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2016/07/Informe_Anuar_MNP_2015.pdf.

⁹⁴³ LÓPEZ FERRI, P.J. (2007). *Los menores y la reincidencia en el delito: el caso de la Colonia San Vicente Ferrer.* (DEA, sin publicar). Universidad de Valencia, Valencia.

⁹⁴⁴ Siendo el más común, el terapéutico (aproximadamente un 90%).

más alta en proporción a los ingresos de menores que habían cometido un único hecho delictivo. Las medidas anteriores más frecuentes que presentaban los menores reincidentes, eran las de régimen semiabierto, medidas que se corresponden con las que presentaban en la actualidad.

En resumen, en la Tabla 16 se desprende de las cifras que a lo largo de ese periodo de tiempo, 212 menores cometieron un único delito, mientras que 185 más de un delito. Los que más reinciden eran los de 16 y 17 años de edad (Tabla 16). La reincidencia en el tipo delictivo más frecuente correspondía a los delitos contra la propiedad, seguido con gran diferencia al del maltrato intrafamiliar.⁹⁴⁵

Tabla 16. Reincidencia juvenil por año y número de delitos en la Colonia de San Vicente en Valencia (periodo 2001-2006).

Años	Cantidad de delitos	
	1 delito	+ 1 delito
Años/ reincidencia		
Año 2001	23	10
Año 2002	53	39
Año 2003	48	29
Año 2004	24	39
Año 2005	32	27
Año 2006	32	41
total	212	185
%	53,4%	46,6%

Fuente: Reproducción literal de la Tabla C5 contenida en el trabajo de LÓPEZ FERRI, P.J. (2007). Los menores y la reincidencia en el delito: el caso de la Colonia San Vicente Ferrer.

⁹⁴⁵ LÓPEZ FERRI, P. (comunicación personal, 9 de marzo de 2017). Tras conversación con quien suscribe este trabajo, ha manifestado que en la actualidad en la Colonia de San Vicente en Valencia, los delitos filio-parentales al igual que los delitos de lesiones han aumentado en el centro, mientras que los delitos contra la propiedad han disminuido. Sin embargo, se sigue manteniendo la baja tasa de reincidencia en el delito filio-parental en comparación con otros delitos, en parte, por los buenos resultados obtenidos derivados de la intervención familiar. Sobre el transcurso de la violencia filio-parental y la dificultad para clasificar a estos menores hay un estudio reciente, *vid.* CUERVO, A.L. (2017). Características distintivas de la violencia filio-parental y una imposibilidad de clasificación de los menores maltratadores. *La Ley Penal*, 124, 1-15.

Por otra parte, se observó que determinados perfiles de menores son más susceptibles de reincidir que otros atendiendo a las características de los propios delitos. También, el hecho de que haya una demora en la ejecución de las medidas no ayuda al proceso restaurador del menor. Como el investigador señala por otro lado, en el periodo de tiempo que transcurre tras la adopción de una medida cautelar sobre un menor mediante resolución judicial de un Juez de Menores, la tasa de reincidencia es alta.

4.3.2. La estadística penitenciaria en Alemania

La estadística penitenciaria en Alemania se conoce con el nombre de («*Strafvollzugsstatistik*») y se publica anualmente por parte del «*Statistisches Bundesamt*». La última publicada de interés para este trabajo es la de 2015 y lleva por título «*Strafvollzug-Demographische und kriminologische Merkmale der Strafgefangenen zum Stichtag 31.3*» (características demográficas y criminológicas de los presos a fecha de 31.3).⁹⁴⁶

En esta estadística se incluyen los datos correspondientes a menores que están cumpliendo una pena juvenil («*Jugendstrafe*») y una custodia de seguridad («*Sicherungsverwahrung*») en centros de internamiento en Alemania con la información de cada «*Bundesland*». Se define recluso («*Strafgefangene*») como aquel que a fecha de recogida de datos está cumpliendo una pena privativa de libertad, mientras que el interno preventivo («*Sicherungsverwahrte*») es aquel que a fecha de recogida de datos se encuentra con la ejecución de una medida.

Las características y las políticas de recolección de datos y el método de preparación de la estadística penitenciaria son las mismas en todos los Estados Federados, por lo que los datos son comparables. Se incluyen aquellos datos administrativos registrados individualmente por parte de todos los establecimientos penitenciarios, incluidos los centros de detención y los

⁹⁴⁶ STATISTISCHES BUNDESAMT (2015). *Strafvollzug-Demographische und kriminologische Merkmale der Strafgefangenen zum Stichtag 31.3*. Wiesbaden: Statistisches Bundesamt. Recuperado (06.03.2017) de: <https://www.destatis.de/DE/Publikationen/Thematisch/Rechtspflege/StrafverfolgungVollzug/Strafvollzug.html;jsessionid=C98C1FB549E1EAD905693A98AEA6E3F9.cae4>

centros de detención previo a la expulsión («*Untersuchungs- und der Abschiebehaftanstalten*»). La Oficina Federal Estadística Alemana recoge para tres meses naturales al correspondiente año de estudio, las cifras procedentes de la Administración de Justicia del Estado (concretamente para los meses de marzo, agosto y noviembre).

Como ya se ha dicho, los resultados que se presentan en este informe, son datos administrativos que se registran en una base de datos de manera individual. Se incluye información sobre las características demográficas de los sujetos que están reclusos como: la edad, el género, la nacionalidad, el lugar de residencia, también la residencia en el extranjero y el estado civil. Además, se analiza el tipo de delito cometido, la naturaleza y la duración de la detención, el tipo y la frecuencia de las condenas anteriores y el posible intervalo de tiempo de reingreso del sujeto. Desde la perspectiva demográfica y criminológica se ofrece una visión del desarrollo de la población penitenciaria en Alemania en su conjunto y de los Estados Federados a lo largo del tiempo. Lo cual es de gran interés, ya que influye en las estrategias diseñadas para hacer frente a la delincuencia juvenil del país, del mismo modo que a las políticas criminales a nivel del Estado Federado y nacional.

La población penitenciaria teniendo en consideración como se ha hecho anteriormente en las otras estadísticas analizadas en los últimos años (2011-2015) ha descendido entre los sujetos que recibieron una «*Jugendstrafe*» conforme a *JGG*, pasando de 6.099 sujetos en 2011 a 4.397 en 2015.⁹⁴⁷ La aplicación de penas juveniles y de la custodia de seguridad con los años también ha disminuido. Cabe decir como se manifestó anteriormente, que la imposición por parte del órgano jurisdiccional de una custodia de seguridad en adolescentes es escasa sin ser estadísticamente reseñable, como veremos a continuación. En Berlín, se registraron concretamente 448 individuos menores de 25 años en 2015, de los cuales 245 fueron condenados a una pena privativa de libertad juvenil. Si comparamos estas cifras más actuales

⁹⁴⁷ STATISTISCHES BUNDESAMT. *Strafvollzug-Demographische und kriminologische Merkmale der ...*, op.cit., p. 11.

con las de años anteriores, observamos un descenso progresivo de las mismas a nivel nacional y a nivel del «*Bundesland*» Berlín.⁹⁴⁸

Cuando se analiza la estadística de los menores en relación a los grupos de edad y a la duración del internamiento, se disgrega esta información en cuatro grupos que son aquellos que engloban a los menores de 14 a 15 años, de 15 a 16 años, de 16 a 17 años y de 17 a 18 años. En el grupo de semiadultos, se separan las edades en tres grupos que son de 18 a 19 años, de 19 a 20 años y de 20 a 21 años.

En el grupo de semiadultos o adolescentes total se especifican las cifras correspondientes a: a) aquellos semiadultos que acorde a §89b *JGG*⁹⁴⁹ (excepción en la detención de menores) han cumplido los 18 años y no es apropiado por tanto que cumplan la pena impuesta en una institución para menores, entonces podrán hacerlo en una institución para adultos, decisión que en ese caso debe tomar el Juez o Tribunal encargado de ejecutar la resolución judicial, b) aquellos semiadultos que están excluidos de las instituciones específicas de menores y c) aquellos semiadultos a los que se les ha aplicado una pena juvenil según el 114 *JGG*⁹⁵⁰ (no han alcanzado los 24 años y son adecuados para las prisiones juveniles, también el internamiento puede llevarse a cabo conforme al derecho penal general).

Para examinar otros aspectos criminológicos de esta estadística como son el tipo y la frecuencia de la comisión de otros actos delictivos (antecedentes penales) y el posible intervalo de tiempo transcurrido hasta el reingreso de los menores y adolescentes, se analiza

⁹⁴⁸ No se muestran aquí las cifras en relación a la evolución de la población penitenciaria, pero pueden consultarse los informes anuales al respecto en la página oficial de la Oficina Estadística Federal alemana («*statistisches Bundesamt*»). Recuperado (06.03.2017) de: <https://www.destatis.de/DE/Publikationen/Thematisch/Rechtspflege/ThemaRechtspflege.html>.

⁹⁴⁹ §89b *JGG*: «(1) An einem Verurteilten, der das 18. Lebensjahr vollendet hat und sich nicht für den Jugendstrafvollzug eignet, kann die Jugendstrafe statt nach den Vorschriften für den Jugendstrafvollzug nach den Vorschriften des Strafvollzuges für Erwachsene vollzogen werden. Hat der Verurteilte das 24. Lebensjahr vollendet, so soll Jugendstrafe nach den Vorschriften des Strafvollzuges für Erwachsene vollzogen werden. (2) Über die Ausnahme vom Jugendstrafvollzug entscheidet der Vollstreckungsleiter».

⁹⁵⁰ §114 *JGG*: «In der Einrichtung für den Vollzug der Jugendstrafe dürfen an Verurteilten, die das vierundzwanzigste Lebensjahr noch nicht vollendet haben und sich für den Jugendstrafvollzug eignen, auch Freiheitsstrafen vollzogen werden, die nach allgemeinem Strafrecht verhängt worden sind».

conjuntamente los internos que están cumpliendo una medida en ejecución junto con aquellos que tienen una custodia de seguridad. Se observa un total 4.397 sujetos, donde 2.276 tienen antecedentes penales, esto supone un 51,76%, un poco más de la mitad del total de sujetos. Aunque sí que es verdad como se muestra por grupos de edad, los menores y los semiadultos con antecedentes comprenden un grupo más pequeño que aquellos que no los tienen (162 frente a 277 y 935 frente a 1.009, respectivamente).⁹⁵¹ Es interesante, resaltar como en relación al tipo de delito anterior cometido y a la medida impuesta, sobresalen como medidas la pena juvenil y/o libertad vigilada entre estos menores de edad.

Si se analiza en el mismo documento,⁹⁵² la recurrencia de los antecedentes por condenas previas que implique un ingreso y cumplimiento del mismo, se agrupa en la estadística tanto a los jóvenes como a los adolescentes según tengan antecedentes penitenciarios: a) un reingreso, b) dos, c) tres, d) cuatro, e) de cinco a diez, f) de once a veinte y g) de veintiuno o más. En efecto, destacan los menores entre 14 y 17 años que solo una vez anterior han estado en un centro cumpliendo una pena juvenil (123) , seguido de aquellos que han sido condenados y han cumplido dicha medida dos veces (35). No existen registros estadísticos que reflejen conducta delictiva previa y en relación a menores que han reincidido desde 5 hasta 21 veces o más. Respecto a los adultos jóvenes de 18 a 21 años, destacan los de una vez (562), seguidos de dos veces (246) y tres veces (90). No hay registro en este caso de aquellos que pertenecen a los grupos de once o más.

Comparando la reincidencia penitenciaria en menores de edad y semiadultos se observa respecto a los años anteriores una reducción de la misma en el grupo que han reincidido una vez, particularmente a partir de 2012. Mientras, el grupo que ha reincidido dos veces, es a partir del año 2013 cuando empieza a disminuir de manera progresiva hasta los actuales datos analizados (Tablas 17 y 18). En las mismas tablas, los semiadultos con mayor reincidencia (de cinco a diez veces) han disminuido respecto a los años anteriores. Sin embargo, el grupo de 14

⁹⁵¹ STATISTISCHES BUNDESAMT. *Strafvollzug-Demographische und kriminologische Merkmale der ...*, op.cit, p. 20.

⁹⁵² STATISTISCHES BUNDESAMT. *Strafvollzug-Demographische und kriminologische Merkmale der ...*, op.cit, pp. 18 y 19.

a 17 años no está registrado. En resumen, según demuestran estas cifras, el grupo de semiadultos reincide más que el grupo de menores.

Tabla17. Reincidencia penitenciaria («*Strafvollzugsstatistik*») en menores de 14 a 17 años en Alemania (serie temporal 2011-2015)

Reincidencia menores según antecedentes penitenciarios (reingresos)

Año	1 vez	2 veces	3 veces	4 veces	5 a 10 veces
2011	150	36	1	-	-
2012	158	41	2	-	-
2013	139	37	5	1	-
2014	128	43	3	1	1
2015	123	35	1	3	-

Fuente: Elaboración propia a partir de los documentos *Strafvollzug-Demographische und kriminologische Merkmale der Strafgefangenen* (2011-2015)

Tabla18. Reincidencia penitenciaria («*Strafvollzugsstatistik*») en semiadultos de 18 a 20 años en Alemania (serie temporal 2011-2015)

Reincidencia semiadultos según antecedentes penitenciarios (reingresos)

Año	1 vez	2 veces	3 veces	4 veces	5 a 10 veces
2011	722	263	104	35	4
2012	757	304	85	30	12
2013	725	313	106	32	27
2014	595	241	100	25	8
2015	562	246	90	28	9

Fuente: Elaboración propia a partir de los documentos *Strafvollzug-Demographische und kriminologische Merkmale der Strafgefangenen* (2011-2015)

Hay que tener en cuenta sobre la metodología y la advertencia de recogida de datos, las penas cortas frente a las penas largas en relación a la representatividad o no de las mismas, ya que cuanto más corta es la pena juvenil por ejemplo, existe la posibilidad de registrarla solo una vez en el año. Como se señala en el documento estadístico en relación a la edad, tanto en los antecedentes como en el tipo de delito puede haber una influencia en las penas privativas de libertad aplicadas a los adolescentes, en contraposición a los que cumplen penas juveniles más largas.

Otra variable cuantitativa interesante que presentan las estadísticas asociadas a la reincidencia según los antecedentes penitenciarios es la representación mediante cifras absolutas y relativas del tiempo que transcurre desde la excarcelación de un joven y un adolescente, hasta un nuevo internamiento del mismo. Estas cifras nos aportarán información sobre ese tiempo que ha pasado desde que salió y se reinsertó, hasta su posterior recaída en el delito (tiempo que el menor tarda en reincidir).⁹⁵³

Hay que decir que los grupos se dividen según el número de años transcurridos tras la excarcelación en: un año, dos años, de tres a cinco años y de seis años o más. Cuanto más tiempo pasa después de haber cumplido una pena juvenil, según estos datos, hay menor probabilidad de que se vuelva a reincidir. Es decir, la reintegración del menor y del adolescente es más adecuada cuanto más distancia en el tiempo haya transcurrido tras el último internamiento. Esta tendencia se observa en los años anteriores analizados. No se muestra el tiempo de condena de los menores en combinación con lo anterior, lo que sería interesante para analizar conjuntamente con la tasa de excarcelados por año concreto, es decir, el número de aquellos que vuelven a reincidir.

También, se puede consultar y analizar la estadística referente a los presos y detenidos en prisiones alemanes clasificados por establecimientos abiertos y cerrados en relación a las plazas disponibles en dichos establecimientos penitenciarios en el país («*Bestand der*

⁹⁵³ STATISTISCHES BUNDESAMT. *Strafvollzug-Demographische und kriminologische Merkmale der ...*, op.cit,p. 20.

Gefangenen und Verwahrten in den deutschen Justizvollzugsanstalten nach ihrer Unterbringung auf Haftplätzen des geschlossenen und offenen Vollzuges, jeweils zu den Stichtagen 31. März, 31. August und 30. November eines Jahres).⁹⁵⁴ Sobre todo, desde el punto de vista de la obtención de información a nivel organizativo de la existencia de los sujetos que están cumpliendo condena en los diferentes establecimientos penitenciarios y la ocupación disponible de acuerdo al tipo de institución para cumplir tal condena, tanto para jóvenes como para adultos. En este documento se refleja asimismo la tasa de encarcelamiento a nivel estatal y a nivel de Estado Federado, destacando una tendencia a la baja en menores y adolescentes en la ciudad y «*Bundesland*» Berlín.

Por último, siguiendo la información relativa a la estadística para la ciudad de Berlín, se encuentra la referencia hecha a los menores y adolescentes *presos* y preventivos («*Strafgefangene und Sicherungsverwahrte*», respectivamente) en los últimos años. Se observa en 2015, un índice de variación del 13% respecto al año anterior, donde se pasaba de 23 menores de 14 a 17 años a 20. En el caso de 18 a 20 años de 123 a 106 adultos jóvenes (13,8 % de variación respecto al año anterior).⁹⁵⁵

En las Tablas 19 y 20 se muestra la comparativa de los menores y semiadultos entre 14 y 20 años en Berlín en los últimos años, tanto para *presos* como para preventivos.

⁹⁵⁴ Vid. STATISTISCHES BUNDESAMT (2017). *Bestand der Gefangenen und Verwahrten in den deutschen Justizvollzugsanstalten nach ihrer Unterbringung auf Haftplätzen des geschlossenen und offenen Vollzuges, jeweils zu den Stichtagen 31. März, 31. August und 30. November eines Jahres*. Wiesbaden: Statistisches Bundesamt. Recuperado (06.03.2017) de:

https://www.destatis.de/DE/Publikationen/Thematisch/Rechtspflege/StrafverfolgungVollzug/BestandGefangeneVerwahrtePDF_5243201.pdf?__blob=publicationFile

⁹⁵⁵ Vid. Amt für Statistik Berlin-Brandenburg (2015). *Rechtspflege Statistik*. Berlín: Amt für Statistik Berlin-Brandenburg. Recuperado (06.03.2017) de: <https://www.statistik-berlin-brandenburg.de/statistiken/langereihen1.asp?Ptyp=450&Sageb=24000&creg=BBB&anzwer=6>

Tabla 19. Estadística *presos y preventivos* ⁹⁵⁶ menores en Berlín (serie temporal 2011-2015)

Strafgefängene und Sicherungsverwahrte

Año	Valores absolutos	Valores relativos respecto al 100% de jóvenes	Variación año anterior %
2011	29	0,7	-35,6
2012	25	0,7	-13,8
2013	20	0,5	-20,0
2014	23	0,6	-15,0
2015	20	0,6	-13,0

Fuente: Elaboración propia a partir de *Rechtspflege Statistik Berlin Brandenburg* 2015. Amt für Statistik Berlin-Brandenburg

⁹⁵⁶ Se utiliza la palabra preso ya que es la traducción literal de «*Strafgefängene*», pero también los vocablos recluso o prisionero pueden ser utilizados.

Tabla 20. Estadística *presos y preventivos* semiadultos en Berlín (serie temporal 2011-2015)

Strafgefangene und Sicherungsverwahrte

Año	Valores absolutos	Valores relativos respecto al 100% de adolescentes	Variación año anterior %
2011	151	3,6	-23
2012	147	3,9	-2,6
2013	134	3,7	-8,8
2014	123	3,5	-8,2
2015	106	3,1	-13,8

Fuente: Elaboración propia a partir de *Rechtspflege Statistik Berlin Brandenburg* 2015. Amt für Statistik Berlin-Brandenburg

De los datos extraídos de libre acceso de la web de *Berliner Justizvollzug* (establecimientos penitenciarios de Berlín)⁹⁵⁷ bajo la rúbrica de «*Merkmale der Strafgefangenen und Sicherungsverwahrten in Berlin*» (características de los presos y preventivos en Berlín) respecto a la reincidencia penitenciaria de éstos, se concluye que un 69 % han sido condenados anteriormente por otros delitos. Aunque, no se disgrega por grupos de edad. Ante esta situación, el estudio de la reincidencia penitenciaria se completa con trabajos actuales empíricos que ofrezcan aproximaciones estadísticas a este fenómeno analizando la realidad psicosocial y criminológica de los menores. No obstante, no se han encontrado estudios criminológicos concretos de la ciudad de Berlín (aunque sí de otras ciudades y

⁹⁵⁷ *Merkmale der Strafgefangenen und Sicherungsverwahrten in Berlin* elaborado por el «*Senatsverwaltung für Justiz, Verbraucherschutz und Antidiskriminierung*» (Senado para Justicia, protección del consumidor y lucha contra la discriminación) de Berlin a fecha de 31.03.2016. Recuperado (22.04.2017) de: <https://www.berlin.de/justizvollzug/service/zahlen-und-fakten/merkmale-der-gefangenen-und-verwahrten/>

«*Bundesländer*») que reflejen las cifras de menores y adolescentes reincidentes, una vez cumplida la medida privativa de libertad.

4.3.3. Cuestiones relacionadas con las estadísticas penitenciarias en ambos países

Hay una serie de reflexiones que contribuyen a una valoración positiva, pero también negativa en relación a la información obtenida de la estadística penitenciaria oficial y a la interpretación de la misma.

Por un lado, los datos mostrados en el caso español no incluyen una metodología unificada de la estadística proporcionada por las CC.AA. en relación al cumplimiento de las medidas en los centros, en parte por las competencias que tienen establecidas éstas. Sin embargo, la informatización y el registro de datos en el ámbito penitenciario juvenil en Alemania está unificado y armonizado a nivel de «*Bundesland*».

Las cifras de reincidencia no pueden ser mostradas a nivel autonómico en España por la falta de información o la inadecuación de la misma. Como consecuencia, se deben potenciar los estudios criminológicos sobre reincidencia penitenciaria en menores a nivel autonómico, como se ha venido haciendo en Cataluña. En Alemania en cambio, se muestran las cifras a nivel estatal de reincidencia penitenciaria de jóvenes y adolescentes, aunque no a nivel de «*Bundesland*» los cuales no son de libre acceso pero se pueden solicitar. Especial interés tienen los estudios de reincidencia penitenciaria en Alemania a nivel de Estado Federado, los cuales son más abundantes.

Sería bueno fomentar-si las estadísticas oficiales de las instituciones penitenciarias nos los ofrecen en un futuro-estudios como el de la Colonia San Vicente en Valencia, para conocer el perfil del menor reincidente que ingresa más de una vez en un centro. Al igual, que profundizar sobre la tipología delictiva (bien si es la misma tipología delictiva u otra diferente y se diversifica). Lo bueno sería encontrar la forma si fuera viable de poder centralizar a nivel nacional una coordinación entre los diferentes centros de internamientos gestionados a nivel autonómico en nuestro país.

Las medidas menos laxas combaten mejor la reincidencia frente a las medidas más restrictivas, lo que se ha demostrado con la interpretación de estos datos estadísticos. Con

respecto a ello, se concluye que la imagen de este subgrupo de infractores juveniles está distorsionada.

Si se analizan las cifras de la custodia de seguridad en menores a pesar de que se regule en la legislación penal juvenil, en la práctica la aplicación de la misma es insignificante, como se puede observar en la «*Strafvollzugsstatistik*» ofrecida por el país alemán. En todo caso, se ha impuesto en contadas ocasiones en los adolescentes.

Con respecto a la información proporcionada por la estadística alemana en relación al periodo de excarcelación de un menor y el nuevo ingreso del mismo, es importante conocer los datos estadísticos ya que sirven como complemento en la interpretación del fenómeno criminal. A nivel de Cataluña, se ha calculado esa variable en los sucesivos estudios sobre tasas de reincidencia penitenciaria realizados en los últimos años.

5. La cifra negra de la reincidencia en España y Alemania

La cifra negra del delito en el ámbito juvenil es un factor a tener en cuenta, ya que representa a aquellos delitos que no han sido detectados. Son los que no llegan al conocimiento de las instancias del control social formal. Aunque como reconoce Albrecht, «la cifra negra desaparece de manera espontánea («*Spontanremission*») a medida que los menores alcanzan la madurez en su camino a la edad adulta».⁹⁵⁸

El análisis y la interpretación de la evolución de la conducta delictiva juvenil en un país no se lleva a cabo solo con la obtención y el examen de los datos propios de las instancias oficiales.⁹⁵⁹ Sino también, mediante las herramientas que pone al servicio la criminología.

⁹⁵⁸ Como continúa el autor, por lo general, «el menor de edad en su paso a la adultez sufre una conversión que se interpreta en una reducción de sus actos ilícitos debido a como señalan una gran mayoría de expertos, se produce una toma de responsabilidades. Una confrontación del menor de edad con su futuro y una mayor concienciación respecto al hecho que ya no serán más protegidos por la justicia juvenil». ALBRECHT, P.A. *Jugendstrafrecht...*, op. cit., p.15. Traducción propia.

⁹⁵⁹ Las consideraciones analíticas sobre delincuencia juvenil en nuestro país ponen de manifiesto la diversidad de interpretaciones en la utilización y examen de los datos oficiales disponibles. A pesar, de que no siempre se consultan las mismas fuentes de datos. Así, se siguen criterios de reproducción de los mismos en base a la

Siguiendo esta línea, sobre el reflejo de la realidad criminal cabe nombrar que «evaluar la delincuencia entre la población adolescente con una única fuente de datos, es limitar la interpretación de dicha realidad sin llevar a un correcto y exhaustivo análisis de la misma».⁹⁶⁰ Recordemos, que la delincuencia registrada y oficial junto con la delincuencia no registrada forma la llamada delincuencia real.

El reconocimiento de los instrumentos de medición como son las encuestas de victimización y los autoinformes permite a la criminología comparar la tasa de criminalidad registrada y la no registrada. De esta manera, se puede detectar aquella delincuencia oculta que no se refleja en las estadísticas y que necesitamos medir. Esta criminalidad no detectada puede ser amplia entre la población menor de edad. Aunque bien es cierto, que la intensidad de los delitos cometidos es más bien leve.⁹⁶¹ En el campo oscuro, («*Dunkelfeld*») se tiene en cuenta la situación de las víctimas (encuestas de victimización) y la situación de los victimarios (autoinformes). Es claro, que el volumen de la criminalidad y de la reincidencia juvenil suele ser más alta en base a las cifras recogidas y aportadas por las instituciones oficiales en contraposición al volumen de la criminalidad oculta.

Si vamos al caso particular, se distinguen de entrada varios conceptos en la doctrina criminológica que son: la cifra negra, la cifra oscura y la cifra oculta. La cifra negra como se ha explicado antes, comprende a aquellos delitos que no se han registrado por parte de las instancias oficiales. Dentro de esta cifra, distinguimos la cifra oscura y la cifra oculta. La cifra

realidad criminal de lo examinado. ROLDÁN BARBERO, H. *Introducción a la investigación...*, op.cit., p. 89. El autor manifiesta que «al criminólogo le interesa la estadística criminal que comprende la estadística policial, la judicial y la penitenciaria».

⁹⁶⁰ Vid. CANO PAÑOS, M.A. ¿Es conveniente un endurecimiento del derecho penal juvenil?... op.cit. A este respecto ha escrito además KERNER, H-J. (2006). Young delinquents and youth at risk: Data and reflections about a complex problem with regard to community level crime prevention efforts, *Resource Material Series*, (68),52-74. El autor, toma las cifras oficiales policiales y judiciales del año 2001 en Alemania, de las cuales extrae la conclusión que las estadísticas oficiales están incompletas. Apuesta por incluir todos los factores necesarios para completarlas (como es el caso de los *autoinformes*). Así, se podría predecir mejor si existe una tendencia a la baja de la delincuencia juvenil o por el contrario, es solo una pausa temporal. En cualquier caso, él precisa que la delincuencia y el crimen son normales entre los jóvenes.

⁹⁶¹ La explicación aportada por la lógica criminológica radica en que los delitos leves se denuncian menos y por tanto se repiten más. Es decir, la tasa de denuncia es baja y la repetición en la comisión del hecho delictivo es alta.

oscura representa el desconocimiento de la autoría de un hecho delictivo como consecuencia de la ausencia de denuncia por parte de la víctima. Mientras, la cifra oculta representa aquellos casos que no se reflejan en las estadísticas al desconocer la víctima que se ha cometido un delito sobre ella. En cualquier caso, la identificación y análisis de los datos del campo oscuro pertenecientes a la criminalidad y concretamente a la reincidencia juvenil, es necesaria para el futuro como parte de un plan prioritario en la prevención del delito y la lucha para reducir la reincidencia.

A efectos de reincidencia, es más importante la medición de la misma con la ayuda de los auto informes. Hay un mayor acercamiento por parte del victimario en los autosinformes de revelar si ha cometido o no un hecho delictivo. Del mismo modo, se puede extraer información sobre la tipología delictiva y sobre la frecuencia y el número de actos cometidos. Se valora asimismo, si al menos se ha cometido un hecho delictivo una vez en la vida o en un periodo de tiempo concreto (prevalencia). Aunque también es importante, la detección de la comisión de varios hechos delictivos (incidencia).

Ahora bien, hay que contemplar la desconfianza generada por parte de estos instrumentos en un sector doctrinal especializado. También es cierto, que hoy por hoy no puede apostarse por la supresión de estas herramientas, teniendo en cuenta que no hay que olvidar que en todo caso son un complemento a las estadísticas oficiales. Aun así, la eficacia de las mismas ha mejorado con el tiempo en parte por el perfeccionamiento en la medición, lo que ha influido sin duda en su fiabilidad.

5.1. La utilización de las encuestas de victimización

Respecto a las encuestas de victimización, nacen como consecuencia de la insatisfacción generada por parte de las estadísticas oficiales. De hecho, en algunos países anglosajones están integradas en su servicio estadístico.⁹⁶² Las encuestas de victimización son una batería

⁹⁶² NAVASQUILLO LORDA, E. (2016). *Investigación criminológica: teoría y práctica*. Madrid: ARA

de preguntas en un cuestionario estructurado que hacen referencia normalmente al último año o a un determinado periodo de tiempo de un sujeto que ha sido víctima de un delito. En realidad, pueden ser orales o escritas y están dirigidas a las víctimas más proclives de un delito.

Se han realizado en España diferentes encuestas de victimización en el ámbito local pero también en el ámbito nacional. Aparte de las encuestas sobre seguridad ciudadana y victimización elaboradas por el CIS en el ámbito estatal, destaca el último Informe ODA (Observatorio de la Delincuencia) de 2009.⁹⁶³ En este informe se recoge la información correspondiente a la población de más de 16 años de edad en 52 capitales de provincia. La metodología de este estudio se basa en la usada por la «*International Crime Victims Survey*» (ICVS)⁹⁶⁴ a través de la herramienta internacional CATI («*Computer Assisted Telephone Interviews with random dialing*»)⁹⁶⁵.

Es cierto además que en el ámbito internacional y en el marco de las Naciones Unidas se promueve un borrador sobre el uso de las encuestas de victimización. Se publica por ello en el año 2010, el llamado Manual para encuestas de victimización de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito.⁹⁶⁶

De los datos extraídos de las 1.400 encuestas telefónicas realizadas, se dedujo que la delincuencia en España descendía en los últimos años. También se evaluaba, como los

Ediciones, p.74.

⁹⁶³ Vid. DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., y GARCÍA ESPAÑA, E. (dirs.) (2009). *Encuesta a víctimas en España*. Málaga: Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología.

⁹⁶⁴ La ICVS (encuesta internacional a las víctimas de delitos) se inició en el año 1987 por parte de un grupo de criminólogos europeos con experiencia en encuestas nacionales sobre delitos. Con la encuesta se creó un espacio para la obtención de estimaciones de victimización, utilizando para ello la comparación en el ámbito internacional. Para saber más, véase el siguiente enlace. Recuperado (13.03.2017) de: <http://wp.unil.ch/icvs/>.

⁹⁶⁵ El sistema CATI (entrevistas telefónicas al azar asistidas por el ordenador) permite la realización de entrevistas por teléfono utilizando un método aleatorio de selección de registros telefónicos. Lo que constituyó, la primera de las dos fases del método de muestreo probabilístico empleado, siendo éste el Muestreo Aleatorio Simple (MAS). El MAS es la forma más común de obtener una muestra en la selección al azar. Es decir, aquella en que cada uno de los individuos de una población tiene la misma posibilidad de ser elegido.

⁹⁶⁶ Vid. España. UNITED NATIONS (2010). *Manual para encuestas de victimización*. Ginebra: Naciones Unidas.

cambios sociales habían influido en la delincuencia a nivel del territorio nacional. En relación a la reincidencia, se preguntaba al encuestado qué tipo de pena impondrían a aquellos que hubieran cometido un delito leve (en el caso de delitos patrimoniales). En esa tipología concreta, los encuestados apostaban por una pena menos grave. Esto se explicaba, por el desconocimiento que tenían sobre el CP o porque en la valoración de la gravedad del hecho concreto, se aplicaría una pena más o menos aflictiva.

En el ámbito local en nuestro país, existen encuestas de victimización realizadas entre universitarios. Uno de las primeras encuestas realizadas fue la de Castellanos, pero posteriormente destaca la de Benítez y Rechea.⁹⁶⁷ Se trata de un estudio piloto donde se adaptó el cuestionario de Barberet,⁹⁶⁸ ajustándolo a la vida universitaria española. Se incluía información sobre datos demográficos, valoración de la gravedad de determinadas situaciones, estilo de vida y costumbres habituales, victimización u ofensa vicaria y propia victimización del universitario encuestado.

En Alemania, se elaboró en el año 2012 una encuesta de victimización a nivel nacional «*Der Deutsche Viktimisierungssurvey*»,⁹⁶⁹ para ocuparse de la situación de seguridad en el país. Mediante la detección de las víctimas de un delito se establecía un control empírico para obtener datos fiables de la delincuencia alemana. Se trató de la primera gran encuesta de victimización realizada después de la reunificación. Pretendía aportar información útil para la creación de un barómetro de seguridad en Alemania (de forma abreviada, Basid). Se trataba de una encuesta telefónica asistida por CATI que abarcó a 35.503 encuestados de más de 16 años de edad. En ese estudio, se incluían a su vez subproyectos de la red de investigación de seguridad, percepciones, informes de situación, condiciones y expectativas. En realidad, era

⁹⁶⁷ Vid. BENÍTEZ JIMÉNEZ, M.J., y RECHEA ALBEROLA, C. (2008). Encuesta de victimización a estudiantes de Castilla-La Mancha: un estudio piloto. En C. RECHEA ALBEROLA, R. BARTOLOMÉ, y M.J. BENÍTEZ JIMÉNEZ (coords.), *Estudios de Criminología III* (pp.233-260). Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha.

⁹⁶⁸ Vid. BARBERET, R., FISHER, B. & TAYLOR, H. (2004). *University student safety in the East Midlands. Report 61*. Londres: Home Office

⁹⁶⁹ Vid. BIRKEL, C., GUZY, N., HUMMELSHEIM, D., OBERWITTLER, y PRITSCH, J. (2014). *Der Deutsche Viktimisierungssurvey 2012. Erste Ergebnisse zu Opfererfahrungen, Einstellungen gegenüber der Polizei und Kriminalitätsfurcht*. Freiburg: Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften e.V.

un monitoreo de la seguridad en Alemania. Participaron cinco «*Bundesländer*» entre los que se encontraba Berlín. Dicha encuesta contenía preguntas sobre las experiencias vividas por los sujetos como víctimas de un delito, el miedo a la delincuencia, comportamientos de alerta, ajustes sociodemográficos o propiedades criminológicas relevantes. La idea era comparar estos datos con los datos oficiales registrados por la *PKS*.

Existen otras encuestas de victimización en el país que aportan información sobre colectivos concretos. Como por ejemplo, la realizada sobre los mayores de edad⁹⁷⁰ o sobre escolares en relación al abuso sexual y violencia intrafamiliar en dicha población.⁹⁷¹

Finalmente, si hablamos de las dificultades planteadas por la doctrina en relación a las encuestas de victimización se enumeran entre otras: a) la escasa fiabilidad de las mismas al influir la calificación delictiva que otorga la víctima sobre el hecho delictivo concreto que ha sufrido, b) la relevancia en la redacción de las preguntas, c) la importancia sobre la claridad de las mismas, d) el reflejo erróneo de alarma social e inseguridad ciudadana, e) las tendencias político criminales represivas para asegurar mayor protección a las víctimas del delito y f) la pérdida de confianza en el sistema de justicia penal.⁹⁷²

5.2. La valoración de los autoinformes

Los autoinformes también se conocen con el nombre de encuestas de delincuencia autorrevelada (del inglés «*self-reported delinquency study*»)⁹⁷³. Es por ello que en la literatura en lengua castellana se van a utilizar ambas nomenclaturas, aunque en otras ocasiones se utilizará el vocablo autodenuncia.

⁹⁷⁰ Vid. GÖRGEN, T., RABOLD, S., y HERBST, S. (2006). *Viktimisierungen im Alter und in der häusliche Pflege: Wege in ein schwieriges Forschungsfeld. Befragungsinstrumente der Studie „Kriminalität und Gewalt im Leben alter Menschen“*. Hannover: Kriminologisches Forschungsinstitut Niedersachsen e.V.

⁹⁷¹ Vid. PFEIFFER, C., HELLMANN, D., BIENECK, S., STADLER, L., y VÖLKLIN, V. (2011). *Opferbefragung 2011*. Hannover: Kriminologisches Forschungsinstitut Niedersachsen e.V.

⁹⁷² HASSEMER, W., y MUÑOZ CONDE, F. (2001). *Introducción a la Criminología*. Valencia: Tirant lo Blanch, p.189.

⁹⁷³ AEBI, M.F. (2008). *Temas de Criminología*. Madrid: Dykinson, p.113.

El fenómeno criminal de la reincidencia se mide desde la perspectiva de quien comete el hecho delictivo. De hecho, los autoinformes están dirigidos a los infractores y son anteriores a la aparición de las encuestas de victimización. Se trata de construir un cuestionario con diversas preguntas de manera escrita pero también oral, para obtener información sobre las actividades delictivas de manera anónima de una muestra representativa previamente seleccionada sobre el último año o un periodo de tiempo concreto. El cuestionario en cuestión es elaborado por el propio investigador aunque se pueden seguir unas pautas. De este modo, la combinación del registro oficial de las estadísticas de reincidencia junto a los datos basados en los autoinformes,⁹⁷⁴ es una herramienta apropiada para el criminólogo.

En el caso de jóvenes sí que se han mostrado resultados satisfactorios,⁹⁷⁵ aunque es verdad que en el caso de universitarios, se presentan como personas integradas en la sociedad sobre todo cuando la delincuencia que presentan no reviste una cierta gravedad, por lo que son reticentes a confesar sus delitos.⁹⁷⁶ Por ello, la falta de sinceridad o la dificultad en recordar ciertos hechos está presente y se ha de tener en cuenta en el momento de la elaboración del autoinforme, eliminando en la medida de lo posible los sesgos y la falta de fiabilidad.

Los objetivos de estos autoinformes radican por un lado, en conocer los delitos ocultos y que no se han registrado, y por otro lado, en profundizar sobre los aspectos psicosociales de los delincuentes menores de edad. Si bien es cierto, que la mayoría de estos autoinformes se circunscriben al ámbito escolar para estudiar la violencia en las escuelas. A pesar de las referencias contenidas en los realizados sobre la población escolar menor de edad en ambos países, la especialización en la población reclusa o penitenciaria demuestra que el

⁹⁷⁴ En palabras de HERNÁNDEZ DE FRUTOS, «en las décadas de los cincuenta y los sesenta se inició una discusión práctica sobre si las diferentes clases sociales eran tratadas por igual ante la justicia y si las estadísticas oficiales no se encontraban afectadas por el “sesgo” de las clases sociales, que consiste en que la policía detiene y procesa más a los que considera delincuentes, basándose en un prejuicio clasista motivo por el cual los sociólogos se inclinaron por las encuestas basadas en autoinformes como un método válido para contrastar el comportamiento delincente». HERNÁNDEZ DE FRUTOS, T. (2006). Estratificación social y delincuencia. Cuarenta años de discrepancias sociológicas, *Revista Internacional de Sociología*, 64 (45),199-232, p. 207.

⁹⁷⁵ Por parte de la literatura científica se ha puesto de manifiesto la polarización de los autoinformes en jóvenes de 14 a 18 años.

⁹⁷⁶ AEBI, M.F. *Temas de Criminología...* op. cit., p.115.

conocimiento sobre la reincidencia se coloca progresivamente en el centro de la investigación criminológica. Es necesario por tanto, tener información de la realidad criminal del grupo de reincidentes juveniles.

En España a nivel de algunas Comunidades Autónomas se realizaron autoinformes en menores infractores. Es el caso de Galicia, Navarra y Palma de Mallorca durante los años 80 y 90.⁹⁷⁷ Los primeros autoinformes en jóvenes más completos son los de Rechea Alberola y colaboradores. Estos informes abarcaban dos periodos de tiempo distintos, concretamente 1992 (ISRD I) y 2006 (ISRD II).⁹⁷⁸ Se trataba de un estudio nacional de sujetos que comprendían un tramo de edad de 14 a 21 años para el primer momento temporal, y sujetos escolarizados entre los 12 y los 18 años para el segundo periodo de tiempo.⁹⁷⁹ De esta manera, se obtenían resultados que permitían comparar los datos a nivel nacional. De esta investigación se concluye que los datos de delincuencia juvenil en España no son alarmantes y se mantienen relativamente estables. Al margen de alguna disparidad, sí que es cierto que se perseveran las tendencias tradicionales propias de la delincuencia juvenil.

Existen otros estudios más actuales como el llevado a cabo en la región de Murcia.⁹⁸⁰ Se procedió a la aplicación de autoinformes en menores de edad en tres colegios de esta Comunidad Autónoma. La metodología consistía en complementar los datos obtenidos de los autosinformes con los de las estadísticas oficiales. Se tomó para ello en consideración a un grupo de menores que estaban cumpliendo una medida de internamiento en centros de la región, bien en régimen semiabierto o en régimen cerrado. Las variables analizadas hacían

⁹⁷⁷ ARROYO ZAPATERO, L. (dir.) (1993). *Estudios de Criminología I*. Cuenca: Servicio de publicaciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, p.163.

⁹⁷⁸ Vid. RECHEA ALBEROLA, C., BARBERET, R., MONTAÑÉS RODRÍGUEZ, J., y ARROYO ZAPATERO, L.A. (1995). *La delincuencia juvenil en España: Autoinforme de los jóvenes*. Madrid: Ministerio de Justicia e Interior.

⁹⁷⁹ Para que la comparación no se viera sesgada por esas diferencias, se seleccionaron de ambas muestras exclusivamente a los sujetos escolarizados de entre 14 y 18 años.

⁹⁸⁰ Vid. TORRENTE, G., y RODRÍGUEZ, A. (2004). Características sociales y familiares vinculadas al desarrollo de la conducta delictiva en pre-adolescentes y adolescentes. *Cuadernos de Trabajo Social*, (17), 95-115.

referencia a las variables sociodemográficas de la familia, comparando un grupo escolarizado con un grupo institucionalizado.

Por otro lado, existe un tipo de autoinforme específico para detectar reincidencia y va dirigido a la población penitenciaria. Se trata de realizar un seguimiento a los menores de edad que han cumplido una medida sancionadora-educativa en un centro. La reincidencia autoinformada en menores que han cumplido una medida en un centro de internamiento es bastante útil. Con ello, hay autoinformes en el ámbito internacional donde se abordan diferentes facetas en relación a la reincidencia en menores. Sin embargo, no se conoce en España un estudio sobre la reincidencia autoinformada en este campo.

Es verdad que en Alemania, se realizan las primeras encuestas («*Täterbefragungen*») en la década de los 90 tanto a nivel local como de Estados Federados. Se abre así la senda para una extensa tradición en el uso de autoinformes entre la población estudiantil. Los primeros datos observados relativos a la delincuencia violenta en la población escolar eran elevados, aunque moderados en comparación a la estadística policial.⁹⁸¹ Otro estudio realizado en la segunda mitad de la década de los 90, pone de manifiesto que entre los escolares de 13 a 18 años se produce una mayor incidencia de actos violentos y un aumento significativo de los delitos cometidos por menores de edad.⁹⁸² Aunque el mismo autor y colaboradores en unas fases más avanzadas de la investigación años después observaron una disminución de la violencia.

En lo relativo a la reincidencia, se concluye en un estudio⁹⁸³ que el aumento de los datos observados referidos a la delincuencia juvenil- e incidiendo en los delincuentes de intensidad («*Intensivtäter*»)- es menor que los registrados por la estadística de la *PKS*. También Dünkel y

⁹⁸¹ Vid. MANSEL, J., y HURRELMANN, K. (1998). Aggressives und delinquentes Verhalten Jugendlicher im Zeitvergleich. Befunde aus „Dunkelfeldforschungen“ aus den Jahren 1988, 1990 und 1996. *Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie*, 50(1),78–109.

⁹⁸² HEINZ, W. (2016). *Kriminalität und Kriminalitätskontrolle in Deutschland*. Konstanz: Konstanzer Inventar Sanktionsforschung, p.63. En el mismo sentido, vid. FUCHS, M., BAUR, N., LAMNEK, S., y LUEDTKE, J. (2009). *Gewalt an Schulen. 1994 -1999 -2004*. Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften.

⁹⁸³ Vid. LÖSEL, F., y BLIESENER, T. (2003). *Aggression und Delinquenz unter Jugendlichen. Untersuchungen von kognitiven und sozialen Bedingungen*. Wiesbaden: Luchterhand.

colaboradores realizaron sendos autoinformes en 1998, 2002 y 2006 entre estudiantes de 14 y 15 años en Greifswald en relación a delitos violentos y no violentos, donde los resultados demostraban que había una reducción en la prevalencia entre el primer y el último autoinforme.⁹⁸⁴ En particular, se examinaron «*Mehrfachtäter*» cuyas cifras se mantenían bajas sin ser estadísticamente significativas. Por otro lado, otro estudio de escolares reincidentes que habían cometido cinco o más delitos violentos fue llevado a cabo en cuatro «*Bundesländer*», demostrando así que había habido una disminución de éstos.⁹⁸⁵ Como queda de manifiesto, por tanto, en Alemania no es la primera vez que en los estudios sobre autoinformes se analizan los «*Mehrfachtäter*» e «*Intensivtäter*».

Además, se realizaron autoinformes entre 1.243 jóvenes de 14 a 24 años que estaban cumpliendo una pena juvenil.⁹⁸⁶ Aunque aún estaban cumpliendo dicha medida, lo interesante en relación a la reincidencia fue observar la correlación entre los sentimientos de culpa y de vergüenza con la subconsecuente puesta en libertad del centro o prisión. Se observó que más de la mitad de los jóvenes que se sentía culpable y un 39 % que se sentían avergonzados, no volvían a cometer un hecho delictivo en el periodo de seguimiento una vez que habían finalizado su medida, no recayendo en el delito.

A pesar de todo lo expuesto *supra*, hay que reseñar las diferentes incidencias expresadas por la doctrina especializada como: a) la problemática de aquellos sujetos que recaen en el delito en numerosas ocasiones y pueden llegar a no saber exactamente el número de veces que han cometido un hecho delictivo (incidencia), b) la elaboración de un cuestionario con una batería de preguntas claras y concisas que no lleve al joven a tener que dar respuestas ambiguas, c) la identificación de lo que es o no un hecho delictivo, lo que influye en la medición de la delincuencia y reincidencia de los menores de edad, d) la consideración de delitos más bien

⁹⁸⁴ Vid. DÜNKEL, F., y GENG, B. (2003). Fakten zur Überbelegung im Strafvollzug und Wege zur Reduzierung von Gefangenenraten. *Neue Kriminalpolitik*, 146-149.

⁹⁸⁵ Vid. BAIER, D., PFEIFFER, C., SIMONSON, J., y RABOLD, S. (2009). *Jugendliche in Deutschland als Opfer und Täter von Gewalt. Erster Forschungsbericht zum gemeinsamen Forschungsprojekt des Bundesministeriums des Innern und des KFN*. Hannover: KFN-Forschungsbericht.

⁹⁸⁶ Vid. HOSSER, D., WINDZIO, M. & GREVE, W. (2008). Guilt and Shame as Predictors of Recidivism: A Longitudinal Study With Young Prisoners. *Criminal Justice and Behavior*, 35(1),138-152.

leves ya que son los propios de la delincuencia juvenil y e) la realización de conductas antisociales que no son constitutivas de hechos delictivos tipificados en la legislación penal general y especial.

6. Prevención y Justicia Restaurativa en el menor reincidente

La prevención de la delincuencia es una de las funciones de los Estados en el ámbito de la seguridad y la justicia, «abarcando tanto una actuación represiva como una actuación preventiva, aunque obviamente es preferible la actuación preventiva a la represiva».⁹⁸⁷ El tema a tratar en este apartado será la actuación preventiva, en tanto en cuanto los Estados utilizan diferentes instrumentos para evitar y reducir la comisión de delitos en la sociedad.

Se engloban en la prevención del delito, una serie de actividades dirigidas a la reintegración del individuo en la sociedad. Para ello, se tienen en cuenta todos los aspectos de la vida social de un país, en el cual van a intervenir los diferentes actores de la vida social, gubernamental y política. Como ya se ha expresado en este trabajo y es conocido en el ámbito de la criminología, el delito forma parte de la sociedad y la eliminación del mismo es complicado, por lo que se pondrán todos los medios necesarios al menos para reducirlo. Más, en el caso de la delincuencia juvenil que tiene un carácter episódico, normal y que está omnipresente.

Como ya señaló el Consejo Económico y Social Europeo «la importancia que la sociedad concede al fenómeno de la delincuencia juvenil requiere de respuestas efectivas que habrán de construirse especialmente sobre tres pilares básicos que son: prevención, medidas sancionadoras educativas y reintegración social de los menores infractores».⁹⁸⁸

⁹⁸⁷ BUENO ARÚS, F. (2008). *Nociones de prevención del delito y tratamiento de la delincuencia*. Madrid: Dykinson, p.29.

⁹⁸⁸ MONTERO HERNANZ, T. (2017). La privación de libertad en los sistemas de justicia de menores: una aproximación desde los estándares internacionales. *Derecho y Proceso Penal*, 45, 119-135, pp. 123 y ss.

En términos generales, la doctrina señala tres tipos diferentes de prevención: la prevención primaria, la prevención secundaria y la prevención terciaria. La prevención primaria está orientada a obrar sobre el individuo antes de que el delito se manifieste. Por lo tanto, neutraliza las posibles causas del comportamiento delictivo actuando sobre la sociedad. La prevención secundaria se dirige a grupos concretos previniendo el delito, ya que estos grupos tienen una mayor probabilidad de delinquir. Mientras que la prevención terciaria, se encamina a evitar la reincidencia ya que se aplica sobre aquellos sujetos que ya han delinquido, y bien están cumpliendo penas o ya las han cumplido, pero quieren integrarse nuevamente en la sociedad.

Para conseguir unas buenas prácticas en la resocialización del menor infractor reincidente se deben implementar medidas y acciones dirigidas a evitar nuevamente el internamiento del menor en un centro. Para ello, se promueven acciones humanitarias para reducir el volumen de aquellas medidas más restrictivas que supongan un confinamiento en centros especiales. Gracias entre otras, a la redefinición de políticas activas destinadas a incluir la red social del menor como parte del proceso de esa integración. En el ámbito del proceso de la aplicación preventiva en jóvenes, es fundamental la implicación de la familia, la escuela y el ámbito social. De hecho, hay un estudio que refleja la importancia de las instituciones del control social informal en los menores y jóvenes en relación a la inhibición de sus conductas, al temer éstos que las instituciones penales tengan conocimiento sobre su comportamiento delictivo con anterioridad a las instituciones informales.⁹⁸⁹

Además de lo anterior, la prevención puede clasificarse como prevención general y prevención especial. La prevención dirigida a la sociedad en su conjunto como medida disuasoria es la general. Ésta se puede dividir en positiva y negativa. La prevención general negativa se dirige al infractor potencial utilizando la pena como medida que induzca al sujeto

⁹⁸⁹ CRUZ MÁRQUEZ, B. *Educación y prevención general en el derecho penal...*, op. cit., p.35. En concreto el estudio es de HERBERGER, S. (2000). *Wirksamkeit von Sanktionsandrohungen gegenüber Kindern, Jugendlichen und Heranwachsenden im Hinblick auf Normbegräftigung und normkonformes Verhalten. Analyse des möglichen Beitrags des Strafrechts zur Normbegräftigung unter Berücksichtigung von Aspekten*. Aachen: Shaker Verlag GmbH.

a cambiar de opinión. Mientras, la prevención general positiva va orientada a una víctima potencial reforzando así la confianza en el derecho en términos de pronta aplicación. En cuanto a la prevención especial, también se clasifica en positiva y negativa. El derecho penal de menores se orienta en el marco de una prevención especial positiva. La cual, se dirige a la resocialización y reintegración del delincuente, incidiendo sobre el menor infractor en busca de una reforma del mismo.

La inversión en la reintegración del menor es necesaria para facilitar el proceso de éstos en la sociedad y prevenir la reincidencia. En el contexto internacional de la prevención del delito, las Naciones Unidas han tratado de manera recurrente el tema de la reincidencia en menores y de la reintegración social de los mismos. De manera genérica, definen la reintegración social como «el proceso de integrarse social y psicológicamente en el entorno social».⁹⁹⁰ El término se refiere específicamente, a las variadas formas de intervención y de programas existentes para evitar que un sujeto delinca o, para que el individuo infractor reduzca su posible reincidencia en el delito.

Se apuesta por lo tanto en ese proceso reintegrador, por la participación y el trabajo conjunto de los diversos componentes y actores sociales y judiciales. Donde tienen cabida los variados organismos institucionales locales, el entorno social del infractor, el entorno familiar, el grupo de iguales y la escuela, las organizaciones no gubernamentales, etc.

6.1. La importancia de la prevención terciaria en la reincidencia

Como se ha señalado en el epígrafe anterior en relación a los diferentes tipos de prevención del delito marcados por la doctrina, se tratará la prevención terciaria como referente en la lucha contra la reincidencia delictiva. García-Pablos indicaba que,

⁹⁹⁰ OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO (2013). Guía de Introducción a la Prevención de la Reincidencia y la Reintegración Social de Delincuentes. Nueva York: Oficina de las Naciones Unidas, p. 6.

Un gran número de programas preventivos de la reincidencia están dirigidos básicamente al penado o en cualquier caso al infractor, ya que lo que se pretende es que no vuelva a delinquir, siendo estos programas de prevención terciaria dirigidos hacia la intervención o tratamiento de la prevención en sentido estricto, mientras que otros está dirigidos a la sustitución de la intervención penal para evitar el efecto estigmatizador del propio sistema.⁹⁹¹

Actualmente, los programas preventivos en el ámbito de la prevención terciaria que incluyan a toda la comunidad y a sus integrantes de manera coordinada son los más efectivos. Los aspectos básicos de la prevención terciaria en los menores abarcan varias áreas de intervención. Estas áreas comprenden los diferentes entornos del menor como son la familia, la escuela y la comunidad o el entorno social.

Las medidas orientadas a evitar o reducir la reincidencia del menor deben diseñarse «desde la perspectiva de su desarrollo, siendo fundamentalmente de naturaleza educativa y con capacidad de abordar los desafíos específicos que confrontan los menores delincuentes».⁹⁹² Teniendo en cuenta las disposiciones internacionales «siempre que sea posible, las intervenciones deben tener lugar totalmente fuera del sistema de justicia penal por medio de mecanismos de remisión».⁹⁹³ Es por ello, que dichas intervenciones deberían adecuarse según las circunstancias particulares del menor, al mismo tiempo que tener en cuenta su estructura familiar y los elementos sociales que le rodean.

A continuación, se expondrán brevemente algunos programas preventivos en el ámbito de la prevención terciaria asumiendo programas de reintegración en el ámbito penitenciario (centro de internamiento o penitenciario juvenil) y postpenitenciario (en la comunidad) de la ciudad de Valencia y de Berlín.

⁹⁹¹ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. (1994). *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos para juristas*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 254.

⁹⁹² OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO. *Guía de Introducción a la Prevención de la Reincidencia y la Reintegración Social...*, op.cit., p.4.

⁹⁹³ *Ibid*, p.113.

6.1.1. Programas preventivos en el ámbito penitenciario

En base a lo que se ha abordado en los apartados anteriores y para focalizar la atención sobre el colectivo de estudio durante el cumplimiento de una medida sancionadora, se van a enumerar los dos programas preventivos más representativos de ambas ciudades. Es claro, que el ámbito penitenciario de menores es un escenario idóneo para desarrollar intervenciones con una finalidad preventiva. Una prevención en un contexto problemático que ayude en la disminución de factores negativos que predispongan al menor frente a la reincidencia.

Como se ha visto anteriormente, en la línea de lo estipulado por las NNUU, «las intervenciones para apoyar la integración social de delincuentes no necesariamente requiere la privación de su libertad. Por el contrario, muchas de estas intervenciones pueden hacerse más eficazmente en la comunidad en vez de hacerse en una institución».⁹⁹⁴

En Valencia, el programa más representativo responde a una intervención psicosocial a través de un enfoque estratégico hacia el desarrollo de la prevención integral de la reincidencia y la reintegración de los menores infractores:

- Programa de intervención con familias y menores con conductas de maltrato desarrollado por la Colonia San Vicente Ferrer.⁹⁹⁵ Es un programa basado en un modelo teórico de la psicología cognitivo-conductual que lleva instaurado en Valencia desde 2007. Este programa se concentra en un grupo específico de menores infractores apoyándose en métodos concretos para evaluar sus necesidades y detección de factores de riesgo. En él participan menores que están cumpliendo una medida sancionadora en en dicho Centro. El objetivo general del programa es reducir los comportamientos agresivos y violentos de los hijos hacia sus padres, mejorando así la relación entre

⁹⁹⁴ OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO. *Guía de Introducción a la Prevención de la Reincidencia y la Reintegración Social...*, op.cit., p.328.

⁹⁹⁵ Ver documento Informe publicación Daphne II. Violencia filio parental: menores que agreden a sus padres (s.f.). Recuperado (23.04.2017) de: http://www.emausong.es/documentos/Publicacion_Daphne_Violencia_Intrafamiliar_%20Menores_que_%20agreden_a_sus_%20padres_II.pdf.

ellos, y evitando en la medida de lo posible que extingan su comportamiento violento y agresivo. Es un programa que ofrece asistencia completa para aquellos desafíos que incluye esta tipología delictiva concreta, orientada a los menores y a sus familias a través de un trabajo individual y conjunto. De hecho, se diferencian distintos bloques basados en una estrategia de participación de las partes implicadas del núcleo familiar que puede ser de carácter: individual por parte de los padres, individual por parte de los hijos, de los padres e hijos, de los padres en grupo y de los hijos en grupo. Una gran mayoría de menores que participan en dicho programa lo hacen durante la última fase de la medida impuesta normalmente en régimen semiabierto, es decir, consecutiva a la libertad vigilada. Aunque es cierto, que puede darse al poco de entrar el menor de edad en el centro o después incluso de cumplir una parte de la medida, y no en la última fase de la misma.

En Berlín, el programa⁹⁹⁶ más importante en el ámbito de la prevención frente a la reincidencia en el marco penitenciario durante la ejecución de la medida juvenil es el:

- Proyecto QUARTAL.⁹⁹⁷ Desde 2012 este programa preventivo se lleva a cabo en tres barrios de la ciudad. Está dirigido a los «*Intensivtäter*» de 14 a 23 años que han sido condenados en virtud de la *JGG*, pero que han salido de un establecimiento penitenciario de menores sujetos a la «*Bewährungshilfe*» (libertad condicional) en virtud de §24 *JGG*.⁹⁹⁸ Son menores y semiadultos con un componente migratorio, siendo la mayoría del Este de Europa. El objetivo del proyecto es resocializar al menor y semiadulto evitando que vuelva a reincidir. La participación es voluntaria y

⁹⁹⁶ Este tipo de programas preventivos se llevan a cabo por parte de organizaciones privadas.

⁹⁹⁷ Para saber más, *vid.* LÜTER, A., y SCHROER-HIPPEL, M. (2015). *Gewaltpräventive Arbeit mit gefährdeten und straffälligen jungen Menschen. Vier Projektevaluationen*. Berlin: Arbeitsstelle Jugendgewaltprävention im Auftrag der Landeskommision Berlin gegen Gewalt.

⁹⁹⁸ §24 *JGG* :«*Der Richter unterstellt den Jugendlichen in der Bewährungszeit für höchstens zwei Jahre der Aufsicht und Leitung eines hauptamtlichen Bewährungshelfers. Er kann ihn auch einem ehrenamtlichen Bewährungshelfer unterstellen, wenn dies aus Gründen der Erziehung zweckmäßig erscheint. § 22 Abs. 2 Satz 1 gilt entsprechend*» («*El juez ofrecerá a los jóvenes en el período de prueba para un máximo de dos años la supervisión y dirección de un oficial de la libertad condicional a tiempo completo. También puede proporcionar un agente de vigilancia, en su caso, por razones de educación en virtud del § 22 párr. 2, frase 1*»). Traducción propia.

activa, teniendo que estar plenamente motivados. Se realizan entrevistas individuales para conocer aspectos educacionales y laborales, de residencia, de la familia, etc. La información individual obtenida de cada participante ayudará en el objetivo grupal y en las actividades que se hagan en las reuniones con otros menores. Con esto, se construye un sistema de protección que incluye la integración del menor, la escuela, la formación y la conexión con otras instituciones que ayuden en el proceso de resocialización del menor y adolescente. La duración del programa es de tres meses con la posibilidad de reuniones frecuentes y la total disposición y flexibilización del interlocutor asignado a cada menor. Gracias a este proyecto, se consigue una mejor orientación y más herramientas para interaccionar con las organizaciones y soportes del entorno social del joven. Se inculca una apuesta por el cambio en la búsqueda de estabilidad en todos los aspectos de la vida del menor. Para finalizar, cabe decir que la valoración del programa preventivo hasta la fecha ha sido satisfactoria.

6.1.2. Programas preventivos en el ámbito postpenitenciario

En primer lugar, conviene insistir en que la comunidad contiene instancias de control social formal e informal para monitorizar y supervisar el comportamiento juvenil, lo que permite a ésta en su conjunto y de manera voluntaria usarlas para un bien común. Así pues, la comunidad detecta e identifica la posible existencia de factores de riesgo, tanto personales como ambientales en el joven, potenciando los de protección. Con la ayuda de programas dirigidos a prevenir la reincidencia se promueve la cooperación mediante acciones comunes a nivel local sin perder de vista al menor, ya que el respaldo humano sobre todo, le facilitará el proceso para aceptarse y responsabilizarse de sus actos y no recaer de nuevo.

En segundo lugar, merece especial atención la intervención con el menor reincidente en el ámbito postpenitenciario, donde sobresalen dos programas en Berlín. En cambio en Valencia, la intervención con menores pivota sobre acciones en el ámbito penitenciario (cumpliendo una medida judicial) o con menores en situación de riesgo. Quizás sería conveniente promover desde las instituciones, universidades, organizaciones civiles, etc., un mayor número de profesionales cualificados, al igual que un aumento del presupuesto a nivel local y autonómico para el desarrollo e implementación de estos programas.

Ya se adelantaba que en la ciudad de Valencia, los programas de este ámbito están dirigidos básicamente a menores que están en riesgo de exclusión social, por lo que se pone de relieve una prevención secundaria al incidir directamente sobre un grupo de riesgo a través de la promoción del deporte, la sanidad, la educación, la formación ocupacional o la integración laboral. En efecto, no se tiene constancia sobre intervenciones de carácter preventivo terciario cuya finalidad sea la extinción o la reducción de la reincidencia, y que hagan por lo tanto un seguimiento a los menores en un periodo de tiempo concreto, con el fin de evitar que éstos cometan un nuevo hecho delictivo.

La prevención en el ámbito postpenitenciario, y siguiendo a Herrero Herrero -el considerar una intervención terciaria con menores para evitar la reincidencia-la *represión* policial del menor en el entorno familiar es algo factible.⁹⁹⁹ En la actualidad, existe un programa en Berlín llevado a cabo por la policía berlinesa llamado *TOE*. Junto a este programa, también se explicará a continuación otra intervención pero sin que medie una acción policial:

- Programa *TOE*, «*Täterorientierten Ermittlungsarbeit*»¹⁰⁰⁰ (trabajo de investigación orientado al infractor). Es un programa específico que está dirigido a «*Intensivtäter*» y «*Kiezorientierte Mehrfachtäter*» entre los 14 y los 21 años, aunque pueden ser más mayores. Como ya se ha descrito en la parte de la estadística policial, se elabora una recogida de datos cuantitativos y se realiza un estudio empírico sobre ambos grupos por parte de «*Landespolizei*» Dir 6 de la ciudad berlinesa. Los objetivos fundamentales del programa pasan por evitar que los menores que han cometido más de un delito vuelvan a reincidir, hacer un seguimiento a los menores infractores y disminuir la criminalidad juvenil. A través del Programa policial *Polix*, se localizan aquellos menores pertenecientes a ambos grupos y se estudia su biografía, los factores de riesgo, los factores de protección, etc. El seguimiento del programa es individual pero también se hacen reuniones grupales confeccionando para ello grupos de

⁹⁹⁹ *Represión* policial entendida desde el punto de vista del control y de utilizar todas las herramientas necesarias para ejercer un cierto seguimiento policial al menor integrándose elementos no punitivos. HERRERO HERRERO, C. (2007). *Criminología (Parte General y Especial)*. Madrid: Dykinson, p.320.

¹⁰⁰⁰ HEIDE, O. *Jugenddelinquenz in Berlin. Jahrbuch 2014...*, op.cit. pp. 22 y ss.

menores según características similares. La duración de la intervención es de un año. A cada menor se le asigna un policía de referencia especializado en la materia («*Sondersachbearbeiter*»), el cual será su interlocutor a lo largo de la participación en el programa. Se integra tanto a la escuela, a la familia, a los amigos y a las instituciones, por lo que la cooperación comunitaria es decisiva para el buen funcionamiento del *TOE*.

- Proyecto STOP-«*Soziales Task Force für offensive Pädagogik*».¹⁰⁰¹ Desde 2012 este programa preventivo se lleva a cabo en cuatro barrios de la ciudad berlinesa. Está dirigido a «*Schwellentäter*» que tienen entre 14 y 16 años con condenas previas, y con diversas medidas sancionadoras (también se aplica a menores de 10 a 14 años inimputables, aunque con otras particularidades añadidas). Se utiliza el concepto de educar en vez de castigar («*Erziehen statt Strafen*») inspirador de la *JGG*. El objetivo es reducir la reincidencia, al igual que evitar el desarrollo de una carrera criminal futura del menor. La duración del programa se estima en una participación de al menos tres meses por parte del menor. La intervención tiene componentes sólidos que incluyen entrevista personal, conversación con los padres y la familia, un diagnóstico sociopedagógico y ejercer la mediación entre las instituciones y otros actores del entorno social del menor. Además, este programa se basa en reducir los factores de riesgo y reforzar los factores de protección.

6.2. Justicia Restaurativa en la reincidencia desde una perspectiva comparada

Se pone de manifiesto que el reconocimiento ante un hecho delictivo no es únicamente para víctima y victimario, sino también para «la comunidad, las redes sociales y las agencias de

¹⁰⁰¹ Del alemán, *Grupo de trabajo social para una pedagogía ofensiva*. BARTSCH, S., y STROPPEL, S. (2015). In letzter Sekunde? Stop- Soziales Task Force für offensive Pädagogik. Ein Angebot für minderjährige Mehrfachtäter/innen. In A. LÜTER (coord.), *Prävention auf dem Prüfstand. Evaluationsstudien zu Berliner Maßnahmen und Projekten gegen Jugendgewalt* (pp. 31-40). Berlin: Berliner Forum Gewaltprävention, pp. 33 y ss.

justicia».¹⁰⁰² Es por ello, que el delito va a afectar a todos los individuos sean infractores o víctimas, y por ende a la comunidad. Precisamente, con la justicia restaurativa se ha abierto un horizonte nuevo en la práctica de resolver el conflicto planteado, devolviéndolo progresivamente a las partes interesadas. Hay por tanto, una implicación y participación de todos los afectados por el delito.

De entrada, en relación a la reincidencia la Justicia Restaurativa (JR) tiene «efectos preventivos prometedores mediante las intervenciones que pueden influir sobre ella, al mostrarse tasas bajas de la misma».¹⁰⁰³ Los expertos en la materia y particularmente en el ámbito de la criminología y victimología, abogan por estas técnicas ya que disminuye la reincidencia en delincuentes juveniles. Mientras, que en algunos países de Europa la justicia restaurativa tiene «una base más estable y destacada porque se ha introducido en el procedimiento y la práctica de justicia penal, otras jurisdicciones luchan o continúan luchando para mover a ésta, desde los márgenes del sistema de justicia criminal».¹⁰⁰⁴ En todo caso, «los programas de justicia restaurativa se han de adaptar a los contextos culturales y a las necesidades de la comunidad (...)».¹⁰⁰⁵ Lo cierto es que según el país, la justicia restaurativa supondrá un complemento pero a veces una alternativa.

Ahora bien, no existe una definición clara y consensuada de lo que es justicia restaurativa. En parte, por la evolución del concepto y por la interpretación dada acorde a la jurisdicción de cada país. Entre los términos destacados aportados por la literatura anglosajona como señala Miers, se encuentran entre otros: «*communitarian justice*», «*reparative justice*» o «*community*

¹⁰⁰² UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME (2006). *Handbook on restorative justice programmes*. Viena: Naciones Unidas, p. 6. Traducción propia.

¹⁰⁰³ SHAPLAND, J., ATKINSON, A., ATKINSON, H., DIGNAN, J., EDWARDS, L., HIBBERT, J., ... & SORSBY, S. (2008). *Does restorative justice affect reconviction? The fourth report from the evaluation of three schemes*. Sheffield: Centre for Criminological Research University of Sheffield. Ministry of Justice, pp. 10 y ss. Traducción propia.

¹⁰⁰⁴ DÜNKEL, F., GRZYWA-HOLTEN, J. & HORSFIELD, P. (eds.) (2015). *Restorative Justice and Mediation in Penal Matters A stock-taking of legal issues, implementation strategies and outcomes in 36 European countries. Vol. 1*. Greifswald: Forum Verlag Godesberg, pp. 7 y ss. Traducción propia.

¹⁰⁰⁵ UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. *Handbook on restorative...*, op.cit., p. 6.

justice». ¹⁰⁰⁶ En cambio, en la literatura en lengua castellana se distinguen conceptos tales como: «*justicia reparadora* o *justicia reintegradora*». ¹⁰⁰⁷

Una de las herramientas más conocidas y que se aplica mayoritariamente en la práctica- a pesar de que se exploran al mismo tiempo otras herramientas restaurativas- es la mediación entre víctima y menor infractor. Se utiliza la palabra mediación (pudiendo ser penal o penitenciaria) en España, mientras que en Alemania se usa la expresión *TOA* referida a los programas de conciliación de autor-víctima («*Täter-Opfer-Ausgleich*»). ¹⁰⁰⁸ El centro de las acciones y/o programas de justicia restaurativa gira en torno a la mediación penal pero también a la medición penitenciaria. Aunque es verdad, que el protagonismo de los programas restaurativos que implican a la comunidad van tomando cada vez más, un mayor protagonismo.

De todas formas, la JR se entiende como un «nuevo paradigma multidimensional». ¹⁰⁰⁹ A este respecto, Ríos Martín y sus colaboradores destacan principalmente que responde a la: a) apuesta por un modelo de justicia penal partiendo de las necesidades de la víctima en detrimento de un modelo punitivo, b) personalización gracias el diálogo y la comunicación personal, c) no limitación a subsumir los hechos al tipo penal y aplicar la pena correspondiente y d) priorización del acuerdo autónomo en contraposición del sometimiento a un poder ajeno.

¹⁰⁰⁶ MIERS, D. (2001). *An International Review of Restorative Justice. Crime Reduction Research Series Paper 10*. London: Home Office, p.3.

¹⁰⁰⁷ PÉREZ SAUCEDA, J.B., y ZARAGOZA HUERTA, J. (2011). Justicia reparadora: Del castigo a la reparación. En F.G. CAMPOS, D. CIENFUEGOS, L.G. RODRÍGUEZ, y J. ZARAGOZA (coords.), *Entre la libertad y el castigo. Estudios en homenaje a la maestra Emma Mendoza Bremauntz* (pp. 639-654). México: Universidad Internacional de México, p. 640. También se han acuñado los términos de *justicia victimal* y *justicia recreadora* por parte de BERISTAIN, A. (2006). ¿Evolucionamos hacia las antípodas del derecho penal y la criminología? ¿Evolucionamos hacia la justicia victimal? *Revista Penal*, 17, 34-58, p. 36.

¹⁰⁰⁸ WEITEKAMP, E.G.M. & KERNER, H.J. (2002). *Restorative justice: Theoretical Foundations*. Portland: Willan, p.330.

¹⁰⁰⁹ RÍOS MARTÍN, J.C., PASCAL RODRÍGUEZ, y BIBIANO GUILLÉN, A. (coords.) (2012). *La mediación penal y penitenciaria. Experiencias de diálogo en el sistema penal para la reducción de la violencia y el sufrimiento humano*. Madrid: Colex, p.31.

A continuación, se van a poner de relieve las características y los mecanismos que integran la JR en el ámbito de la jurisdicción penal juvenil en España y en Alemania. En este sentido, se introducirán los mecanismos propios de la justicia restaurativa a través de programas que suponen verdaderamente una necesidad para los menores infractores y para los menores reincidentes. Sobre todo, en lo relativo a la medición del impacto sobre la reincidencia en la delincuencia juvenil, porque así el menor infractor «rectifica su posición mediante la comprensión del dolor del otro, transformando así la situación lesiva y, por supuesto, evitando su reincidencia delictiva en el futuro».¹⁰¹⁰

6.3. Marco legislativo en la jurisdicción de menores

Como consecuencia de los diferentes textos normativos aprobados en Europa, como la Directiva 2012/29/UE,¹⁰¹¹ la legislación nacional mediante la Ley 4/2015 del Estatuto de la víctima del delito,¹⁰¹² o la legislación alemana en virtud de la «*Opferentschädigungsgesetz*» («*Ley de indemnización/compensación a las víctimas*»)¹⁰¹³ -pero también gracias al impulso de las instituciones europeas- se abre un nuevo escenario en los planteamientos restaurativos en nuestra sociedad. En esto influye además en parte, el informe de la reunión del Grupo de Expertos sobre Justicia Restaurativa ante la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal en el marco de las Naciones Unidas.¹⁰¹⁴ En este informe, se exponen y detallan las

¹⁰¹⁰ PATIÑO MARIACA, D.M., y RUIZ GUTIÉRREZ, A.M. (2015). La justicia restaurativa: un modelo comunitarista de resolución de conflictos. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas – UPB*. 45(122), 213-255, p. 239.

¹⁰¹¹ Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo. Recuperado (18.03.2017) de: <https://www.boe.es/doue/2012/315/L00057-00073.pdf>.

¹⁰¹² La Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito transpone entre otras, la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, 29/2012, de 25 de octubre de 2012.

¹⁰¹³ *Opferentschädigungsgesetz (OEG)*, de 16 de mayo de 1976 cuya última reforma es de 2011. Recuperado (20.03.2017) de: <http://www.gesetze-im-internet.de/oeg/>.

¹⁰¹⁴ E/CN.15/2002/5/Add.1, p.4.

razones para «promover medidas de justicia restaurativa en el ámbito de los sistemas de justicia penal del mundo»¹⁰¹⁵.

La incorporación de medidas restaurativas en el sistema de justicia penal juvenil español y alemán hace satisfactoria y beneficiosa la búsqueda de un equilibrio entre las partes. De la misma manera, que favorece una convivencia y una apuesta por la armonía entre todos los actores de la comunidad, tanto que hayan cometido el delito como que hayan sido víctimas directas o indirectas de éste. Por lo que es fundamental la implementación y el desarrollo de estos principios restaurativos en los instrumentos jurídicos de los Estados.

6.3.1. En la legislación penal juvenil española. Especial mención a la mediación.

En la Exposición de Motivos de la Ley penal juvenil LORRPM, ya se recogen las cuestiones sobre los principios restaurativos en la jurisdicción de menores en nuestro país.¹⁰¹⁶ El art. 19.1 concretamente, recoge aquellas situaciones en las que se puede proceder al sobreseimiento por conciliación o reparación entre el menor y la víctima en caso de delitos menos graves «(...) ante la falta de violencia o intimidación graves en la comisión de los hechos (...)». De esta manera, se vincula a unas medidas del ámbito de la justicia restaurativa para evitar el inicio del procedimiento y apostar por medidas extrajudiciales (la norma la circunscribe a la fase de instrucción). En concreto, se han de dar tres situaciones que se pasan a señalar a continuación: «a) la conciliación del menor infractor con la víctima del delito, b) la reparación del daño producido a la víctima y c) la desjudicialización por parte del equipo técnico mediante una actividad educativa extrajudicial».¹⁰¹⁷ En base al principio de oportunidad del que ya se habló

¹⁰¹⁵ E/CN.15/2002/5/Add.1, p.4.

¹⁰¹⁶ 13.Exposición de Motivos de la LORRPM: «Un interés particular revisten en el contexto de la Ley los temas de la reparación del daño causado y la conciliación del delincuente con la víctima (...), en un claro predominio, una vez más, de los criterios educativos y resocializadores sobre los de una defensa social esencialmente basada en la prevención general y que pudiera resultar contraproducente para el futuro. La reparación del daño causado y la conciliación con la víctima presentan el común denominador de que el ofensor y el perjudicado por la infracción llegan a un acuerdo, cuyo cumplimiento por parte del menor termina con el conflicto jurídico iniciado por su causa (...)».

¹⁰¹⁷ BERNUZ BENEITEZ, M.J. (2007). La justicia de menores. Referencia especial a la situación actual en España. En I. CAMPOY RIVERA (ed.), *Los derechos de los niños: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y*

en el Capítulo III, el MF puede abstenerse de continuar con el expediente dando por concluida la instrucción y solicitando al Juez el sobreseimiento y archivo de actuaciones, o sino seguir con la tramitación del expediente sino cumple el menor la actividad educativa o la reparación acordada.

La conciliación se interpreta como el reconocimiento del daño causado sobre la víctima mediante la presentación de disculpas a la víctima, así como de la aceptación de las mismas por parte de ella. Concretamente, en el artículo 19.2 de la LORRPM se hace referencia a ello, aunque la acción civil no queda sin efecto en aplicación de la conciliación.¹⁰¹⁸ La reparación de la víctima significa la voluntad que adquiere el menor infractor para enmendar directa o indirectamente a la víctima del delito, además de la compensación psicológica. Por último, la desjudicialización por parte del equipo técnico se lleva a cabo mediante la realización de medidas educativas a petición de éste.¹⁰¹⁹ De hecho, como se recoge en el art. 27.3 de la misma ley, el equipo técnico¹⁰²⁰ debe informar en aras del interés del menor sobre la posibilidad o no por parte del menor infractor sobre una actividad reparadora o de conciliación con la víctima de un delito, en virtud de lo dispuesto en el art.19 de la misma ley.

En España, como bien es sabido, las Comunidades Autónomas tienen las competencias en materia de aplicación de lo dispuesto en esta ley juvenil. El marco de la justicia restaurativa se pone en práctica en algunas CC.AA., siendo Cataluña y Euskadi las pioneras. Se han

filosóficas (pp. 81-112). Madrid: Dykinson, p.103.

¹⁰¹⁸ Artículo 19.2 de la LORRPM: «A efectos de lo dispuesto en el apartado anterior, se entenderá producida la conciliación cuando el menor reconozca el daño causado y se disculpe ante la víctima, y ésta acepte sus disculpas, y se entenderá por reparación el compromiso asumido por el menor con la víctima o perjudicado de realizar determinadas acciones en beneficio de aquéllos o de la comunidad, seguido de su realización efectiva. Todo ello sin perjuicio del acuerdo al que hayan llegado las partes en relación con la responsabilidad civil».

¹⁰¹⁹ Artículo 19.3 de la LORRPM: «El correspondiente equipo técnico realizará las funciones de mediación entre el menor y la víctima o perjudicado, a los efectos indicados en los apartados anteriores, e informará al Ministerio Fiscal de los compromisos adquiridos y de su grado de cumplimiento».

¹⁰²⁰ A este respecto, Colás Turégano señala «un miembro del equipo técnico adscrito a los juzgados y fiscalías de menores, en los supuestos de mediación previstos en el art. 19, en tanto que la mediación contemplada durante la ejecución, como prevé el RM en sus arts. 8.7 y 15 puede ser llevada a cabo mediante los programas de mediación puestos a disposición del Ministerio Fiscal y de los juzgados de menores por la entidad pública competente para la ejecución de las medidas, en concreto, como establece el art. 45 de la LORRPM, las CC.AA., al ser esta una materia transferida». En COLÁS TURÉGANO, M.A. Hacia una humanización de la justicia penal: la mediación en la justicia juvenil española..., op.cit., p. 152.

desarrollado y se desarrollan actualmente proyectos pilotos en el ámbito de la justicia penal juvenil. Reforzando así, el tratamiento de los menores infractores y en especial de los reincidentes con este tipo de medidas, y la atención y protección de las víctimas.

Actualmente, el marco legislativo vigente en Cataluña corresponde a la Ley 27/2001, de 31 de diciembre, de justicia juvenil. Esta normativa, como se recoge en su Preámbulo, *«tiene como finalidad la de promover y regular los instrumentos para conseguir la integración y la reinserción social de los menores y los jóvenes a los cuales se aplica, mediante la articulación de programas y de actuaciones que han de tener un carácter fundamentalmente educativo y han de respetar plenamente sus derechos»*. En el artículo 14 de la misma, se hace mención a los programas de mediación, reparación a la víctima, inserción laboral o trabajo en beneficio de la comunidad como medidas de reparación.¹⁰²¹

Desde finales de los años 90, la mediación como herramienta restaurativa está integrada en el sistema de justicia juvenil catalán. Los mediadores forman parte del equipo técnico. Se aplica esta herramienta tanto a delitos leves como delitos graves por violencia o intimidación, aunque en este caso se ha de celebrar el juicio sin poder solicitarse el sobreseimiento. En este caso, la mediación sería complementaria a la sentencia y el juez puede tenerla en consideración cuando dicte la misma. Normalmente en Cataluña, los casos de mediación en fase postsentencia son escasos. Entre las razones esgrimidas, además del marco legal, para justificar el uso de la justicia restaurativa en esta Comunidad Autónoma se nombran las siguientes: a) la promoción e interés por parte de la Administración por la mediación y la reparación, b) la confianza por parte del MF y el asesoramiento adecuado por parte de los técnicos, c) la buena organización con óptimos recursos humanos y económicos, d) el progresivo desarrollo y búsqueda de apoyo a la víctima y para dar respuestas al infractor.¹⁰²²

¹⁰²¹ Artículo 14 de la Ley 27/2001: *«Las medidas se han de ejecutar con la metodología y los criterios de actuación definidos por los programas generales respectivos: mediación, reparación a la víctima, inserción laboral, trabajo en beneficio de la comunidad y otros que se consideren adecuados, elaborados y aprobados por el órgano administrativo competente en la materia, y han de respetar los principios rectores establecidos por el artículo 4»*.

¹⁰²² GENERALITAT CATALANA. DIRECCIÓ GENERAL D'EXECUCIÓ PENAL A LA COMUNITAT I

Un apunte, al hilo del menor reincidente, si el menor ya es conocido por los mediadores o por los asesores porque ha participado previamente en una mediación o se ha elaborado un informe de asesoramiento anterior, se valora de nuevo por parte de los profesionales del equipo técnico, si es posible una nueva medida de justicia restaurativa para el delito nuevo.¹⁰²³ El equipo técnico puede considerar otras medidas de carácter educativo, entonces se apuesta por la mediación y las medidas de asesoramiento. Si por el contrario, el menor reincidente cumple medida en régimen de internamiento o en medio abierto por hecho anterior, es el equipo técnico quien decide la posibilidad de mediación ante el nuevo hecho, aunque como se señala es bastante infrecuente. Por otro lado, el MF puede decidir que si el menor reincidente repara a la víctima, éste no continúa con el procedimiento.

En el caso de la Comunidad Autónoma de Euskadi, se firma un acuerdo de colaboración con la Generalitat de Catalunya mediante la Resolución 6/2017, de 12 de enero.¹⁰²⁴ Se trata de un Convenio de colaboración suscrito en el área de los servicios de justicia restaurativa y de atención a las víctimas. No puede obviarse, que el Gobierno Vasco ya creó el Servicio de Asistencia a la Víctima (SAV) en el año 1991. Años más tarde en 2007, se fundan los Servicios de mediación penal intrajudicial. Asimismo, en los Juzgados de Menores que van a depender del Gobierno Vasco, se desarrolla la mediación por parte de los equipos psicosociales, en los términos que recoge la legislación penal de menores.

La mediación intrajudicial en Euskadi no solo se centra en el ámbito penal, sino que desde 2011 también abarca el ámbito familiar. Se han publicado las Memorias de los últimos años en lo que «a la mediación penal intrajudicial se refiere, se puede observar que se sitúa como

JUSTÍCIA JUVENIL (2015). *Models integrats de justícia restaurativa per a víctimes i joves. forme sobre les estratègies per aconseguir un sistema equilibrat entre víctimes i joves: Catalunya*. Generalitat de Catalunya: Departament de Justícia, pp. 15 y ss. Recuperado (20.03.2017) de: http://justicia.gencat.cat/web/.content/home/departament/projectes_internacionals/atencio_victima/Informe-Nacional-Estrategies-Integracio_Catalunya.pdf.

¹⁰²³ GENERALITAT CATALANA. DIRECCIÓ GENERAL D'EXECUCIÓ PENAL A LA COMUNITAT I JUSTÍCIA JUVENIL. *Models integrats de justícia restaurativa...*, op. cit., pp. 16 y 17.

¹⁰²⁴ Resolución 6/2017, de 12 de enero. Recuperado (20.03.2017) de: <https://www.euskadi.eus/y22-bopv/es/bopv2/datos/2017/01/1700423a.shtml>.

un servicio de referencia en el ámbito nacional». ¹⁰²⁵ De hecho, hay un alto porcentaje de casos cerrados con acuerdos que afectan a menores infractores.

En la Memoria de la Fiscalía de la Comunidad Autónoma del País Vasco de 2016, se recogen las medidas en el ámbito de la justicia restaurativa en relación a la especialidad de menores en sus dos facetas: de reforma y de protección. ¹⁰²⁶ En concreto, en la Memoria del año anterior se ponen de relieve las soluciones extrajudiciales en menores de reforma en base al criterio del equipo técnico, la actitud del menor infractor y de la víctima. Éstas, son extensibles a los menores reincidentes, quienes tienen expedientes judiciales anteriores. Se matiza en la misma Memoria, que la ley no va a exigir que tengan que ser menores infractores primarios, al contrario de lo que pasaría para el desistimiento. En ocasiones, es la familia de la víctima quien no quiere llevar a cabo una solución reparativa, a pesar del consentimiento de la misma. En este caso y dependiendo de la gravedad y del tipo delictivo, se procede a lo descrito en el art. 27.4 de la LORRPM (vía de archivo) o sino, se propone una medida de prestación en beneficio de la comunidad.

En el País Vasco desde hace algunos años se editan anualmente unas Memorias a través de la Fiscalía. En ellas se recogen las denuncias de los menores de reforma, las cuales fueron remitidas por el órgano competente para la aplicación de una solución extrajudicial, concretamente mediación en casos concretos de acoso escolar. Los resultados de estas actuaciones mostrados hasta la fecha han sido satisfactorios.

En resumen, se promueven las vías de conciliación o reparación dentro del ámbito de la justicia restaurativa entre la víctima del delito y el menor infractor, lo que supone para el

¹⁰²⁵ Gobierno Vasco. DEPARTAMENTO DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y JUSTICIA (2015). Servicio de mediación intrajudicial. (SMI). (Mediación penal). *Memoria 2015*. Recuperado (20.03.2017): <http://www.justizia.net/servlet/Satellite?blobcol=urldata&blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadervalue1=filename%3DSMI-Mediacionpenal-Memoria-2015-CAS-2.pdf&blobkey=id&blobtable=MungoBlobs&blobwhere=1290509715029&ssbinary=true>.

¹⁰²⁶ Gobierno Vasco. FISCALÍA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO (2016). *Memoria 2016 (ejercicio 2015)*. País Vasco: Fiscalía de la Comunidad Autónoma del País Vasco. Recuperado (01.05.2017) de: https://www.fiscal.es/memorias/memoria2016/FISCALIA_SITE/recursos/fiscalias/superiores/paisvasco.pdf.

menor enfrentarse al hecho delictivo que ha cometido, asumiendo así su responsabilidad. De esta manera, el menor se aleja de la reincidencia al tomar conciencia sobre el hecho en cuestión. Como indica Bernuz Beneitez, la JR «fortalece los lazos de la comunidad para prevenir la reincidencia y fomentar la paz social».¹⁰²⁷ En realidad, es la reincidencia lo que va a ocasionar el éxito o no de una medida aplicada en el ámbito de la justicia de menores, a pesar de que no va a ser la aspiración prioritaria de la justicia restaurativa.

6.3.2. En la legislación penal juvenil alemana. Diferenciación de la «*Diversion*».

Las medidas de justicia restaurativa en la jurisdicción juvenil alemana se pueden aplicar a lo largo de todo el procedimiento. La práctica alemana en la jurisdicción penal de menores, se orienta al modelo de mínima intervención como expresa Dünkel, que incluye «elementos restaurativos, de mediación y de servicios comunitarios».¹⁰²⁸ Una de las manifestaciones de la JR, como es la mediación, se puede atribuir en términos de «*Diversion*» o de medida formal, aunque esto se volverá a tratar en el siguiente epígrafe.

Bajo la rúbrica de «*Wiedergutmachungsaufgabe*» (obligaciones de reparación) (§§10 y 15 *JGG*) se incluyen aquellas medidas formales que persiguen la reconciliación de la víctima con el menor infractor con la finalidad de promover la educación de los mismos.¹⁰²⁹ Estas medidas sancionadoras en la legislación penal juvenil, pueden darse como medidas independientes de una medida coercitiva («*Zuchmitteln*») o como medida formal educativa («*Erziehungsmaßnahmen*»). Las medidas educativas recogidas en el §10.1 *JGG* (a pesar de que el Juez puede añadir más) son: vivir en una familia o en un hogar, prestación de servicios, supervisión y cuidado bajo una persona en particular, participación en un curso de formación

¹⁰²⁷ BERNUZ BENEITEZ, M.J. (2014). Las posibilidades de la justicia restaurativa en la justicia de menores (española). *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*,16-14, 1-27, p. 4.

¹⁰²⁸ DÜNKEL, F. *Juvenile Justice in Germany: between welfare...*, op.cit.

¹⁰²⁹ Sobre la investigación criminológica en la práctica penal de las obligaciones de reparación («*Wiedergutmachungsaufgabe*») en Alemania, véase uno de los primeros trabajos al respecto. BANNENBERG, B. (1993). *Wiedergutmachung in der Strafrechtspraxis: eine empirisch-kriminologische Untersuchung von Täter-Opfer-Ausgleichsprojekten in der Bundesrepublik Deutschland*. Bonn: Forum-Verl. Godesberg.

social, mediación penal («TOA»), abstenerse de circular o visitar a determinadas personas o asistir a clases de conducción.¹⁰³⁰ Del §15 JGG se extrae que el menor infractor por mandato judicial debe compensar el daño por las acciones causadas sobre la víctima, disculparse personalmente con la parte lesionada, proporcionar servicios o una suma de dinero a una entidad pública.¹⁰³¹ Este catálogo es cerrado sin poder ampliarse por parte del órgano jurisdiccional pero se puede aplicar aisladamente o con otras. En el caso de la mediación «se puede imponer como una sanción independiente de la medida disciplinaria en forma de restitución (§15.1 apartado 1 JGG)».¹⁰³² Esta restitución del daño hace referencia a una compensación o a un trabajo que no sea remunerado, aunque lo retomaremos a continuación.

Hay que distinguir, las medidas de «*Diversión*» en la legislación penal juvenil de las medidas de justicia restaurativa. Según Cano Paños, el concepto «*Diversión*» llamado también «*tercera vía*», está en el ámbito de la llamada criminalidad de bagatela o mediana criminalidad, renunciando en la mayoría de los casos a un proceso penal formal y a la imposición de una sanción penal desde un punto de vista estrictamente formal».¹⁰³³ Las medidas de «*Diversión*» por tanto, hacen referencia a las medidas informales impuestas a los menores para evitar una judicialización del menor, mientras que las de JR son reacciones restaurativas y reparativas

¹⁰³⁰ §10.1 JGG: «Weisungen sind Gebote und Verbote, welche die Lebensführung des Jugendlichen regeln und dadurch seine Erziehung fördern und sichern sollen. Dabei dürfen an die Lebensführung des Jugendlichen keine unzumutbaren Anforderungen gestellt werden. Der Richter kann dem Jugendlichen insbesondere auferlegen, 1. Weisungen zu befolgen, die sich auf den Aufenthaltsort beziehen, 2. bei einer Familie oder in einem Heim zu wohnen, 3. eine Ausbildungs- oder Arbeitsstelle anzunehmen, 4. Arbeitsleistungen zu erbringen, 5. sich der Betreuung und Aufsicht einer bestimmten Person (Betreuungshelfer) zu unterstellen, 6. an einem sozialen Trainingskurs teilzunehmen, 7. sich zu bemühen, einen Ausgleich mit dem Verletzten zu erreichen (Täter-Opfer-Ausgleich), 8. den Verkehr mit bestimmten Personen oder den Besuch von Gast- oder Vergnügungsstätten zu unterlassen oder 9. an einem Verkehrsunterricht teilzunehmen».

¹⁰³¹ §15 JGG: «Der Richter kann dem Jugendlichen auferlegen, 1. nach Kräften den durch die Tat verursachten Schaden wiedergutzumachen, 2. sich persönlich bei dem Verletzten zu entschuldigen, 3. Arbeitsleistungen zu erbringen oder 4. einen Geldbetrag zugunsten einer gemeinnützigen Einrichtung zu zahlen. Dabei dürfen an den Jugendlichen keine unzumutbaren Anforderungen gestellt werden. (2) Der Richter soll die Zahlung eines Geldbetrages nur anordnen, wenn 1. der Jugendliche eine leichte Verfehlung begangen hat und anzunehmen ist, daß er den Geldbetrag aus Mitteln zahlt, über die er selbständig verfügen darf, oder 2. dem Jugendlichen der Gewinn, den er aus der Tat erlangt, oder das Entgelt, das er für sie erhalten hat, entzogen werden soll».

¹⁰³² El autor manifiesta que en la práctica se usa ocasionalmente. PĂROŞANU, A. *Restorative justice in Germany. Final national report of Germany...*, op.cit.

¹⁰³³ CANO PAÑOS, M.A. (2014). Las medidas alternativas a la pena de prisión en el ámbito del derecho comparado. *Revista internacional de doctrina y jurisprudencia*, 8, 1-44, p. 5.

del daño que implican no solo al menor infractor y a la víctima, sino también a la comunidad. De hecho, las medidas del §15 *JGG* pueden aplicarse cuando se acaba informalmente el proceso, al suponer una desjudicialización. Por lo que anticipadamente, se concluye el procedimiento penal contra el menor infractor.

En relación a la expresión de las manifestaciones de «*Diversion*», los fiscales de menores pueden renunciar a incoar una causa, si las medidas educativas se han impuesto o se van a imponer a los menores infractores de más de 14 años y menos de 21 años (§45.2 *JGG*).¹⁰³⁴ En el mismo artículo pero en el párrafo 1, se señala que si la restitución del daño se ha llevado a cabo de manera satisfactoria, entonces se produce «un sobreseimiento por causa de una *culpabilidad disminuida* del menor infractor». ¹⁰³⁵ Es el Fiscal, quien puede proponer al Juez de Menores las medidas a imponer, entre las que se incluyen, la restitución y la mediación. Con base en §45.1 *JGG* ¹⁰³⁶ y §45.2 *JGG*, es el Fiscal de Menores («*Jugendstaatsanwalt*») quien puede acabar el procedimiento sin que lo confirme el Juez. ¹⁰³⁷

En definitiva, se acude en primer término a la terminación del procedimiento de una manera informal según lo recogido en § 45.1 *JGG*. Si no se puede imponer dicha medida, entonces se remite a lo dispuesto en §§45.2 y el 45.3 *JGG* ¹⁰³⁸. Según el §45.3, puede solicitarse al Juez la

¹⁰³⁴ §45.2 *JGG*: «*Der Staatsanwalt sieht von der Verfolgung ab, wenn eine erzieherische Maßnahme bereits durchgeführt oder eingeleitet ist und er weder eine Beteiligung des Richters nach Absatz 3 noch die Erhebung der Anklage für erforderlich hält. Einer erzieherischen Maßnahme steht das Bemühen des Jugendlichen gleich, einen Ausgleich mit dem Verletzten zu erreichen*» («El fiscal se abstiene de incoar el procesamiento si una medida educativa ya se ha iniciado o realizado previamente, y no tiene la participación de un juez a la que se refiere el apartado 3, ni el juicio político necesario. Una medida educativa equivale a los esfuerzos de los jóvenes para llegar a un acuerdo con el lesionado»). Traducción propia.

¹⁰³⁵ DÜNKEL, F., GRZYWA-HOLTEN, J. & HORSFIELD, P. *Restorative Justice and Mediation...*, op.cit., p.309.

¹⁰³⁶ §45.1 *JGG*: «*Der Staatsanwalt kann ohne Zustimmung des Richters von der Verfolgung absehen, wenn die Voraussetzungen des § 153 der Strafprozeßordnung vorliegen*» («El fiscal puede abstenerse de incoar el procedimiento, sin el consentimiento del Juez, si los requisitos de § 153 del Código de Procedimiento Penal están presentes.»). Traducción propia.

¹⁰³⁷ En virtud del §153 *StPO* «*Strafprozeßordnung*» (Código del Procedimiento Penal), los requisitos son: que sea una falta, que haya escaso interés público en la persecución (en base a consideraciones de prevención especial positiva) y que haya una disminución en la culpabilidad del autor del hecho delictivo.

¹⁰³⁸ §45.3 *JGG*: «*Der Staatsanwalt regt die Erteilung einer Ermahnung, von Weisungen nach § 10 Abs. 1 Satz 3 Nr. 4, 7 und 9 oder von Auflagen durch den Jugendrichter an, wenn der Beschuldigte geständig ist und der Staatsanwalt die Anordnung einer solchen richterlichen Maßnahme für erforderlich, die Erhebung der Anklage*

suspensión del procedimiento por parte del Fiscal cuando se considere arbitrar una respuesta judicial conforme a los hechos delictivos cometidos por el menor, pero entendiendo que el castigo es innecesario.¹⁰³⁹ Cabe señalar sin embargo, que los fiscales de menores van a aplicar la mediación en virtud de ese artículo, mientras que los jueces de menores según §47 JGG.

El contenido del §47 JGG pone de manifiesto la renuncia frente a la apuesta por medidas de carácter restaurativo como la mediación. De todas formas, «el asentamiento legal de los mecanismos de desjudicialización en la legislación penal juvenil (§§45, 47 JGG) están estrechamente relacionados con la implementación de los programas para la realización de la *diversión*».¹⁰⁴⁰ Sin embargo, recapitulando, como señala Dünkel y colaboradores «la medida sancionadora independiente de la mediación, se puede imponer como parte de una medida educativa (§10.1 JGG) o como parte de una medida disciplinaria (§15 JGG)».¹⁰⁴¹ Aunque la mediación como medida educativa o disciplinaria es muy raramente utilizada en la práctica.

En cualquier caso, normalmente se alcanza la medida como parte de un procedimiento informal,¹⁰⁴² sin llegar a la formalidad de los procedimientos del Tribunal. Entre las medidas aplicadas del ámbito de la JR destacan la mediación y la restitución. En resumen, como el legislador había incluido las diferentes posibilidades de *diversión*, la mediación penal entre víctima y agresor puede ser aplicada dentro de esa estrategia. De hecho, «la mediación como

aber nicht für geboten hält. Entspricht der Jugendrichter der Anregung, so sieht der Staatsanwalt von der Verfolgung ab, bei Erteilung von Weisungen oder Auflagen jedoch nur, nachdem der Jugendliche ihnen nachgekommen ist. § 11 Abs. 3 und § 15 Abs. 3 Satz 2 sind nicht anzuwenden. § 47 Abs. 3 findet entsprechende Anwendung».

¹⁰³⁹ FERREIRÓS MARCOS, C-E., SIRVENT BOTELLA, A., SIMONS VALLEJO R., y AMANTE GARCÍA, C. *La mediación en el derecho penal de...*, op. cit., p. 165.

¹⁰⁴⁰ CANO PAÑOS, M. A. Posibilidades de «Diversión» por parte del Ministerio Fiscal..., op.cit., pp. 6 y ss. El autor señala que «a la luz de los resultados de las investigaciones criminológicas que destacan la frecuencia de la delincuencia de bagatela entre los jóvenes, se presentan las medidas de diversión como una vía alternativa al proceso penal tradicional y las medidas estacionarias que van a llevar a la resocialización del joven delincuente, al mismo tiempo, que con la diversión se pretende conseguir una reducción del control social formal en el sentido de una intervención intensiva en el menor delincuente».

¹⁰⁴¹ DÜNKEL, F., GRZYWA-HOLTEN, J. & HORSFIELD, P. *Restorative Justice and Mediation...*,op.cit.

medida formal educativa se puede imponer en virtud de lo dispuestos en el §10.1 apartado 7 *JGG*». ¹⁰⁴³

También existen manifestaciones de la justicia restaurativa en el ámbito penitenciario, durante el cumplimiento de una pena juvenil en un centro de internamiento. Los diferentes Estados Federados pusieron en marcha sendas reformas legislativas al respecto. Éstas, promueven la compensación entre víctima e infractor del delito y la asunción del hecho criminal. Se apuesta por la promoción de programas restaurativos en la prisión, aunque aún no están del todo desarrollados. ¹⁰⁴⁴ En cambio, hay que considerar el hecho que un menor puede salir de un centro de internamiento, un vez que haya resarcido a la víctima del delito, en virtud de lo acordado en §88 *JGG*, ¹⁰⁴⁵ al haber cumplido una parte de la pena juvenil impuesta.

6.4. Manifestaciones de la Justicia Restaurativa

Por lo expuesto anteriormente, se hace patente que existen diversas reacciones restaurativas para satisfacer el daño ocasionado hacia la víctima. Aunque, en la actualidad es innegable que en ambos países se apueste por la mediación penal como una de las manifestaciones más utilizadas en la práctica con menores. A continuación, se pasan a detallar qué otras tendencias restaurativas existen en el ámbito de la jurisdicción penal de menores.

En España, se regulan los siguientes procesos y prácticas en el marco de la justicia juvenil: a) mediación penal (conciliación con la víctima y reparación del daño a la víctima o a la

¹⁰⁴³ Vid. PĂROȘANU, A. (2013). *Restorative justice in Germany. Final national report of Germany*. Specific Programme Criminal Justice European Commission. Recuperado (01.05.2017) de: http://3e-rj-model.web.auth.gr/files/national_reports/Germany.pdf.

¹⁰⁴⁴ DÜNKEL, F., GRZYWA-HOLTEN, J. & HORSFIELD, P. *Restorative Justice and Mediation...*, op.cit, p.311.

¹⁰⁴⁵ §88 *JGG*: «Der Vollstreckungsleiter kann die Vollstreckung des Restes der Jugendstrafe zur Bewährung aussetzen, wenn der Verurteilte einen Teil der Strafe verbüßt hat und dies im Hinblick auf die Entwicklung des Jugendlichen, auch unter Berücksichtigung des Sicherheitsinteresses der Allgemeinheit, verantwortet werden kann» (El Juez de ejecución podrá suspender el cumplimiento del resto de la pena juvenil otorgando la libertad condicional al condenado si éste ha cumplido parte de la pena teniendo en consideración el desarrollo del joven, incluso e naras de los intereses de la seguridad pública en general»). Traducción propia.

comunidad), b) realización de tareas socioeducativas y c) prestación de servicios en beneficio de la comunidad. Sin entrar a valorar en profundidad, hasta donde llega la filosofía y los principios de la JR en la legislación penal juvenil española,¹⁰⁴⁶ se van a describir brevemente las diferentes actividades restaurativas facilitadas por la norma penal juvenil, donde quedan incluidas la conciliación y la reparación con la víctima, o la posibilidad de una medida educativa. Existen asimismo, otros modelos restaurativos que están aún en una fase de estudio y debate doctrinal. Se distinguen por tanto:

- Mediación. Como señala Colás Turégano, las partes en una relación de confianza deben querer voluntariamente ante un tercero imparcial y neutro que les guíe, colaborar en la resolución de un conflicto planteado de manera libre durante un encuentro no público, que requiere de una actitud proactiva y una voluntad de alcanzar un acuerdo.¹⁰⁴⁷ Como en el caso alemán, se contempla a nivel de la fase de instrucción (como forma de *diversión* aunque limitado a delitos menores y a infractores primarios), y en la fase de ejecución (al no cumplirse la medida, dejándola sin efecto porque la víctima y el menor infractor se han conciliado).¹⁰⁴⁸ No obstante, la mediación penal juvenil «se aplica escasamente después de la sentencia, es decir, durante el cumplimiento de la medida por parte del menor».¹⁰⁴⁹ De manera global, existen diversos tipos de mediación penal como: directa (cuando las partes coinciden físicamente existiendo un cara a cara), indirecta (cuando una tercera persona representa a la víctima, la sustituye), pero también grupal (cuando hay más de una víctima). El tipo de mediación que se aplica frecuentemente en menores, es un contacto por separado, primero con el menor infractor y luego con la víctima.

¹⁰⁴⁶Para un análisis en profundidad y comentarios al respecto, véase BERNUZ BENEITEZ, M.J. Las posibilidades de la justicia restaurativa en la justicia de menores (española)..., op.cit.

¹⁰⁴⁷ COLÁS TURÉGANO, M.A. Hacia una humanización de la justicia penal: la mediación en la justicia juvenil española..., op.cit., pp. 150 y ss.

¹⁰⁴⁸ GIMÉNEZ-SALINAS, E., SALSENCH, TORO, L. & DÜNKEL, F. *Restorative Justice and Mediation...*, op.cit, p.166. En base al art. 19.1 y al art. 51.3 de la LORRPM: «El Juez, previa audiencia de las partes e informe del equipo técnico, podrá alterar el orden de cumplimiento previsto en el apartado anterior cuando así lo hiciere aconsejable el interés del menor».

¹⁰⁴⁹ ÁLVAREZ RAMOS, F. (2008). Mediación penal juvenil y otras soluciones extrajudiciales. *International E-journal of Criminal Sciences*, 3 (2), 1-26, p.3.

Como se ha demostrado en la práctica, es más eficaz la mediación en términos de prevención para evitar la reiteración delictiva en menores y en adultos, frente a las consecuencias jurídicas derivadas de la imposición de una pena privativa de libertad. Hay algunos estudios que relacionan la mediación penal y su impacto en la reincidencia a nivel de CC.AA. Ya fue nombrada la investigación llevada a cabo por Ocáriz Passevant en el País Vasco¹⁰⁵⁰ y la de Capdevila en Cataluña.¹⁰⁵¹ De hecho, las evaluaciones empíricas realizadas indican que la mediación penal «disminuye la reincidencia general, hace disminuir la victimización secundaria, ofrece en los usuarios una opinión de satisfacción con la justicia y reduce los costes de la administración de justicia».¹⁰⁵² Hay que recordar, que en España son las CC.AA.¹⁰⁵³ quienes implementan a diversos niveles las diferentes manifestaciones de la justicia restaurativa en su propio territorio.

La finalidad de la mediación penal en menores debería abarcarse desde una amplia perspectiva. Es comprensible la diversidad de la mediación penal para la resolución del conflicto y por ello, tienen que designarse una variedad de factores que la caractericen, no solo como una expresión del restablecimiento de las relaciones sociales agraviadas por el hecho delictivo. Dicho de otra manera, consideramos que el argumento formulado por Cámara Arroyo en relación a la mediación penal con menores infractores debe ser, «no sólo una mediación curativa, (...) sino también una

¹⁰⁵⁰ En el epígrafe de estudios propios de reincidencia realizados en España. *Vid.* OCÁRIZ PASSEVANT, E. Evaluación de la mediación penal en Justicia Juvenil..., op.cit. En el País Vasco la mediación la lleva a cabo la Dirección de Ejecución Penal del Departamento de Justicia, Empleo y Seguridad Social del Gobierno Vasco.

¹⁰⁵¹ En Cataluña, la mediación se lleva a cabo bajo la supervisión de los servicios de la Dirección General de Ejecución Penal a la Comunidad y de Justicia Juvenil en el contexto del Departamento de Justicia de la Generalitat de Cataluña. Aunque en otras CC.AA. lo realizan organizaciones no gubernamentales. CAPDEVILA CAPDEVILA, M., FERRER PUIG, M. y LUQUE REINA, E. *La reincidencia en el delito en la justicia de menores...*, op.cit.

¹⁰⁵² ÁLVAREZ RAMOS, F. Mediación penal juvenil y otras soluciones..., op.cit., p. 24.

¹⁰⁵³ A modo de ejemplo, en la Comunitat Valenciana se ha presentado el borrador del Anteproyecto de la Ley de Mediación de la Comunitat Valenciana que se encuentra en trámite de información pública. Recuperado (19.04.2017) de: <http://www.mediacion.icav.es/archivos/contenido/1312.pdf>.

mediación preventiva, que sirva para evitar la comisión de futuros delitos y, por supuesto renovadora-restaurativa (...).¹⁰⁵⁴

- Conferencias (del inglés «*Confering*»). Incluye a las personas que se han visto afectadas por un delito haciéndolas partícipes de las decisiones tomadas frente a éste. Los participantes pueden ser familiares de la víctima y del infractor o sujetos que tengan un interés directo en el asunto. A veces, se amplía la mediación en el contexto penal juvenil, pero bien es cierto que se puede llevar a cabo en otros ámbitos diferentes al penal. Los modelos más frecuentes son el «*Family Group Conferencing*» (surgido en Nueva Zelanda) o el modelo «*Wagga*» o «*Policeled Conferencing*» (originario de Australia), aunque hay otros modelos de conferencias. En cualquier caso, en España se analizó concretamente en Cataluña la idoneidad del «*Confering*» en la práctica penal.¹⁰⁵⁵ Por un lado, examinando los diferentes programas instaurados en otros países, y por otro lado, valorando la posible inclusión de este modelo restaurativo con la finalidad de adecuar cada respuesta al caso particular.
- Círculos de apoyo y responsabilidad («*Circle of Support and Accountability*»). Ya se planteó su viabilidad en nuestro país y su efecto sanador por incluir a más actores sociales en el II Congreso Internacional sobre Justicia Restaurativa y Mediación Penal.¹⁰⁵⁶ Estos círculos tienen un carácter más inclusivo, ya que toman en consideración a otros miembros de la comunidad, además de la víctima e infractor. Son originarios de Canadá y básicamente se aplican a delincuentes sexuales de alto

¹⁰⁵⁴ CÁMARA ARROYO, S. (2011). Justicia juvenil restaurativa: marco internacional y su desarrollo en América Latina. *Revista de Justicia Restaurativa*, 1, 8-52, p. 21.

¹⁰⁵⁵ Vid. GUARDIOLA, M.J. (dir.), ALBERTÍ, M., CASADO, C., MARTINS, S., y SUSANNE, G. (2011). ¿Es el conferencing una herramienta útil para los programas de mediación en el ámbito penal del Departamento de Justicia? Generalitat de Cataluña: Centro de estudios jurídicos y formación especializada, 1-236. Recuperado (19.04.2017) de: http://justicia.gencat.cat/web/.content/home/ambits/formacio__recerca_i_docum/recerca/cataleg_d_investigacions/per_ordre_cronologic/2012/conferencing/conferencing_cast.pdf.

¹⁰⁵⁶ DOMINGO, V. (marzo, 2012). *Conclusiones del II Congreso Internacional sobre justicia restaurativa y mediación penal: origen y beneficios reales y potenciales*. En II Congreso Internacional sobre justicia restaurativa y mediación penal: origen y beneficios reales y potenciales, Burgos. Recuperado (19.04.2017) de: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4063074.pdf>.

riesgo. Mediante este modelo, se acompaña a los sujetos en el periodo previo a su puesta en libertad para acompañarles en el proceso de reintegración. Su estructura se caracteriza por la formación de círculos concéntricos donde cada círculo está integrado por diferentes sujetos con roles variados. La diferencia con la herramienta restaurativa del «*Confering*» radica, en que aquí cualquier persona podrá participar, por lo que el voluntariado tiene una función esencial. En Cataluña nuevamente, se pusieron en marcha tres proyectos pilotos con la participación de delincuentes sexuales adultos (Cerclescat).¹⁰⁵⁷ Además como se pudo comprobar, se realizaron encuestas a estudiantes de criminología en esa CC.AA. para conocer su opinión sobre tal medida, obteniéndose una muy buena y alta aceptación por su parte. Por lo que es un buen indicador de la buena predisposición por parte de los nuevos profesionales en la criminología, al apostar por otras alternativas de carácter restaurativo.

- Reparación mediante tareas socioeducativas. Puede darse bajo el amparo de que el menor infractor se comprometa a realizar estas tareas en el marco de la justicia restaurativa. Es una participación voluntaria sin que medie la participación de la víctima del delito. Están dirigidas a corregir déficits muy concretos de menores infractores desde un enfoque psicosocial. Esta medida puede dictarse por un Juez de Menores en una sentencia en virtud del art. 7.1 k) de la LORRPM, donde «*la persona sometida a esta medida ha de realizar, sin internamiento ni libertad vigilada, actividades específicas de contenido educativo encaminadas a facilitarle el desarrollo de su competencia social*». También, puede ofrecerse como medida extrajudicial donde es el menor infractor quien tendrá la última palabra. No debe olvidarse que en este último caso, como herramienta desjudicializadora se permite no incoar el procedimiento contra el menor, concretamente en los delitos regulados en virtud del art. 19 LORPM y del art. 5 del RD 1774/2004.

¹⁰⁵⁷ Implantado en Barcelona gracias al programa europeo Cicles 4EU y a la financiación del programa Daphne III. Vid. NGUYEN, T., FRERICH, N., REDONDO ILLESCAS, S., y ANDRÉS PUEYO, A. (2014). Reinserción y gestión del riesgo de reincidencia en agresores sexuales excarcelados. El proyecto 'Círculos de Apoyo y Responsabilidad' en Cataluña". *Boletín criminológico*, 151, 1-5.

- Prestaciones en beneficio de la comunidad. Se refiere a la noción de que el infractor menor de edad da algo de vuelta a la sociedad por medio de su trabajo, sin que éste reciba una retribución por ello. Tampoco aquí participa directamente la víctima. Está regulada en el art. 7.1 j) de la LORRPM «*La persona sometida a esta medida, que no podrá imponerse sin su consentimiento, ha de realizar las actividades no retribuidas que se le indiquen, de interés social o en beneficio de personas en situación de precariedad. Se buscará relacionar la naturaleza de dichas actividades con la naturaleza del bien jurídico lesionado por los hechos cometidos por el menor*». Y como en el caso de las tareas socioeducativas, puede producirse un sobreseimiento y como medida extrajudicial evitar el proceso penal en los casos antes nombrados.

Respecto a Alemania, se distinguen en el ámbito de la justicia juvenil los siguientes procesos y prácticas restaurativas que se explicarán de manera sucinta y que son:

- Mediación penal («*Täter-Opfer-Ausgleich*»). La mediación es llevada a cabo por agencias públicas como por ejemplo «*Jugendgerichtshilfe*» o servicios sociales de justicia, incluso por organizaciones no gubernamentales privadas. Es verdad, que en los últimos tiempos las agencias públicas reciben menos casos de mediación penal en las que son responsables.¹⁰⁵⁸ La mediación penal está orientada tanto a la víctima como al infractor, por lo que es necesario de personal cualificado que trabaje en ambas direcciones. Como queda reflejado en la literatura, la mediación en Alemania se aplica mayoritariamente en el ámbito de la *diversión* en los menores infractores.

En la actualidad conforme a las estadísticas de mediación «*Täter-Opfer-Ausgleichs-Statistik*» («*TOA-Statistik*»)¹⁰⁵⁹, se registran separadamente los casos de mediación como medida de

¹⁰⁵⁸ Vid. KERNER, H.-J., HARTMANN A., y LENZ, S. (2005). *Täter-Opfer-Ausgleich in der Entwicklung: Auswertung der bundesweiten Täter-Opfer-Ausgleichsstatistik für den Zehnjahreszeitraum 1993-2002*. Mönchengladbach: Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz.

¹⁰⁵⁹ La última estadística realizada corresponde a los años 2013-2014. Vid. HARTMANN, SCHMIDT, M., EDE, K., y KERNER H.-J. (2016). *Täter-Opfer-Ausgleich in Deutschland. Auswertung der bundesweiten Täter-Opfer-Ausgleichs-Statistik für die Jahrgänge 2013 und 2014* Mönchengladbach: Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz.. Recuperado (19.04.2017) de:

diversión, y como medida educativa o como medida coercitiva, la cual como se ha comentado se incluye en la «*Strafverfolgungsstatistik*».

A día de hoy no existe un estudio o análisis sistemático a nivel nacional sobre los efectos de la justicia restaurativa en la reincidencia.¹⁰⁶⁰ Existen sin embargo, diversos estudios que revelan los efectos de la mediación en la reintegración del sujeto. Aunque, no son mucho menores dichos efectos en comparación con los derivados de otras medidas restaurativas. Algunas investigaciones indican pequeños efectos sobre una menor reincidencia o poca reincidencia severa. En todo caso, existen problemas metodológicos (sesgo de selección), lo cual hace complicado aclarar la valoración de éstos. Mientras que para los semiadultos, hay prometedores resultados. Sin embargo, es necesaria una mayor investigación al respecto para profundizar en dicha cuestión.

- Círculos de paz (del inglés «*Peacemaking circles*»), aunque todavía en numerosos países de nuestro entorno geográfico son proyectos pilotos. Estos círculos de paz integran al menor infractor con la víctima y posibles familiares o amigos, los cuales *a priori* no son habitualmente considerados. Se propicia asimismo una integración de los miembros de la comunidad, actores sociales y operadores jurídicos. Son círculos concéntricos donde existen círculos internos y externos ocupados por diferentes participantes. Los más internos corresponden a las personas relacionadas con el caso, víctima, victimario, mediadores, miembros de la comunidad, etc. Mientras que los más externos, contribuyen a la aportación de diferentes expertos, investigadores, etc.

Se realizó un proyecto piloto en la Universidad de Tübingen (*Bundesland* Baden-Württemberg).¹⁰⁶¹ Se disponía al inicio de 15 casos con la ayuda de tres mediadores, pero

http://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF/Berichte/TOA_in_Deutschland_2013_2014.pdf?__blob=publicationFile&v=1.

¹⁰⁶⁰ DÜNKEL, F., HORSFIELD, P. & PĂROȘANU, A. *Research and selection of the most effective juvenile restorative justice practices in Europe...*, op.cit., p.78.

¹⁰⁶¹ Vid. WEITEKAMP, E.G.M. (2013). *Developing Peacemaking Circles in a European Context*. Final Research Report. Project: JLS/2010/JPEN/AG/1609. Recuperado (01.05.2017) de: <https://www.jura.uni-tuebingen.de/einrichtungen/ifk/forschung/sanktionsforschung/abgeschlossen/implementing-peacemaking-circles->

algunos de los autores implicados no quisieron participar, porque entendían que la participación de otros actores sociales vulneraba su privacidad. Finalmente, ocho círculos, de los cuales cuatro correspondían a menores infractores, fueron realizados entre el año 2012 y 2013. Normalmente, era el Fiscal de Menores quien remitía los casos a los Servicios de Protección de la Infancia (*JGH*) y este organismo los trasladaba para la mediación¹⁰⁶². A veces, eran remitidos directamente por el *JGH*, el Juez o la policía pero con el consentimiento de la Fiscalía de Menores.

Pese a la buena voluntad de apostar por este tipo de acción restaurativa y como consecuencia de ello la puesta en marcha del proyecto piloto, hay que destacar que los participantes jóvenes infractores eran delincuentes primarios. Sin embargo, podrían ponerse en marcha algunos círculos experimentales con menores que hayan reincidido, ya que en otros lugares han dado buenos resultados.¹⁰⁶³

- Conferencias (del inglés «*Conferencing*» y del alemán «*Gemeinschaftskonferenzen*»). El concepto de esta técnica reside en que el hecho delictivo ha sido cometido en una comunidad (un vecindario, un barrio) por lo que se le debe dar una respuesta global. Normalmente son foros de la comunidad donde los participantes tanto infractor, víctima, como integrantes de la comunidad confrontan situaciones problemáticas o conflictos para poder ser dirimidas entres todos. La participación es voluntaria, basada en un enfoque desde abajo y con proyección de futuro. Se pueden incluir participantes no directos como el caso de la policía. El mediador que participa en esta conferencia puede verse asistido por el grupo. Del mismo modo, las víctimas van a recibir mayor protección y apoyo. Se establece un sistema de control informal donde todas las partes implicadas asumen una serie de cumplimientos y responsabilidades. Esto induce a que el infractor reaccione de una manera más efectiva. Se llevó a cabo en el país

in-europe/forschungsbericht.

¹⁰⁶² A veces el «*Jugendamt*» (oficina de protección de menores) está involucrado también en un caso, teniendo el derecho de decidir si se lleva a cabo un círculo u otra medida en aras del interés del menor o semiadulto. Se encargan por ello de proteger sus derechos y necesidades (en virtud de § 8a *KJHG*). La oficina tiene la capacidad para tomar decisiones, aunque como se puso de manifiesto, al final en la práctica es la fiscalía o el Juez.

¹⁰⁶³ Vid. HAYS, H. (2005). Assessing reoffending in restorative justice conferences. *Australian and New Zealand Journal of Criminology*, 38(1), pp. 77-101.

germano en el año 2006 un primer proyecto piloto con jóvenes infractores en la ciudad de Elmshorn (*Bundesland Schleswig-Holstein*),¹⁰⁶⁴ aunque los jóvenes eran delincuentes primarios.

- Trabajos en beneficio de la comunidad (aunque no es realmente restaurativo, ya que es usado como medida disciplinaria de castigo).¹⁰⁶⁵ Es importante la voluntad del menor infractor, ya que éste debe consentir. La remuneración por realizar un trabajo en beneficio de la comunidad puede ser efectiva, por lo que el menor podrá compensar económicamente a la víctima.

Es verdad que en España y Alemania, el modelo restaurativo más conocido es la mediación penal tanto en menores como en adultos, fomentando su uso en menores infractores primarios y en menores reincidentes. Lo cual no quiere decir, que para ciertas tipologías delictivas podría ser más idóneo otro tipo de acciones restaurativas. De todas maneras, se han demostrado los efectos positivos de la mediación penal en menores reincidentes en los dos países de estudio. Habría ahora que ampliar el análisis hacia otros modelos restaurativos que fueran poco a poco integrándose en ambas sociedades. De la misma manera, que se pudieran analizar los resultados sobre la reincidencia de los otros modelos de carácter restaurativo, teniendo en cuenta sus deficiencias y sus beneficios.

Para acabar, y como expresan Ward y Langlands, «los derechos humanos ofrecen una base ética universal para la justicia restaurativa y para los valores vinculados a ella como son el empoderamiento, el respeto, la reparación, la autonomía, la dignidad o la curación».¹⁰⁶⁶

¹⁰⁶⁴ HAGEMANN, O. (2008). *Erster Zwischenbericht über Gemeinschaftskonferenzen in Elmshorn*. Norderstedt: Kriminalpräventiven Rat der Stadt Elmshorn, p.5. Aunque bien es cierto como señala Dünkel y Păroşanu que entre los obstáculos encontrados destaca «la renuncia de algunos participantes y la falta de derivaciones por parte de los órganos jurisdiccionales. Es por ello, que se ha limitado su uso a casos particulares y está en la actualidad en plena discusión». DÜNKEL, F & PĂROŞANU, A. Germany. En DÜNKEL, F., HORSFIELD, P. & PĂROŞANU, A. *Research and selection of the most effective...*, op.cit., p.298.

¹⁰⁶⁵ DÜNKEL, F., HORSFIELD, P. & PĂROŞANU, A. *Research and selection of the most effective...*, p.75.

¹⁰⁶⁶ WARD, T. & LANGLANDS, R.N. (2008). Restorative justice and the human rights of offenders: convergences and divergences. *Aggression and Violent Behaviour*, 13,355-372, p. 357. Traducción propia.

7. Valoraciones finales

Está claro que lo que aquí se ha descrito exige una visión más global de la institución de la reincidencia desde una concepción jurídica y una concepción criminológica. En las legislaciones penales juveniles española y alemana no está regulada como tal la figura de la reincidencia, aunque haya ciertas manifestaciones de la misma en sus articulados. Precisamente, relacionado con el concepto de la reincidencia se distinguen otras instituciones jurídicas como son la habitualidad, multirreincidencia y la profesionalidad que tienen en común la repetición de actos delictivos por parte de un mismo sujeto, reconociéndose algunas singularidades.

Por otro lado, desde un enfoque criminológico gracias a la producción de numerosas investigaciones, la explicación de la conducta delictiva de un individuo y la predicción futura de la recaída en el delito se justifica en base a la identificación de diversas variables. Parece obvio además que dichas investigaciones se complementen con el estudio estadístico de los datos registrados y de los no registrados.

Lo interesante es mostrar una aproximación a este fenómeno a través de la estadística para obtener y profundizar sobre ciertos datos de interés relevantes. No se trata de hacer una comparación entre países, ya que como ya se ha dicho con anterioridad pero también se recoge este trabajo de investigación, no es posible una comparación entre países de la Unión Europea al no existir un reglamento ni una estadística de las instancias del control social formal común. No por ello, se escatima en esfuerzos por armonizar los datos con la ayuda de indicadores de la criminalidad.

Los datos antes expuestos revelan que la problemática del menor reincidente en la práctica tanto en España como en Alemania no escenifica un fenómeno que vaya aumentando. La criminología debe ayudar a reducir en la medida de lo posible el delito e intervenir en el menor reincidente. Para ello es necesario contar con programas, estrategias y acciones por parte de las autoridades locales y nacionales en ambos países para reducir las posibilidades de delincuencia en población de riesgo como puede ser los menores de edad reincidentes.

Según las estadísticas oficiales policiales, judiciales y penitenciarias de los dos países, los menores reincidentes no delinquen más, sino que son un grupo específico dentro de la

delincuencia juvenil que se mantiene en torno a unas cifras equiparables a los estudios empíricos y a los análisis cuantitativos realizados hasta la fecha en ambos países, pero también a nivel europeo. De igual manera, las medidas más restrictivas correlacionan con una mayor reincidencia en el delito juvenil. Como se ha venido sosteniendo por parte de la literatura especializada pero se ha puesto de manifiesto con el estudio estadístico oficial de ambos países, la delincuencia juvenil refiere básicamente a delitos patrimoniales y contempla una escasa relevancia jurídica.

Por lo expuesto anteriormente para dar una respuesta diferente a las fórmulas judiciales, se hace patente una diversidad de manifestaciones restaurativas que satisfacen el daño ocasionado hacia la víctima, e integran al menor infractor y a la comunidad en la resolución del delito. Actualmente, ambos países apuestan por la mediación penal como una de las manifestaciones más utilizadas en la práctica con menores ya que ésta ofrece los mejores resultados. Es cierto, que no solo la mediación penal forma parte del entramado de la Justicia Restaurativa, sino que existen otras tendencias en el ámbito de la jurisdicción penal de menores en ambos países que aunque estén en una fase piloto, apuestan por un desarrollo práctico a largo plazo y luchan por tener una entidad propia.

Para acabar, se debe señalar no obstante, que la prevención es una herramienta de los Estados contra la reincidencia. Hay que seguir avanzando en la elaboración y adecuación de estrategias y acciones concretas- con la colaboración de todos los actores sociales- cuya meta prioritaria sea el colectivo de menores reincidentes. Al igual que desde el ámbito profesional, hacer un seguimiento y colaboración en materia criminológica en los casos de reincidencia, ya que conociendo profundamente esta realidad criminal se puede acotar de alguna manera dicho fenómeno. Es decir, es necesario adaptar la intervención educativa y social hacia los menores reincidentes con objeto de crear una visión de prevención más acorde a la realidad de este colectivo.

CAPÍTULO V. MENORES REINCIDENTES EN EL MARCO DE LOS DERECHOS HUMANOS

1. Introducción

Este Capítulo responde a la necesidad de dejar constancia sobre la importancia de los derechos humanos de los menores reincidentes, y como la garantía de tales derechos se concreta en la concepción de la justicia. Si partimos de la idea que los menores de edad sean reincidentes o no van a ser poseedores de derechos, se llega a la conclusión que a través de la consagración de tales derechos dispondrán de una situación jurídica importante. De hecho, algunos autores reconocen los derechos de los niños «como derechos humanos de tercera generación ya que son derechos que se caracterizan por ser específicos por razón del sujeto, en este caso por ser niños».¹⁰⁶⁷ Es por ello, que se va a poner el acento en primer lugar, en los derechos humanos de los menores desde la percepción como «derechos humanos de todos», al estar expresamente reconocidos en los instrumentos jurídicos.

Los derechos humanos van a ser aquellos derechos que sirven como motor en el perfeccionamiento y desarrollo de la justicia y política de un país. En concreto, suponen una determinación para la construcción de una base sólida que garantiza una igualdad de trato entre todos los seres humanos, donde la justicia es determinante al jugar un papel esencial en la protección de estos derechos. No es suficiente un mero reconocimiento positivo de los mismos, sino que además se ha de garantizar su protección y su cumplimiento posibilitando a los individuos «el acceso a los Tribunales, la reivindicación de los derechos y el conocimiento y el entendimiento de éstos».¹⁰⁶⁸

Las legislaciones de los países han reconocido los derechos de los menores infractores en el seno de la justicia juvenil. Esto ha dado lugar a mecanismos de prevención sobre todo

¹⁰⁶⁷ HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, L.L. El niño y los derechos humanos..., op.cit., p. 18.

¹⁰⁶⁸ DE MORAES RÊGO, N.M. (2014). *La contribución del poder judicial a la protección de los derechos humanos de la tercera generación, especial referencia al derecho al desarrollo*. Salamanca: Universidad de Salamanca, p.520.

primaria y secundaria, en paralelo a aquellas «políticas elaboradas por cada país con la finalidad de dar protección al menor en conflicto con la ley dentro del marco de un Estado social».¹⁰⁶⁹ Las iniciativas gubernamentales en ambos países tienen que ir dirigidas a reducir la reincidencia entre los más jóvenes, ya que al fin y al cabo, la reincidencia es un buen indicador para comprobar si un sistema de justicia juvenil funciona o no.

Con el objetivo de dar cumplimiento al mandato de los derechos de los menores reincidentes, se debe fomentar por parte de los Estados la creación de diferentes mecanismos de supervisión y vigilancia. Es evidente, que éstos deben verificar el ejercicio y disfrute de los mismos, concibiendo la dignidad humana de los reincidentes al incluirlos en el discurso de los derechos para evitar cualquier vulneración de los mismos. La supervisión y el control deben ejercitarse sobre por ejemplo, la aplicación de la legislación juvenil, la organización y el funcionamiento de los centros de internamiento, las instancias de control social formal, etc.

El menor reincidente merece reclamar sus derechos al pertenecer a un colectivo vulnerable que de alguna manera tiene algunas desventajas respecto a otros. Un punto decisivo, es la lucha contra el rechazo social que generan ciertos delitos que son cometidos por menores reincidentes, lo que produce que estos menores no dispongan en ocasiones de recursos necesarios para que se puedan desarrollar como actores activos en la sociedad. En cierto modo como se ha visto, el miedo y la inseguridad generada frente al delito cometido por un menor reincidente, puede impedir que éste vuelva a reconstruir los lazos que tenía con la comunidad. La promoción de vías para educar en libertad, sería una herramienta válida al poner de relieve la educación como un derecho necesario en el proceso de reintegración.

En todo Estado democrático donde un ciudadano, en este caso un menor reincidente, comete un hecho delictivo se pone en marcha la maquinaria del derecho penal y su conjunto de normas penales para limitar la actuación del Estado al poseer éste el *ius puniendi*. Las consecuencias jurídicas ocasionadas por su comportamiento delictivo mandan un mensaje

¹⁰⁶⁹ PICONTO NOVALES, T. (1996). *La protección de la infancia. Aspectos sociales y jurídicos*. Zaragoza: Egado, pp. 93 y ss.

claro sobre aquellas personas que han cometido el injusto penal, ya que el significado de este mensaje se encamina a la exigencia de la responsabilidad penal del menor, sobre el que recae el peso de la ley.

2. Edad y derechos humanos como «derechos de todos»

El concepto de derechos humanos es muy extenso, por lo que su definición conlleva una dificultad al no existir un único criterio para determinar tal concepción, sino que por el contrario van a existir varios. Los antecedentes históricos y jurídicos de los derechos humanos han ido mostrando una evolución de estos derechos a lo largo del tiempo, siendo manifiesta en la conformación de las sociedades actuales.

Siguiendo a la literatura especializada, los derechos humanos no solo comprenden un plano moral sino que también alcanzan un plano legal o jurídico. Este plano jurídico se explica básicamente a través de dos concepciones que a lo largo de la historia se han erigido en: el modelo iusnaturalista y el modelo positivista. De forma sucinta, la visión iusnaturalista lleva a considerar los derechos humanos como anteriores al derecho y por lo tanto superiores, ya que el ser humano los posee desde su nacimiento. Esta corriente se caracteriza por su búsqueda en la naturaleza al considerarlos valores éticos o morales.

Sin embargo, la visión positivista de los derechos humanos refiere a lo recogido en la norma y a la aplicación de la misma. Se marca por tanto una clara diferencia entre la moral y la norma jurídica, porque lo realmente importante, es lo que estipula la ley. Es decir, al final los derechos humanos son «el producto de la acción normativa del Estado y solo pueden ser reclamados cuando han sido consagrados en dichas normas».¹⁰⁷⁰

¹⁰⁷⁰ FLORES, J. L. (2002). Naturaleza e historia de los Derechos Humanos. *Revista Espiga*, 3(5), 1-14, p. 3.

En consecuencia, como manifiesta Rey Pérez «la doctrina española asumirá lo que se conoce como concepto dualista de los derechos humanos».¹⁰⁷¹ En idéntico sentido, opina la doctrina alemana respecto a la concepción y formulación de los derechos humanos al considerarlos «componentes jurídicos con una validez internacional dentro de un sistema jurídico internacional y (...) un *asunto* especial de los derechos subjetivos» («*Menschenrechte werden aufgefasst als juristische, international gültige Bestandteile einer völkerrechtlichen Rechtsordnung (...) und (...) eine besondere Spezies subjektiver Rechte*»)¹⁰⁷².

Los cierto es, que estos derechos son inherentes, indivisibles, independientes e inalienables a todos los seres humanos. Su aplicabilidad y reconocimiento a nivel universal determina que la posesión de los mismos en cualquier momento y en cualquier lugar no implique ningún tipo de distinción. Es decir, ningún tipo de diferencia por razón de raza, sexo, lugar de residencia, nacionalidad, religión o condición política, por ejemplo. Conviene tener presente por ello que todos los seres humanos van a tener el mismo valor, como está dispuesto en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948.¹⁰⁷³

Los derechos humanos se clasifican en función de diferentes criterios, pero esto no quiere decir que haya una jerarquía de derechos o que tengan naturaleza distinta, sino que debido a «la flexibilidad de los mismos y a la evolución histórica de los elementos usados para clasificar y aplicar tales derechos, se va a producir un abanico amplio de propuestas».¹⁰⁷⁴

¹⁰⁷¹ REY PÉREZ, J.L. (2011). *El discurso de los derechos: una introducción a los derechos humanos*. Madrid: Universidad Pontificia Comillas, p. 25.

¹⁰⁷² STEPANIANS, M. (2005). *Menschenrechte als moralische Rechte und als juristische Rechte*. En K.M. GIRARDET, y U. NORTMANN (coords.), *Symposium "Menschenrechte und europäische Identität - die antiken Grundlagen"* (pp. 1-20). Stuttgart: Franz Steiner, pp. 3-ss. Traducción propia.

¹⁰⁷³ Artículo 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos: «*Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros*». Artículo 2.1. : «*Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición*».

¹⁰⁷⁴ BERRAONDO LÓPEZ, M. (2004). *Los derechos humanos en la globalización. Mecanismos de garantía y protección*. Guipúzcoa: Alberdonia, p. 45.

Sin entrar en detalles, pero recurriendo al criterio cronológico o histórico que es uno de los de mayor tradición utilizado por la amplia doctrina, los derechos humanos se clasifican en: derechos de primera generación, de segunda generación y de tercera generación. La clasificación de los mismos se debe al orden de aparición cronológica. Los derechos de primera generación incluyen los derechos civiles y políticos, los derechos de segunda generación comprenden los derechos económicos, sociales y culturales, y por último, los de tercera generación son los derechos basados en el principio de solidaridad. Los derechos de tercera generación contienen además los llamados derechos de la autodeterminación de los pueblos, de la paz y el desarrollo o del medio ambiente, aunque éstos no hayan estado exentos de discusión en el debate doctrinal. Hay una corriente de cuarta generación de derechos, que incluye el derecho a la información, derivado de la influencia de las nuevas tecnologías en el derecho, al considerar internet como un derecho humano.

La consagración y la *positivación* de los mismos se recogen en los ordenamientos jurídicos los países (Constituciones). En el caso que nos ocupa, en el art.10.1¹⁰⁷⁵ de la Constitución Española y en el art.1.2.¹⁰⁷⁶ de la Ley Fundamental de Bonn en el país germano. De igual manera, en la normativa internacional que podrá ser suscrita por los Estados que constituyen la comunidad internacional.

Es a partir de la CDN cuando nace un nuevo modelo de los derechos del niño, ya que como se ha dicho, se reconocen los derechos de la infancia como parte de los derechos humanos al dejar de ser un objeto para pasar a ser sujeto de derechos.¹⁰⁷⁷ De hecho, como recoge Villagrasa,

¹⁰⁷⁵ Artículo 10.1 de la CE: «La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.».

¹⁰⁷⁶ Artículo 1.2 de la Ley Fundamental de Bonn: «El pueblo alemán, por ello, reconoce los derechos humanos inviolables e inalienables como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo». Constitución de la República Federal de Alemania en español. Recuperado (11.01.2017) de: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80206000.pdf>.

¹⁰⁷⁷ SILVA SERNAQUÉ, S.A. (2005). *Derechos humanos de los niños y adolescentes y la legislación internacional. Reflexiones entre el discurso de legalidad y la realidad*. Lima: Serie Coediciones, p.97.

El surgimiento de necesidades provocadas por los cambios sociales y tecnológicos, han propiciado un posible replanteamiento de la propia Convención de los Derechos del Niño, que ya apuntábamos, no solo tendente a introducir una perspectiva de género en su normativa, sino también a incluir respuestas globales a nuevas realidades, que no pudieron ser tomadas en consideración en el momento de su aprobación, y que han ido emergiendo paulatinamente, y atendándose a través de normas internas por parte de los estados miembros que la ratificaron.¹⁰⁷⁸

El papel que juegan los intereses de los niños en la fundamentación de sus derechos lleva a concebir dos teorías en relación a la función de esos derechos: la teoría del libre albedrío o de la voluntad («*will theory*» o «*choice theory*») y la teoría del interés («*interest theory*»).¹⁰⁷⁹ Ambas teorías pueden ser compatibles y sirven para establecer la validez de los derechos humanos, o la atribución de la libertad de un individuo, la cual va a ser el centro de cualquier derecho.

Según la literatura, la relevancia de ambas teorías en el contexto de los derechos de la infancia es significativa. A grandes rasgos, la teoría de la voluntad otorga al individuo la titularidad de un derecho, lo que va a suponer para el titular poder y soberanía, y es en esa situación «de libertad para decidir, donde se ve un fundamento principal de la dignidad humana».¹⁰⁸⁰ En cuanto, a la teoría del interés, el propósito de los derechos humanos será la protección y la promoción de intereses humanos esenciales. El niño como titular mejorará sus condiciones de vida, garantizándose por tanto su seguridad, ya que los adultos serán los protectores de tales intereses. El reconocimiento de un menor de edad como sujeto de derechos desde la perspectiva de los derechos humanos es de vital importancia, porque en un futuro ese menor será un adulto.

¹⁰⁷⁸ VILLAGRASA ALCAIDE, C. (2008). Los derechos de la infancia y de la adolescencia: la participación social de la infancia y de la adolescencia, por su incorporación a la ciudadanía activa. *Enrahonar: an international journal of theoretical and practical reason*, (40-41), 141-152, p. 7.

¹⁰⁷⁹ LIEBEL, M. (2015). *Kinderinteressen. Zwischen Paternalismus und Partizipation*. Weinheim: Beltz Juventa, p. 60.

¹⁰⁸⁰ *Ibid.*

En suma, se persigue fomentar políticas de desarrollo y promoción de los derechos humanos en la sociedad mediante la intervención y la participación de todos los actores que la conforman. La cooperación de todos los sectores de la sociedad es fundamental para poner el foco en grupos vulnerables. Pues bien, en relación a los actores sociales y a su participación en la promoción de los derechos del niño como derechos humanos, se puede trasladar el mensaje sobre la importancia de incidir en la implicación de los niños. De hecho, se encuentran argumentos que reflejan que el tema de los derechos humanos en general y de los derechos de los menores en particular, debería estar más presentes en la vida de los mismos. Un informe encargado en 2010 por la Dirección General de Justicia de la Comisión Europea llamado *Derechos de los menores, tal como los ven ellos*, mostraba que entre los menores encuestados de la UE de entre 15 y 17 años de edad, había un cierto conocimiento sobre los derechos humanos, pero una dificultad en relación a la noción sobre los derechos específicos de los menores, que al fin y al cabo, son los derechos que les competen.¹⁰⁸¹

No puede olvidarse que la educación en y para los derechos humanos es esencial para entender y fomentar los derechos de la infancia como derechos humanos en todos los sectores de la sociedad. Los menores de edad tienen una serie de derechos que al ser parte de los derechos humanos, se regulan en instrumentos jurídicos generales y específicos que contendrán las disposiciones de protección de la infancia. La garantía de estos derechos va a permitir que los menores puedan implicarse, participar y contribuir como cualquier otro individuo en el discurso social.

3. El menor reincidente en el contexto de los Derechos Humanos en Europa

Las instituciones europeas han puesto en marcha una actividad normativa e institucional en materia de justicia juvenil, que en palabras de Tamarit Sumalla puede ser vista como «expresión de una política criminal común relativa al ámbito cada vez más amplio de

¹⁰⁸¹ Luxemburgo. COMISIÓN EUROPEA (2011). *Derechos de los menores, tal como los ven ellos*. Luxemburgo: Oficina de publicaciones de la Unión Europea, p.12.

problemas, respecto a los cuales hay un consenso por parte de los Estados en torno a la necesidad de intervención de los órganos comunitarios». ¹⁰⁸²

Se hace imprescindible en términos de preocupación por los derechos humanos del menor reincidente en materia penal, el intentar mejorar a nivel regional su situación gracias al conjunto normativo supranacional y a su desarrollo mediante la elaboración e implementación de las políticas de los Estados. Junto a la aprobación de esos instrumentos jurídicos, también se han creado diversas instituciones comunitarias que promueven el respeto de los derechos fundamentales a través de la educación y del entrenamiento en términos de reintegración y rehabilitación del menor tras el delito.

Los diversos textos y sus reformas legislativas características de los países miembros en el seno de la UE y también del Consejo de Europa, van a estar supervisados por instituciones u organismos que se encargarán de monitorizar el cumplimiento de estándares europeos. Entre estas instituciones se encuentran el Alto Comisionado de los Derechos Humanos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos o el Comité de los Derechos del Niño de las NNUU. De esta manera, se puede llevar a cabo un control de las reformas legislativas realizadas por los países y su sucesiva implementación.

Parece claro que el marco legislativo a nivel regional y nacional debe asegurar la reintegración del menor que ha delinquido. Para apoyar al menor durante este proceso se precisa de una red sólida institucional encargada de la justicia de los menores con especial atención a los reincidentes, otorgando un papel fundamental a los agentes sociales en su desempeño por acompañar y auxiliar al menor reincidente no solo en la transición hacia la comunidad sino también en la fase de postratamiento. ¹⁰⁸³

¹⁰⁸² TAMARIT SUMALLA, J.M. (2013). La política europea sobre las víctimas de delitos. En M. DE HOYOS SANCHO (dir.), *Garantías y derechos de las víctimas especialmente vulnerables en el marco jurídico de la Unión Europea*. (pp. 31-48). Valencia: Tirant lo Blanch, p.31.

¹⁰⁸³ JACOMY-VITÉ, S. (2010). *The social reintegration of young offenders as a key factor to prevent recidivism*. Bruselas: International Juvenile Justice Observatory, p.22. Traducción propia.

Es cierto que además de los textos específicos de justicia juvenil,¹⁰⁸⁴ existen también otras normas universales en el contexto del derecho internacional de los derechos humanos. Sin embargo, la mención a la reincidencia es más bien escasa, tanto en el ámbito de la Administración de Justicia como en el ámbito penitenciario. Si bien es verdad, que en el discurso europeo se pone de relieve y se expone una cierta preocupación por la singularidad de este grupo con entidad propia.

Así, por ejemplo, en la ya descrita Recomendación Rec(2008)11 del Consejo de Ministros sobre las Reglas Europeas para adolescentes infractores sujetos a sanciones o medidas, se hace mención a la reincidencia bajo el epígrafe de la relación de ésta con los medios de comunicación y el público, ya que en la evaluación de la recogida de datos correspondiente a sanciones y medidas, deben tenerse en cuenta las tasas de reincidencia y sus causas.¹⁰⁸⁵

Así mismo, en las Reglas Penitenciarias Europeas elaboradas por el Consejo de Ministros en virtud de la Rec (2006)2, donde bajo la Regla número 102 sobre el objeto del régimen de los prisioneros condenados («*Objective of the regime for sentenced prisoners*»), se enfatiza el refuerzo y desarrollo de la responsabilidad del penado posibilitando una vida libre del delito, poniendo el foco en la prevención de la reincidencia.¹⁰⁸⁶

También, en la Rec (2003)20 del Comité de Ministros en relación a los nuevas formas de tratamiento de la delincuencia juvenil y el papel de la justicia de menores, al descubrir como uno de los objetivos principales de la justicia juvenil y de las medidas asociadas a ésta, la prevención de la reincidencia.¹⁰⁸⁷

¹⁰⁸⁴ Reglas de Beijing y Reglas de la Habana.

¹⁰⁸⁵ Regla 136.1. de la Rec(2008)11: «*For this purpose, comparative data shall be collected that allow the success and failure of both residential and community sanctions and measures to be evaluated. Such evaluation shall pay attention to recidivism rates and their causes*». Traducción propia.

¹⁰⁸⁶ Regla 102.1 de la Rec(2006)2: «*In addition to the rules that apply to all prisoners, the regime for sentenced prisoners shall be designed to enable them to lead a responsible and crime-free life*». Traducción propia.

¹⁰⁸⁷ Regla 1 de la Rec(2003)20: «*The principal aims of juvenile justice and associated measures for tackling juvenile delinquency should be: i. to prevent offending and re-offending (...)*». Traducción propia.

La reincidencia se plantea en este contexto como un fallo del sistema ocasionado por una mala gestión en el proceso de transición del menor a la sociedad. Por lo que en el marco europeo es preciso una coordinación entre todos los actores sociales del espacio comunitario, al igual que es inevitable mostrar una imagen positiva de las políticas sobre gestión de la reincidencia en menores de edad. En este punto, además de presentar y asegurar en particular esta cooperación en materia penal, es imprescindible la promoción y el fortalecimiento de los derechos de los menores reincidentes, para que la finalidad última sea una adecuada transición hacia su integración.

La figura del menor reincidente debe ser clave para evitar que los Estados recurran a ejercer presión para fundamentar sus leyes y políticas de mayor dureza y restricción como respuesta. Ese fortalecimiento de derechos y la mayor integración del reincidente en el medio social y en la comunidad dentro del marco europeo, se consigue desde un enfoque jurídico (cumplimiento de disposiciones legales en términos de reintegración) y un enfoque social (red de instituciones y organizaciones integrantes de la justicia juvenil).

Un elemento importante a tener en consideración junto a la supervisión del marco jurídico que ampara al menor, es el control y vigilancia que ejercen algunos órganos en relación con ciertos tipos de violaciones. Como es el caso de posible vulneración de derechos humanos de los menores infractores y menores infractores reincidentes cuando están recluidos en lugares de privación de libertad cumpliendo una medida, en comisarias de policía y en centros de detención. Un ejemplo de ello es el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes, el cual es un órgano del Consejo de Europa que se encarga de visitar a los menores que están privados de libertad en los centros correspondientes.¹⁰⁸⁸ Concretamente, este Comité visitó por última vez España en 2011 y Alemania en 2015.¹⁰⁸⁹

¹⁰⁸⁸ Información sobre el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes (CPT). Recuperado (24.04.2017) de: http://www.coe.int/t/democracy/migration/bodies/cpt_en.asp

¹⁰⁸⁹ Informe al gobierno español sobre la visita a España realizada por el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes (CPT) llevada a cabo del 30 de mayo hasta el 13 de

Las vulneraciones de derechos no solo se producen en ocasiones como consecuencia de la violencia o de la detención policial, sino también de incongruencias judiciales y del trato dado por parte de los operadores jurídicos. Otros casos de vulneración se pueden presentar en el procedimiento de la ejecución penal, o también por causa de la falta de control y supervisión en los centros de internamiento durante el cumplimiento de una medida. En relación a este último aspecto, algunos casos en nuestro país han sido denunciados por parte de los menores, al sufrir malos tratos durante el cumplimiento de la medida en un centro de internamiento.¹⁰⁹⁰ En la misma línea, algunos sucesos acontecidos en Europa han ayudado a poner una particular atención sobre este colectivo.¹⁰⁹¹

Recapitulando, a pesar del marco jurídico de protección y de las instituciones de supervisión y control, sí que se producen en la práctica violaciones de derechos humanos de los menores reincidentes. Aunque la mayoría de los países europeos son sociedades democráticas avanzadas que tienen constituciones orientadas a los derechos humanos, es preciso que continúen invirtiendo en la reintegración de los menores reincidentes en el marco de la justicia de menores. Se deben tener en consideración aquellas causas que se relacionan con la delincuencia y la reincidencia juvenil como pueden ser: los factores socioeconómicos, las situaciones discriminatorias, las diferencias culturales y educativas, los problemas psicosociales y de salud o la lucha contra la pobreza.

junio de 2011. Recuperado (24.04.2017) de: https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/informesMNPEspania/europa/6_INFORME_CPT_2011.pdf. Para Alemania, el último informe de 2015 no está aún disponible, solo el de 2013 en inglés. *Report to the German Government on the visit to Germany carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 25 November to 2 December 2013*. Recuperado (24.04.2017) de: <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168069633f>.

¹⁰⁹⁰ En concreto y sirva a modo de ejemplo, la Fundación Diagrama y la Comunidad de Madrid, fueron absueltos por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de la Comunidad de Madrid por un presunto delito de malos tratos a un menor que estaba en un centro de internamiento en el año 2001. El centro se cerró tras recibir denuncia la Fiscalía porque los métodos educativos no eran los más adecuados. ZAFRA, A. (agosto, 2005). La Fundación Diagrama, absuelta de un delito de malos tratos a un menor. *El País*. Recuperado (21.03.2017) de: http://elpais.com/diario/2005/08/07/madrid/1123413864_850215.html. Para conocer más sobre el oscurantismo y la impunidad cuando media una denuncia de malos tratos por parte de un menor durante el cumplimiento de su medida en España. *Vid.* Último informe disponible del CPT-Madrid. (2015). *Informe 2015: la tortura en el Estado español*.

¹⁰⁹¹ Para saber más, *vid.* FAZEL, S. & WOLF, A. (2015). A Systematic Review of Criminal Recidivism Rates Worldwide: Current Difficulties and Recommendations for Best Practice. *PLoS One*,10(6), 1-8.

En cualquier caso, en la línea de lo marcado por la Oficina contra la Droga y el Delito de las NNUU en el contexto regional y nacional es necesaria que se intensifique la lucha contra la reincidencia, logrando «un mejor funcionamiento de los sistemas de justicia penal, promoviendo el respeto de los derechos individuales y protegiendo los derechos de las víctimas de los delitos, al igual que la seguridad general de la población».¹⁰⁹²

4. La estigmatización del menor reincidente

Al margen de las definiciones más concretas y precisas que rodean a este vocablo, entre la literatura teórica y empírica existente al respecto, se podría tomar la proposición recogida por la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Como principal organismo de los Derechos Humanos define el término *estigma* como «un proceso de deshumanización, descrédito y menosprecio de las personas pertenecientes a ciertos grupos, fundado a menudo en un sentimiento de disgusto».¹⁰⁹³ En la misma línea continúa que se «asocia a un atributo, calidad o identidad que se considera "inferior" o "anormal" y se basa en una brecha socialmente construida entre "nosotros" y "ellos"».¹⁰⁹⁴ De todas formas, como mantiene Nieves Quiles, «los estigmas no son universales ni imperecederos en el tiempo, lo que hace que desaparezcan unos y aparezcan otros en distintos momentos o culturas».¹⁰⁹⁵

Goffman desarrolló también el concepto de estigma, al explicar «la imposición en personas que son consideradas distintas y divergentes en comparación con las normales, exhibiéndose

¹⁰⁹² Nueva York. OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO (2007). *Recopilación de reglas y normas de las Naciones Unidas en la esfera de la prevención del delito y la justicia penal*. Nueva York: Naciones Unidas, p.226.

¹⁰⁹³ Véase la información sobre la OFICINA DEL ALTO COMISIONADO PARA LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS en la web oficial. Recuperado (10.04.2017) de: <http://www.ohchr.org/SP/AboutUs/Pages/WhoWeAre.aspx>.

¹⁰⁹⁴ *Ibid.*

¹⁰⁹⁵ NIEVES QUILES, M.N. (1998). Estigmatización y marginación social de colectivos jóvenes. *Xuventude: retos e esperanzas*, 29-53, p. 30.

por tanto algo malo, rechazado y diferente al estatus moral general». ¹⁰⁹⁶ La aplicación de esta reflexión teórica al menor infractor reincidente se traduce desde un punto de vista criminológico en un estigma o señal. De una manera desfavorable, puede producir un rechazo en función de esa diferencia que determina la condición del menor de edad reincidente. Los estigmas y estereotipos se atribuyen entonces a los sujetos delincuentes juveniles, y con mayor énfasis a los reincidentes. Por lo que esa estigmatización y estereotipado del menor infractor reincidente correlaciona con la de una víctima. Entre otras cosas, por la señalización y el rechazo social, el tratamiento institucional inadecuado o las actitudes discriminatorias que han sido tratadas al inicio de este trabajo.

Hay ejemplos que nos permiten visualizar claramente esto, tal como la frecuente resolución del conflicto por vía penal reiterando el uso de la judicialización, por lo que se configura una imagen distorsionada y estigmatizada que dificulta la reintegración social en la comunidad del reincidente menor de edad. O mencionando otro ejemplo, el tratamiento dado a un menor reincidente por hechos no especialmente graves que jurídicamente son reprobables con arreglo a la ley, pero quizás esa respuesta jurídica es desproporcional por el hecho de haber recaído, al igual que, la reacción social frente al nuevo delito en cuestión. También, aquellas lesiones derivadas de la estancia de un menor reincidente en un centro de internamiento sea del régimen que sea, o lesiones producidas tras la imposición de medidas cautelares por haber causado delitos previos.

De manera general y en relación al delito puede entenderse entonces la estigmatización a varios niveles. A nivel policial, judicial y penitenciario, al corresponderse con las diferentes instancias de control social formal. A nivel policial, la actuación con menores debe ser diferente a la actuación con adultos y más, cuando éstos ya se han enfrentado anteriormente al control policial. De hecho, «la policía en sus actuaciones, no siempre actúa del mismo modo, es decir, cualitativamente de la misma forma». ¹⁰⁹⁷ La estigmatización puede estar

¹⁰⁹⁶ ALLER, G. (2015). *El derecho penal y la víctima*. Montevideo: B de F, pp.346-347.

¹⁰⁹⁷ CLEMENTE, M. (1997). El menor como objeto de las diferentes diligencias policiales. *EGUZKILORE*, 11, 169-180, p. 173.

caracterizada por el tipo de intervención llevada a cabo sobre el menor reincidente, al institucionalizarlo nuevamente y al no prevalecer ni apostar por otras respuestas extralegales.

A nivel judicial sin embargo, destaca la nueva intervención de la jurisdicción penal mediante la imposición de una medida sancionadora. Esto tiene un valor estigmatizante alto para quien ya haya sido previamente condenado. Se apostaría entonces, como ya se trató en el Capítulo anterior, por modelos de justicia restaurativa con menor efecto represivo, menor estigmatización y más valor pedagógico.¹⁰⁹⁸

A nivel penitenciario, el impacto causado por la reclusión va a hacer mella en el sujeto, al igual que «la estigmatización de la propia norma penal a través de la valoración de conceptos como los antecedentes y el historial delictivo».¹⁰⁹⁹ Esto afectaría directamente a los efectos de valorar la reincidencia en un menor de edad, ya que como se ha demostrado por la literatura criminológica «a mayor tasa de encarcelamiento mayor tasa de reincidencia».¹¹⁰⁰ Esto supone un daño sobre el individuo con una alta desvalorización.

En el ámbito de la legislación penal juvenil en base al principio de oportunidad establecido en la normativa, se apuesta por evitar la estigmatización del menor e impedir en la medida de lo posible el enjuiciamiento formal del reincidente. A pesar de exigir la responsabilidad penal a los menores que han delinquido acorde a la edad penal estipulada en ambas legislaciones juveniles, el sometimiento se hace «bajo ese principio de oportunidad mediante la *compensación o rectificación* de la aplicación de tal principio en su propio beneficio».¹¹⁰¹

¹⁰⁹⁸ ROSSER LIMIÑANA A. (coord.), y SURIÁ MARTÍNEZ, R. (2014). *Prevención y tratamiento de la delincuencia: actividades prácticas*. Alicante: Club Universitario, p. 6.

¹⁰⁹⁹ NIETO GARCÍA, A.J. (2011). La estigmatización en prisión. *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, (80), 1-7, p. 3.

¹¹⁰⁰ ANDRÉS PUEYO, A. (2015). ¿Cuántos presos retornan a prisión? Análisis y utilidad de los estudios sobre reincidencia delictiva. *Boletín de la Asociación de Técnicos de Instituciones Penitenciarias*, (31), 1-20, p. 7.

¹¹⁰¹ VARELA GÓMEZ, B.J. (2006). Desistimiento y sobreseimiento en el procedimiento penal de menores (arts. 18 y 19 LORPM). *Estudios Penales y Criminológicos*, 26, 355-390, p. 368.

Recapitulando, el MF en el caso español podrá incoar o no el expediente contra un menor si éste no ha cometido hechos menos graves con violencia o intimidación. Según se desprende del art. 18, aunque bien es cierto, que si el menor ha sido reincidente se incoa el expediente para exigir la responsabilidad penal a éste por el delito (art. 18.2). Es por ello que se pone en marcha de nuevo el mecanismo del sistema judicial y las situaciones de indefensión e incompreensión por ser reincidente. El propio procedimiento judicial lleva consigo una carga estigmatizante, poniéndose de relieve frente a la reincidencia (al no ser una infracción primaria por haber antecedentes de hechos anteriores de la misma naturaleza) la incoación del expediente.

En el caso alemán, una de las manifestaciones del principio de oportunidad en la *JGG* son las que contemplan las medidas extrajudiciales recogidas en §45 y §47 de la ley. En base a criterios de oportunidad en virtud de lo dispuesto en estos artículos, el Ministerio Fiscal o el Juez de Menores pueden concluir anticipadamente el procedimiento penal. Aunque, ya ha sido desarrollado ampliamente a lo largo de este trabajo, si que es cierto que en aras de este principio se promueven las medidas de *diversión*. De hecho, uno de los objetivos de la «*Diversión*» es evitar la estigmatización del sujeto que delinque. Aunque no puede olvidarse que si estas medidas fallan y el joven reincide, el estigma del delito hacia los menores reincidentes es mayor. Del mismo modo, «la percepción por parte de los operadores jurídicos sobre el reincidente puede influir sobre el sometimiento del mismo a dicho principio».¹¹⁰²

En las siguientes páginas se va a realizar un somero análisis sobre la situación del menor de edad reincidente como colectivo *especialmente vulnerable* a resultas de su entrada en el sistema de justicia juvenil de ambos países. Realmente, desde una perspectiva general se va a observar en qué medida afecta al menor reincidente el contacto con las instancias formales y la actuación de los operadores jurídicos.

¹¹⁰² BLIESENER, T., y THOMAS, J. (2015). Ist eine Strafverschärfung nach Rückfall sinnvoll und notwendig? In T. ROTSCH, J. BRÜNING, y JAN SCHADY (eds.), *Strafrecht - Jugendstrafrecht - Kriminalprävention in Wissenschaft und Praxis* (pp. 73-88). Baden-Baden: Nomos, p.74.

4.1. La vulnerabilidad del menor frente al sistema de justicia penal

Por diferentes razones, este colectivo ha merecido tanto críticas como alabanzas dentro del sistema de justicia penal. En lo que aquí nos interesa, se va a explicar exclusivamente como este grupo se presenta *vulnerable* ante él. La primera tarea radica en definir como hemos apuntado anteriormente a la vulnerabilidad de dicho colectivo. Al respecto, cabe señalar que el tratamiento que se le ha dado al menor de edad ha contribuido de manera determinante a que se le otorgue una mayor protección por esa *potencial vulnerabilidad* manifiesta. A esta circunstancia se añaden los efectos dañinos que pueden alcanzar su máxima expresión cuando el menor es reincidente, condicionando así su propio desarrollo personal como consecuencia de la influencia del sistema judicial. Como grupo potencial en el contexto delictivo precisa de una especial protección y garantía de sus derechos, luchando contra cualquier tipo de perjuicio en sentido amplio. Así pues, se apuesta por un reconocimiento social pero también legal, reivindicando el establecimiento y la implementación de políticas sociales y judiciales, a través de las cuales se expresa la preocupación por este colectivo, evitando en la medida de lo posible, las estrategias de mayor institucionalización para este grupo.

Volviendo al hilo argumental, se distinguen dos tipos de vulnerabilidad: «la vulnerabilidad socioeconómica (vulnerabilidad típica) y la vulnerabilidad jurídica (vulnerabilidad atípica), que introduce indebidamente elementos que propician el trato desigual y discriminatorio».¹¹⁰³ Como queda patente, los menores de edad van a poseer características que les son inherentes, lo que les coloca en desventaja respecto a otros, por lo que pueden verse en una situación de riesgo que les cause un perjuicio. Es por ello que se encuentran en una situación de mayor vulnerabilidad e indefensión que otros colectivos. Por lo tanto, esos elementos introducidos por la vulnerabilidad jurídica van a estar presentes en el grupo dentro de menores infractores, y a su vez, en el de los menores reincidentes. Siendo estos menores más vulnerables que el resto dentro teóricamente de un marco jurídico de protección, aunque de alguna manera no

¹¹⁰³ URIBE ARZATE, E., y GONZÁLEZ CHÁVEZ, M.L. (2007). La protección jurídica de las personas vulnerables. *Revista de Derecho. Universidad del Norte*, (27), 205-229, pp. 209 y ss.

siempre van a estar representados, quizás por la falta de conocimiento institucional al ser la reincidencia juvenil una realidad bastante compleja.

Con todo esto, la vulnerabilidad jurídica se define como la «imposibilidad o la dificultad injustificada que van a sufrir determinados individuos o grupos cuando quieren e intentan acceder a sus derechos, bienes y libertades de una manera equitativa».¹¹⁰⁴ Es necesario identificar los diversos factores que pueden causar esa vulnerabilidad o exclusión en el subgrupo de reincidentes, como consecuencia de la desprotección de este colectivo y la falta de intervención por parte de las instancias. La necesidad de dar respuestas individualizadas a tenor de la problemática evidenciada, viene siendo reiteradamente demandada desde ámbitos internacionales que han mostrado la preocupación por la presión ejercida en la sociedad.

Como postulan Lamarca y Barceló,¹¹⁰⁵ existen diversos factores significativos en relación a la intervención institucional con grupos vulnerables y la defensa de sus derechos -donde se incluye el grupo de estudio de este trabajo de investigación- que son:

- Relación entre los servicios especializados y las redes asistenciales ordinarias. En nuestro caso, a través de la respuesta institucional mediante la imposición de varias medidas judiciales y en ocasiones de carácter más restrictivo frente a la recaída en el delito (mano dura frente a la reincidencia juvenil). Una mayor implicación de las redes ordinarias en el proceso preventivo del delito es mucho más efectivo para un menor reincidente.
- Coordinación entre servicios e instituciones. La mejor cooperación a nivel local, regional e internacional añade un componente de mejora en la forma de afrontar la reducción de la reincidencia.

¹¹⁰⁴ Vid. VALENCIANO MARIÑO, L. (2016). *La delincuencia juvenil como factor de vulnerabilidad y exclusión social en Asturias (2007-2015)* (Trabajo de Fin de Máster). Facultad de Derecho. Universidad de Oviedo, Asturias. Recuperado (10.04.2017) de: http://digibuo.uniovi.es/dspace/bitstream/10651/39164/3/TFM_ValencianoMari%C3%B1o%2CLeticia.pdf.

¹¹⁰⁵ LAMARCA ITURBE I., y BARCELÓ GALDÁCANO, F. (2006). Personas menores en situaciones de especial vulnerabilidad: retos para una intervención eficaz. *Revista de Psicodidáctica*, 11(1), 25-36, pp. 28 y ss.

- Problemas de detección, y debilidad de los programas de salida y emancipación. En aras de prevenir la reincidencia juvenil, detectándola para dar una respuesta rápida sin dilación. Lo que exige «una mayor conciencia social, el reforzamiento de los servicios de base, la coordinación entre diferentes servicios educativos, sociales, (...)».¹¹⁰⁶
- Instrumentos de defensa y garantía. Donde se implique tanto al menor reincidente como a la familia, las instituciones y los profesionales que tratan al menor. Se aumentan así las posibilidades de colaboración por parte del menor reincidente en la participación de elaboración de normas, instrumentos y estrategias, que permitan la transformación de un marco de actuación y de mecanismos de control.
- Confidencialidad y tratamiento de la información. Sobre todo, en casos de menores recurrentes en el delito, al haber un interés por parte de los medios de comunicación en el tratamiento de este fenómeno criminal.

En definitiva, hay que actuar de forma contundente ante situaciones de vulnerabilidad ya que se ven afectados derechos y libertades de los menores reincidentes. La identificación y la detección de los indicadores del grupo especialmente vulnerable, nos ayudará en la implementación y en el cumplimiento de los procesos preventivos frente a la reincidencia por parte de todos los actores sociales implicados, siendo la coordinación de todos ellos de vital importancia en la reducción de este fenómeno criminal.

4.2. Los efectos negativos de la intervención del control social formal

Tal y como es sabido, las instancias del control social entran en juego cuando las del control social informal (familia, escuela) no consiguen sus objetivos y por lo tanto fracasan. Esto es, sus acciones se dirigen a la imposición de medidas o sanciones diferentes de las impuestas por las instancias informales. Son intervenciones más coercitivas respecto a las otras instituciones

¹¹⁰⁶ LAMARCA ITURBE I., y BARCELÓ GALDÁCANO, F. Personas menores en situaciones de especial vulnerabilidad..., op.cit., p. 30.

de control informal, ya que se presupone que el sujeto ha entrado en un conflicto y por tanto se le otorga un estatus, una etiqueta. También es cierto por otra parte, como mantiene García-Pablos, que lo lógico sería promover una «correcta coordinación de las dos instancias como garantía eficaz a la prevención del crimen».¹¹⁰⁷

Toda intervención por parte de las instituciones del control social formal va a ocasionar unos efectos positivos, pero también unos efectos negativos sobre el menor de edad. El contacto con dichas instituciones puede provocar diversas reacciones y manifestaciones en el menor reincidente, las cuales se explicarán en los siguientes epígrafes.

4.2.1. El efecto de la *prisionización*

El concepto de prisionización («*prisionization*») fue un término acuñado por Clemmer en el año 1940. Este investigador se encargó de estudiar el efecto de la prisión sobre un individuo en aras de que la institucionalización influyera en su futura carrera criminal. Al entrar el sujeto en prisión, tiene que asimilar la nueva cultura y los nuevos roles que se establecen en este nuevo medio penitenciario.¹¹⁰⁸ Esto se explica porque debido al ingreso se pierde el estatus que tenía el sujeto hasta ese momento, lo que le lleva a un nuevo aprendizaje de todas las costumbres que están presentes en el centro penitenciario del que ahora forma parte. Es por ello, que desde la sociología penal el concepto amplio de *prisionización* se concibe como un «proceso de interiorización del papel de preso y de la cultura general que rige la vida en prisión asimilando la anormalización carcelaria, lo que induce a algunos autores a hablar de aculturización y enculturización».¹¹⁰⁹

¹¹⁰⁷ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. (2012). *Introducción al derecho penal. Instituciones, fundamentos y tendencias del derecho penal. Volumen I. Quinta Edición*. Madrid: Fundación Ramón Areces, p. 47.

¹¹⁰⁸ PÉREZ GUADALUPE, J.L. (2000). *La construcción social de la realidad carcelaria*. Perú: Fondo, p.354.

¹¹⁰⁹ OLIVER OLMO, P. (2009). Prisionización y bioprotesta. En I. MENDIOLA GONZALO (coord.), *Rastros y rostros de la biopolítica* (pp. 247-270). Barcelona: Anthropos, p.253.

Obviamente, hay una gran diferencia entre los centros penitenciarios de adultos y los centros de internamiento para menores o centros penitenciarios juveniles. No se trata, de realizar aquí un análisis comparado entre ambos establecimientos desde una perspectiva penitenciaria. Pero retomando el concepto de *prisionización*, lo que es evidente es que se amolda a aquellos establecimientos penitenciarios (destinados a la ejecución de las penas privativas de libertad para los adultos) y a los de internamiento para menores.

Si al menor que reincide se le somete frecuentemente a una pena privativa de libertad en un centro de internamiento, se le confina a un espacio concreto del que está aislado socialmente. A pesar de los distintos regímenes de internamiento para el cumplimiento de la medida que existen, el del régimen cerrado es el más restrictivo. En este régimen, los menores tienen que vivir en el centro y realizar en él todas las actividades planificadas. Esto ocasiona entre otras cosas una neutralización del reincidente. Existen numerosas evidencias empíricas en el ámbito penitenciario que ponen de manifiesto esta realidad cotidiana de la vida penitenciaria.¹¹¹⁰ Al igual que se encuentran indicios demostrando que «los individuos reincidentes están más prisionizados que los individuos primarios».¹¹¹¹

A menudo, el tiempo que un menor pasa en una institución cumpliendo una medida, está relacionado con una experiencia negativa asociada a un abuso, etiquetado interno y externo, dificultades en la liberación y un aumento en las desviaciones.¹¹¹² En cambio, si un menor es reincidente como consecuencia del fracaso dado por las instituciones, esta experiencia negativa podría aumentar. Generalmente, al entrar el menor en contacto nuevamente con el sistema de justicia juvenil se dificulta su proceso de reinserción.

¹¹¹⁰ BRANDARIZ GARCÍA, J.A. (2014). *El gobierno de la penalidad. La complejidad de la Política criminal contemporánea*. Madrid: Dykinson, pp.22 y ss.

¹¹¹¹ VAELLO ESQUERDO, E. Aspectos problemáticos de la reincidencia...,op.cit., p.1364.

¹¹¹² PARRY-WILLIAMS, J. (2009). «Sin recurrir a procedimientos judiciales» [CRC, art.40.3.b)], cómo se puede tratar mejor a la mayoría de los menores infractores. En C. VILLAGROSA ALCAIDE, y I. RAVETLLAT BALLESTÉ (coords.), *Por los derechos de la infancia y la adolescencia. Un compromiso mundial desde el derecho a la participación en el XX aniversario de la Convención sobre los Derechos del Niño* (pp. 221-238). Barcelona: Bosch, p.225

Uno de los aspectos que influyen también en el entorno institucionalizado y en el efecto de esa *prisionización*, es el diseño y la arquitectura de los centros de internamiento de menores. El diseño del espacio debe ser adaptado a las necesidades educativas con una arquitectura que «no evoque el encierro, el castigo, la retribución, sino que fomente un espacio seguro de recreo, de ocio, de aprendizaje». ¹¹¹³ Es importante que en el caso de los reincidentes se tenga en cuenta el entorno y el espacio adecuado, al tener particularmente una influencia sociológica sobre él, por ser más vulnerable que un menor infractor primario. Entre los problemas planteados se encuentra el relativo al régimen interno de los centros de internamiento.

En el caso de España por ejemplo, uno de los criterios que se siguen para ubicar al menor en un módulo u otro dentro del centro es la edad, pero no va a ser el único criterio. ¹¹¹⁴ Estos criterios de separación a veces son discrecionales y no respetan las necesidades del menor sino que atienden a intereses de la organización, como ha sido constatado por parte de algunas Fiscalías de Menores. ¹¹¹⁵ Teniendo en consideración los principios inspiradores de la legislación penitenciaria de adultos que distan de aquellos aplicados a los menores, se ha planteado el debate doctrinal sobre la conveniencia o no de aplicar a los menores lo que se aplica actualmente a los adultos.

Ciertamente, en ambas legislaciones penales juveniles se hace mención al principio de resocialización. ¹¹¹⁶ En la LORRPM de manera expresa en el art. 55.2 al señalar que « (...) *la vida en el centro debe tomar como referencia la vida en libertad, reduciendo al máximo los*

¹¹¹³ ALMAZÁN SERRANO, A., e IZQUIERDO CARBONERO, J. (2007). *Manual de derecho penal de menores*. Barcelona: Bosch, p.43.

¹¹¹⁴ Vid. GARCÍA DÍEZ, M., y FERNÁNDEZ ARIAS, C. (2011). Régimen interno y potestad disciplinaria aplicable en los centros de internamiento de menores con medidas judiciales. experiencias prácticas y correcta interpretación y aplicación del reglamento de menores. *Intervención psicoeducativa en la desadaptación social: IPSE-ds,4*, 33-56. ORTÍZ GONZÁLEZ, A.L. (2005). Análisis legal y reglamentario de las medidas privativas de libertad. Especial consideración a las condiciones de internamiento en centro cerrado según actuaciones realizadas desde el Defensor del Pueblo. En F. PANTOJA GARCÍA (dir.), *La ley de responsabilidad penal del menor: situación actual*. Madrid: Cuadernos de Derecho Judicial XXV.CGPJ

¹¹¹⁵ *Ibid.*

¹¹¹⁶ Según cada país, la idea de resocialización es usada bajo diferentes vocablos como *reintegración*, *reinserción* o *reincorporación*. En CASTRO MORALES, A. (2016). *Jugendstrafvollzug und Jugendstrafrecht in Chile, Peru und Bolivien unter besonderer Berücksichtigung von nationalen und internationalen Kontrollmechanismen*. Greifswald: Forum Verlag Godesberg, p. 184.

efectos negativos que el internamiento pueda representar para el menor (...)». Especialmente como ya se ha descrito, para aquel menor que ha reincidido varias veces y ha ingresado en un centro de reforma no por primera vez, sino en más ocasiones.

De la *JGG* se desprende que el concepto de resocialización es llamado reeducación, a pesar del conflicto que existe en el debate científico en torno a ello, pero básicamente es lo mismo. Como ya es sabido el pensamiento educativo es el principio central que rige la norma penal juvenil alemana. Este concepto es nombrado en numerosas disposiciones de la ley pero se encuentra regulado en el §2.1 *JGG*.¹¹¹⁷ Además, el objetivo del concepto resocialización/educación (*«Resozialisierung / Erziehung»*) está regulado también en las leyes de justicia juvenil de otros Estados Federados.¹¹¹⁸

Parece claro en cualquier caso, que a pesar de la adecuación de los establecimientos de los menores, de la clasificación especial de los centros de internamiento o de los objetivos perseguidos para el cumplimiento de las medidas educativas, lo importante es evitar en la medida de lo posible los efectos derivados del internamiento. Una cosa es la intención de la norma penal juvenil y otra diferente es lo que se hace en la práctica. Como materia sensible que es, son bienvenidas las aportaciones de los operadores jurídicos para aplicar correctamente dicha normativa penal juvenil. Sobre todo, en los menores reincidentes para reducir cualquier efecto derivado del internamiento que dificulte su integración nuevamente en la sociedad.

Otra cuestión que suscita cierto interés es la relación de sujeción especial que se vincula como categoría jurídica entre un sujeto y el centro penitenciario donde cumple una pena privativa de

¹¹¹⁷ §2.1 *JGG*: *«Die Anwendung des Jugendstrafrechts soll vor allem erneuten Straftaten eines Jugendlichen oder Heranwachsenden entgegenwirken. Um dieses Ziel zu erreichen, sind die Rechtsfolgen und unter Beachtung des elterlichen Erziehungsrechts auch das Verfahren vorrangig am Erziehungsgedanken auszurichten»* (*«La aplicación de la justicia juvenil es contrarrestar especialmente aquellos nuevos delitos cometidos por menores o adolescentes. Para lograr ese objetivo, tienen las consecuencias legales bajo el cumplimiento de la educación aportada por los padres mediante el procedimiento primordial al alinearse con el pensamiento educativo»*). Traducción propia.

¹¹¹⁸ A modo de ejemplo los §§2 y 3 del *«Jugendstrafvollzugsgesetz»* del Estado de Mecklenburg-Vorpommern (*JStVollzG MV*).

libertad. Según la terminología acuñada¹¹¹⁹ por el Tribunal Constitucional, esta relación se crea «desde el momento que el condenado recibe una sentencia firme con una pena privativa de libertad ya que se origina una “relación de sujeción especial” en la que el interno se integra en una institución preexistente –Administración penitenciaria–, la cual proyecta su autoridad sobre aquellos, adquiriendo dichos internos un estatus específico de individuos sujetos a un poder público». ¹¹²⁰ La STS de 10 de noviembre de 2006 caracterizaba el internamiento de los menores como sujetos que establecían una relación de sujeción especial con la Administración penitenciaria, propia de los adultos. ¹¹²¹ Al margen del debate crítico en torno a las posturas mantenidas por la jurisprudencia del TC y del TS, al igual que de la doctrina, lo que es evidente es que si el menor se encuentra en este tipo de relación por la comisión de una infracción penal y está sujeto al régimen estricto del mismo, se debe respetar la cobertura legal dada para el disfrute de sus derechos fundamentales reconocidos en el texto constitucional teniendo en cuenta las limitaciones propias recogidas en la sentencia condenatoria.

Para finalizar y en virtud del fenómeno de la *prisionización*, caben mencionar algunos estudios que han examinado la relación de los trastornos mentales y la delincuencia en la población reclusa. En principio, se parte de la premisa que puede haber algún tipo de influencia sobre la aparición y desarrollo de alteraciones psicopatológicas en un sujeto al encontrarse en un entorno de reclusión y de aislamiento que podría favorecerlas. ¹¹²² En todo

¹¹¹⁹ PRIETO ÁLVAREZ afirma que «(...) la génesis de las relaciones especiales de sujeción ha de situarse en Alemania, cuya doctrina acuñó el término a mediados del siglo XIX. La doctrina y la jurisprudencia germanas admitían mayoritariamente que en la esfera de estas relaciones especiales la Administración podía actuar discrecionalmente para conseguir los fines públicos correspondientes. La situación en Alemania va a cambiar a partir de una sentencia del Tribunal Constitucional, de 14 de marzo de 1972, dictada en relación con el colectivo de los presos. A partir de esta sentencia se va a producir un cambio importante en el contenido de esta tradicional relación de especial sujeción, que se extenderá a los demás supuestos. Desde entonces les serán de aplicación los principios inherentes al Estado de Derecho: el principio de legalidad; el de respeto de los derechos y libertades, cuyas limitaciones sólo se efectuarán por ley, y el relativo al control jurisdiccional, no meramente administrativo, de las actuaciones de la Administración respecto de los administrados sometidos a las relaciones de especial sujeción (...)». En PRIETO ÁLVAREZ, T. (2009). La encrucijada actual de las relaciones especiales de sujeción. *Revista de Administración Pública*, (178), 215-247, pp. 219 y ss.

¹¹²⁰ Tribunal Constitucional (Sala 2ª). Sentencia núm. 74/1985, de 18 de junio.

¹¹²¹ Tribunal Supremo (Sección Sexta). Sentencia núm. 7206/2006, de 10 de noviembre, FJ 9.

¹¹²² Vid. LUBERTO, S., ZAVATTI, P. & GUALANDRI, G. (2011). Mental illness and criminality: a study of a sample of psychiatric out-patients. In S. REDONDO ILLESCAS, V. GARRIDO GENOVÉS, J.PÉREZ & R. BARBERET (coords.), *Advances in Psychology and Law* (pp. 301-311). Berlin: De Gruyter.

caso hay que constatar que existen diversas teorías al respecto y los resultados no son del todo concluyentes. Al menos, sirve para poner el foco en este asunto y evidenciar la vulnerabilidad de la salud mental del sujeto recluso durante su proceso de adaptación al medio penitenciario. Respecto a esta cuestión, podría extrapolarse al menor infractor y más concretamente al menor infractor que no es primario.

4.2.2. Patrones de victimización

El objeto de este epígrafe es aplicar desde el conocimiento de la victimología algunos planteamientos que aporten un cierto acercamiento al menor infractor reincidente como una víctima y que nos permitan tener una imagen más cercana y menos difusa. Asimismo, con base en las diversas opciones que se establecen frente a la diversidad identitaria en el estudio de la victimología, los menores reincidentes podrían convertirse en: «una *no-víctima* (quien a pesar de ser víctima no es reconocida socialmente ni admitida como tal) o una *víctima rechazada* (autopercepción de ser víctima pero sin recibir ese reconocimiento por parte del sistema)». ¹¹²³ En tal sentido, como señala la autora, por una falta de acercamiento entre la sociedad y el menor reincidente que se siente víctima o por causa de la ausencia de conciencia personal o social sobre el abuso producido. Al final, lo que se avista es un choque no solo a nivel macro sino a nivel micro, donde las instancias nacionales e internacionales al igual que el menor, van a sufrir las consecuencias derivadas de tal conflicto.

Por su parte Beristain, consideraba precisamente al infractor una víctima en cierto sentido desde el punto de vista de la victimología en el supuesto:

Cuando está internado para el cumplimiento de una pena, por lo que promueve un interés en mejorar el sistema de los centros de internamiento y una imagen del infractor con un cierto desvalor (aunque sin restar la responsabilidad por el hecho

¹¹²³ HERRERA MORENO, M. (2014) ¿Quién teme la victimidad? El debate identitario en Victimología. *UNED. Revista de derecho penal y criminología*, (12), 343-404, p. 347.

delictivo cometido) y como sujetos pasivos con una relación dependiente del sistema de reclusión que le priva de ciertos derechos y que es desocializadora.¹¹²⁴

Partimos de la base que el menor infractor como víctima ha sido estudiado por la literatura criminológica y victimológica, aunque en menor medida. Por parte de un sector crítico de la criminología es denunciada la poca atención que en parte, se presta a los sujetos que están cumpliendo una medida en una institución penitenciaria.¹¹²⁵ Lo que podría ser interpretable también en el ámbito de la jurisdicción de menores durante el cumplimiento de las penas juveniles en los centros de internamiento.

El estudio de la victimización de los menores infractores reincidentes nos situaría también en una parte de la realidad social que puede ser ignorada por la mayoría, debido a la evolución social progresiva que afecta a todos los ámbitos de la esfera pública. Además de las diferentes transformaciones que pueden provocar situaciones de riesgo por parte de las instituciones, se ocasionan fenómenos singulares relacionados con la victimización del menor reincidente.

En relación a los diferentes tipos de victimización existentes (primaria, secundaria y terciaria), es «la victimización terciaria un tipo que no ha recibido un criterio unánime al respecto, sino una suma de construcciones de conceptos que no presentan vinculación en muchos casos entre unos y otros».¹¹²⁶ Siguiendo a Landrove Díaz, la victimización terciaria puede darse con respecto a un sujeto infractor «frente a las instituciones o estructuras sociales injustas».¹¹²⁷ Estas instituciones vinculan a varios niveles en relación a la maquinaria de la justicia penal: judicial (influencia del poder político y de la presión social), legislativo (tendencia a la punitividad), policial (detención, tortura), y de ejecución de penas (victimización carcelaria, victimización postpenitenciaria).¹¹²⁸

¹¹²⁴ BERISTAIN IPIÑA, A. (2004). *Protagonismo de las víctimas de hoy y mañana (evolución en el campo jurídico penal, prisional y ético)*. Valencia: Tirant lo Blanch, p.130.

¹¹²⁵ *Ibid*, p.131.

¹¹²⁶ MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L., PATRÓ HERNÁNDEZ, R.M., y AGUILAR CÁRCELES, M.M. (2014). *Victiminología: Un estudio sobre la víctima y los procesos de victimización*. Madrid: Dykinson, p.117.

¹¹²⁷ LANDROVE DÍAZ, G. (1986). *La moderna Victimología*. Valencia: Tirant lo Blanch, p.54.

¹¹²⁸ NICOLÁS GUARDIOLA, J.J. (2013). Factores de vulnerabilidad y de protección ante la victimización. En

Se trata de un tema sumamente complejo, donde estudios recientes como el de Cataluña, reflejan un análisis sobre la victimización en menores que han entrado en contacto con el sistema de justicia juvenil (en el ámbito de la ejecución de las penas).¹¹²⁹ Como señalan sus autores, se pretendía identificar los factores de riesgo y de protección en los jóvenes institucionalizados o en régimen de libertad vigilada con la finalidad de avanzar en el diseño de programas de prevención y de tratamiento más efectivos. Sí que es verdad, que se estudiaron a los jóvenes institucionalizados y bajo medidas de protección, pero no se examinó al grupo de menores que tuvieran una condena previa y que hubieran cumplido una medida anterior. Lo interesante aquí es el concepto de la polivictimización, que fue introducido por Finkelhor y que hace referencia «a aquellos jóvenes que viven en situaciones de violencia y victimización repetidas que se producen en diversos contextos en los que se desarrollan».¹¹³⁰ Más que nada, porque el hecho de haber sido víctima antes que victimario puede influir en el desarrollo de un comportamiento violento, al igual que en la relación de éstos con sus iguales y con los profesionales del centro donde esté cumpliendo su medida. Y más, si fuese un menor que pudiera haber recaído en el delito previamente.

En todo caso, este menor puede necesitar una especial atención quizás por el proceso que experimenta al haber entrado de nuevo en contacto con el sistema de justicia juvenil. El menor reincidente pertenece a un sector sensible dentro del entramado institucional, y requeriría de un mayor estudio empírico cuantitativo y cualitativo. Estudios para dar respuestas a la reincidencia, atendiendo al caso individual y a las necesidades especiales de protección. Pertinente es además, potenciar al menor reincidente para reivindicar su acercamiento a la comunidad y darle una tutela judicial efectiva, alejándole a su vez de aquellas estructuras de riesgo que son propicias para su victimización.

J.J. NICOLÁS GUARDIOLA (dir.), E.J. GARCÍA MERCADER, y C.A. GINER ALEGRÍA (coords.), *Ciencias Jurídicas y Victimológicas. Derechos humanos en el contexto de la victimología y la marginación*. (pp. 25-44). Navarra: Aranzadi, p.30.

¹¹²⁹ Vid. PEREDA BELTRÁN, N., ABAD GIL, J., y GUILERA FERRÉ, G. (2014). *Victimización en jóvenes de protección a la infancia y la adolescencia y de justicia juvenil*. Barcelona: Centro de Estudios Jurídicos y Formación especializada.

¹¹³⁰ CUEVAS, C.A., FINKELHOR, D., TURNER, H.A. & ORMROD, R.K. (2007). Juvenile Delinquency and Victimization. A Theoretical Typology. *Journal of Interpersonal Violence*, 22(12), 1581-1602, pp. 1590 y ss.

Por otro lado, desde la hipótesis de la victimización de las instituciones totales desarrollada por Goffman¹¹³¹ se puede teorizar asimismo sobre el menor reincidente como víctima. Una de las instituciones totales estudiadas según su finalidad es el establecimiento para aquellos sujetos que han cometido un hecho delictivo. Dentro de los establecimientos específicos para sujetos infractores se diferencian entre: las cárceles y los centros de internamiento de menores. Se podría explicar entonces como hay entornos proclives a posibles vulneraciones de derechos humanos,¹¹³² con una influencia particular en la figura del menor reincidente. Hay que tener en cuenta en estos casos la cifra negra del delito, la cual puede ser incluso más alta que las posibles vulneraciones de derechos registradas.¹¹³³ Sobre todo, en los casos de abuso de poder por parte de la administración como autoridad pública y ciertamente superior.

Esto es debido a que, «la titularidad o control público de las instituciones totales hace más gravosa la victimización producida en ellas, ya que su fin teórico es procurar la recuperación, el cuidado y el bienestar de las personas internas».¹¹³⁴ Además, «el impacto estigmatizante y despersonalizador de las instituciones totales es particularmente severo en el menor, porque se produce en un momento constituyente de su propia identidad».¹¹³⁵ No puede olvidarse por tanto, que el menor reincidente se ve forzado a adaptarse a un medio que no es el mismo en donde vivía previamente antes del ingreso, magnificándose ese sentimiento, si el menor no hubiera estado interno en anteriores ocasiones. Por tales motivos, va a experimentar una desocialización durante el cumplimiento de la pena privativa de libertad respecto al medio comunitario en el que tendrá que integrarse *a posteriori*.

¹¹³¹ Vid. DAVIES, C. (1998). Goffman's Concept of the Total Institution: Criticisms and Revisions. *Human Studies*, 12(1/2), 77-95.

¹¹³² Donde el concepto de abuso de poder en el ámbito de los derechos humanos refiere a conductas no tipificadas en relación con conflictos violentos. VARONA MARTÍNEZ, G. (2014). Procesos de victimización y desvictimización en las instituciones totales. En J.M. TAMARIT SUMALLA, y N. PEREDA (coords.), *La respuesta de la Victimología ante las nuevas formas de victimización* (pp. 247-302). Madrid: Edisofer, p.259.

¹¹³³ MIR PUIG, S. (1992). La delincuencia relacionada con el abuso de poder. Aspectos criminológicos. En A. BERISTAIN IPIÑA, y J.L. DE LA CUESTA ARZAMENDI. *La Criminología frente al abuso de poder* (pp. 41-50). Donostia-San Sebastián: Universidad del País Vasco, p. 42.

¹¹³⁴ *Ibid*, p.43.

¹¹³⁵ ANDRÉS IBAÑEZ, P. (1986). El sistema tutelar de menores como reacción penal reforzada. En F. JIMÉNEZ BURILLO, y M. CLEMENTE DÍAZ (coords.), *Psicología y sistema penal* (pp. 209-228). Madrid: Alianza, p.224.

Así pues en consonancia con lo anterior y para finalizar, queda incidir en la importancia de pautas de actuación para la detección e identificación de situaciones que ocasionen una victimización en un menor infractor reincidente. De esta manera, se pretende garantizar la seguridad del menor evitando que la situación se repita o perdure en el tiempo. A grandes rasgos, los profesionales del ámbito de la criminología podrían actuar con base en una propuesta que gira en torno a ciertas pautas entre las que se encuentran:

- Formación adecuada del profesional en un contexto de carácter multidisciplinar para una intervención rápida y óptima. Formación en el ámbito de la victimología de las instancias del sistema de justicia penal juvenil.
- Valoración del riesgo para la futura intervención del profesional sobre el menor reincidente y cooperación con organizaciones humanitarias.
- Promulgación de mecanismos de control e implementación de un plan de actuación integral específico para menores reincidentes.
- Potenciación de elementos de humanización y de socialización, al igual que colaboración entre las distintas instituciones con el fin de no estigmatizar al menor reincidente.
- Reforzamiento y consolidación de estrategias para fortalecer los derechos de los menores reincidentes como posibles víctimas vulnerables, impulsando la justicia e igualdad social.
- Contribuir al estudio y a la investigación de la reincidencia desde una visión victimológica, desarrollando las diversas teorías y propuestas procedentes desde este campo.

4.2.3. Costos humanos y económicos

El concepto de costos se circunscribe en principio en el ámbito económico. Teniendo claro el razonamiento económico de los costos pero en el ámbito judicial, se hace referencia «a los recursos y a las necesidades de los seres humanos en el transcurso para conseguir sus objetivos, ya que la justicia es un bien público del cual no se puede privar a ninguna persona».¹¹³⁶ Como han explicado además dichos autores, el análisis de los costos y de los recursos es un tema en ocasiones olvidado en este ámbito judicial. No solo por parte de las sucesivas reformas en el desarrollo normativo penal juvenil de los dos países de estudio, sino también en el contexto de la tipificación delictiva de nuevas conductas criminales por parte de los menores infractores.

La perspectiva de los costos incluye una mejor y mayor eficiencia en las herramientas de los componentes económicos que entran en juego en la justicia de menores. Aunque también, habría que considerar la especialización de los componentes humanos. El factor humano¹¹³⁷ y el factor económico son por ello piezas fundamentales en las reformas que se lleven a cabo en la Administración de Justicia, en relación al grupo de menores de edad, y por ende de los menores reincidentes. En primer lugar, existen algunas contribuciones tanto teóricas como prácticas sobre este tema a nivel internacional que son de interés.¹¹³⁸ De hecho, la Oficina de Desarrollo Humano de las Naciones Unidas ha publicado informes de algunos países que configuran la comunidad internacional en relación a los costos que les acarrea el delito y la violencia.¹¹³⁹

¹¹³⁶ ORÉ, A., y RAMOS, L. Aspectos comunes de la reforma procesal penal en América Latina..., op.cit., p. 108.

¹¹³⁷ CARRIL PAN, A. (2001). Soluciones a los problemas actuales de la justicia penal. En J. PICÓ I JUNOY (dir.), *Problemas actuales de la justicia penal. Los juicios paralelos, la protección de testigos, la imparcialidad de los jueces, la criminalidad organizada, los juicios rápidos, la pena de multa...* (pp. 223-236). Barcelona: Bosch, p.235.

¹¹³⁸ Véase un resumen en DAVIS, R. A. (2011). *Social and Economic Costs of Violence: Workshop Summary*. Washington: National Academies Press.

¹¹³⁹ A modo de ejemplo el informe realizado para América Latina. NACIONES UNIDAS (2014). *Informe regional de desarrollo humano 2013-2014. Seguridad ciudadana con rostro humano: diagnóstico y propuestas para América Latina*. Nueva York: Naciones Unidas.

Cuando un menor entra en el sistema de justicia de menores y más si no es primario y ha reincidido previamente, hay una serie de costos que van a influir en el devenir de la relación que se establezca entre dicho menor y el sistema judicial. La justicia de menores ha tenido cierto interés en conocer los costos para la víctima, para el menor infractor reincidente (costos directos) y para la sociedad (costos indirectos).¹¹⁴⁰ Desde luego, la intención es reducirlos en la medida de lo posible. Ya se ha analizado ampliamente en la literatura especializada, los gastos del proceso penal de los jóvenes infractores en la jurisdicción de menores y también los relacionados con la rehabilitación del mismo, sobre todo si éste ha cometido más de un delito.

La literatura encargada de estudiar la *economía del delito* muestra que los costos económicos y humanos en perfiles de reincidentes con condenas previas son mucho mayores. Entre los motivos esgrimidos para los menores reincidentes estarían:

- Aumento de las plazas para el cumplimiento de las medidas de internamiento y la creación de nuevos centros para dicho cumplimiento.
- Necesidad de más capital humano.
- Mayores costes en la rehabilitación del menor reincidente al haber entrado en contacto frecuentemente con el sistema de justicia penal.
- Gastos ocasionados por la mayor duración de la pena juvenil.
- Costos derivados de la ejecución de las medidas.
- Pérdida laboral o efectos negativos en los estudios.
- Costos psicológicos (suicidios).

¹¹⁴⁰ EL INSTITUTO (1996). *Novedades económicas. 191-198*. Texas: Universidad de Texas, p.35.

- Bienestar de la sociedad.

Es por ello, que los costos de varias condenas previas implican unos gastos materiales, económicos y humanos específicos para este grupo. Desde este punto de vista, se ha ampliado la investigación referente al análisis del coste de eficiencia y de eficacia en las intervenciones de justicia juvenil.¹¹⁴¹ En parte, en materia de ejecución de medidas desde el planteamiento de reducción de costos económicos y personales, particularmente en lo referente a la conveniencia o no de aplicación de tal medida por su rentabilidad terapéutica y por su cuantía económica.¹¹⁴²

La economización del tiempo invertido durante el procedimiento al igual que el dinero y los medios materiales, influyen de alguna manera en la protección legal que se dé al menor infractor reincidente. También, la inversión en infraestructuras, dotando medios físicos y humanos para la ejecución de las medidas, tanto privativas de libertad como otras medidas que se apliquen y ejecuten junto a éstas.

Al analizar los gastos, la eficacia y los costes del modelo de justicia juvenil español y alemán, se llega al replanteamiento de los modelos tradicionales frente a los modelos de justicia restaurativa. Sobre todo, en lo referente al posible impacto de las manifestaciones restaurativas aplicadas a menores reincidentes en detrimento de las medidas judicializadoras gracias a programas o iniciativas de justicia restaurativa, cuyos costos «van asociados a economizar o maximizar la rentabilidad»¹¹⁴³ de los mismos. Una de las apuestas en el ámbito de justicia de menores es la consideración y evaluación de la reincidencia de aquellos que

¹¹⁴¹ Vid. PERALI, F. (2012). Costes del proceso de los jóvenes infractores en el sistema juvenil de justicia. Análisis del coste de eficiencia y de eficacia en las intervenciones de Justicia Juvenil. YAMASHIRO, C. (2012). Menores, consejos y costes: un Estudio empírico de los servicios de Defensoría de Oficio en los Tribunales de Delincuencia Juvenil de Los Ángeles. En *5th Biennial Conference of the International Juvenile Justice Observatory. The International Youth Justice Convention 2012. Criminality or social exclusion? Justice for children in a divided world*. Londres: Observatorio Internacional de Justicia Juvenil.

¹¹⁴² MARTÍNEZ GUIJARRO, J.L. (2000). La ley del menor de Castilla-La Mancha. En M.T. MARTÍN LÓPEZ, (coord.), *Justicia con menores. Menores infractores y menores víctimas* (pp. 143-164). Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, p.153.

¹¹⁴³ España. OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO (2016). *Manual sobre programas de justicia restaurativa*. Nueva York: Naciones Unidas, p.47.

participan en uno de estos programas, por lo que un estudio de los costos de un programa restaurativo concreto sería muy adecuado en términos de justicia, servicios y duración del proceso. En el ámbito de la jurisdicción de menores, la reducción de esos parámetros ayuda en la elección de un programa u otro dirigido a un colectivo concreto.

5. Promoción y perfeccionamiento de las instituciones en la justicia de menores

Con el objeto de afrontar esta cuestión, se puede recordar antes de empezar a desarrollar el tema que el reconocimiento y la *positivación* de los derechos de la ciudadanía supuso uno de los hitos más importantes en el ámbito de los derechos humanos. A la luz de esto, se configura un nuevo marco en la relación entre la comunidad y las instituciones que forman parte del Estado. En esa nueva concepción, con el pleno reconocimiento de derechos donde se integran los menores de edad, se da prioridad a la atención especial por parte de las estructuras institucionales a este grupo. Así las cosas, los menores infractores reincidentes como integrantes del mismo van a interactuar con las instituciones que están comprendidas en el ámbito de la justicia. Las instituciones judiciales y sociales del marco de la justicia de menores responderán entonces «a las preguntas de cómo entender la infancia, cómo explicar sus actos delictivos y cómo responder a ellos, reactiva o preventivamente».¹¹⁴⁴

En particular cabe reseñar, que estas instituciones sociales y judiciales, como se desprende del ámbito internacional emanado de las Naciones Unidas son:

Las principales instancias y partes interesadas en la justicia de menores que pueden ser las habituales del sistema de justicia penal en general (policía, fiscalía y tribunales) pero, en ocasiones, también pueden comprender funcionarios y proveedores de servicios, como asistentes sociales y agentes de libertad vigilada, autoridades locales, educadores de las centros de acogida y de reinserción de menores, funcionarios de prisiones, proveedores de servicios que ofrecen a las fiscalías programas alternativos

¹¹⁴⁴ BERNUZ BENEITEZ, M.J. (2014). La legitimidad de la justicia de menores: entre justicia procedimental y justicia social. *Indret*, (1), 1-25, p. 4.

para los niños en conflicto con la ley (proveedores de servicios de remisión) y trabajadores comunitarios.¹¹⁴⁵

En relación con dichas instituciones, y a pesar de la consolidación del modelo judicial de menores¹¹⁴⁶ y de la especialización del mismo al focalizarse en el tratamiento de las infracciones cometidas por éstos, no es menos cierto que a veces las actuaciones de éstas no son las más adecuadas con los menores reincidentes. En términos de información, lenguaje y comprensión de las acciones por su parte, del incumplimiento y endurecimiento de medidas adoptadas en decisiones judiciales, de la ausencia o de la ineficacia gubernamental, del trato personal dado, de la falta de respeto hacia sus derechos humanos y libertades fundamentales, de la falta de fomento de su dignidad y valor, de la carencia de protección por parte del órgano jurisdiccional, de la baja calidad o deficiencia de las infraestructuras....etc. Cualquiera de estas u otras situaciones serán determinantes en la percepción que tiene el menor reincidente hacia las instituciones en el ámbito de la justicia de menores.

Lo cierto es que de manera universal, se constatan estas prácticas en numerosos informes del Comité de los Derechos del Niño.¹¹⁴⁷ Es decir, de manera general como a lo largo de la historia, las instituciones que acogen a menores infractores han presentado en ocasiones una escasez de transparencia y falta de vigilancia entre otras cosas. Afortunadamente, en el ámbito internacional esto ha ido cambiando con la creación de organismos e instituciones independientes que se encargan de velar por los derechos de los menores que han entrado en contacto con el sistema judicial más de una vez. Un ejemplo claro -como se ha adelantado en un epígrafe anterior-son aquellos órganos de control que se encargan de visitar de una manera

¹¹⁴⁵ España. OFICINA CONTRA LAS DROGAS Y EL DELITO DE LAS NACIONES UNIDAS (2012). *Cuestiones intersectoriales. Justicia de menores. Manual de instrucciones para la evaluación de la justicia penal*. Nueva York: Naciones Unidas, p.7.

¹¹⁴⁶ La mayoría de los países de nuestro entorno sociocultural y geográfico tienen instituciones preocupadas por la reforma del menor infractor penal. Gracias a una moderna legislación reguladora de la jurisdicción de menores, además de suscribir y ratificar diversos textos de carácter supranacional. En MARTÍN OSTOS, J. (2008). Aspectos generales de la justicia penal de menores. En J. MARTÍN OSTOS. *El experto universitario en justicia de menores* (pp. 97-116). Sevilla: Astigi, p.98.

¹¹⁴⁷ Vid. España. OBSERVATORIO DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA (2011). *Compilación de las Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño (2001-2009)*. Asturias: Gobierno del Principado de Asturias.

regular los centros e instalaciones donde están reclusos los menores infractores¹¹⁴⁸. En el ámbito nacional, el Defensor del Pueblo ha recogido las denuncias y quejas por malos tratos en centros para menores infractores.¹¹⁴⁹ En Alemania, la Agencia Nacional para la Prevención de la Tortura («*Nationale Stelle zur Verhütung von Folter*»)¹¹⁵⁰ realiza tareas similares a las del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura (CPT) pero limitadas al plano nacional. Se encargan de visitar además de las prisiones, los centros de detención y centros de internamiento para menores, elaborando informes que publican de libre acceso. Gracias a estas visitas, se puede conocer y documentar de primera mano cualquier situación que pudiera afectar al colectivo de los menores de edad reincidentes. Al incidir, en la peculiaridad de haber pasado más de una vez por el entramado de la justicia juvenil, y quizás en el cumplimiento de más de una medida de internamiento.

Es importante el papel que desempeñan las prácticas de transparencia institucional, de información y de falta de opacidad en el ámbito de la Justicia. Sobre todo, durante el proceso de acercamiento e intervención con un menor infractor reincidente y su círculo. El acercamiento de las instituciones al menor reincidente pero también a ese entorno familiar, es necesario para ayudar a éste en el proceso de reintegración en la comunidad. Cuanta mayor información se proporcione, cuanto más transparente sea el proceso y el contacto con las instancias oficiales, mayor será la confianza que deposite el menor reincidente en el sistema y más fácil será el tránsito de éste hacia la inserción en la comunidad, absteniéndose de la comisión de delitos futuros.

Al final de lo que se trata, siguiendo nuevamente a la propia Bernuz Beneitez es que la «forma justa y equitativa desde las instituciones sea un buen indicador para predecir la obediencia y cumplimiento de las decisiones judiciales (...), al igual que ayude a comprender algunos

¹¹⁴⁸ En relación a la obligación por parte de los Estados miembros de presentar informes periódicos a los órganos de supervisión y control de los Tratados Internacionales del ámbito de las Naciones Unidas: la Convención sobre los Derechos del Niño (art.44) y la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (art.19)

¹¹⁴⁹ Vid. España. DEFENSOR DEL PUEBLO. *Mecanismo anual de prevención de la tortura...*, op.cit.

¹¹⁵⁰ Web de la *Nationale Stelle zur Verhütung von Folter*. Recuperado (26.04.2017) de: <http://www.nationale-stelle.de/home.html>

factores que condicionan la reincidencia o no en la delincuencia».¹¹⁵¹ A la vista de los argumentos esgrimidos, parece obvio señalar que la imagen que tenga el menor reincidente de la justicia y de sus instancias será presupuesto de confianza, transparencia y legitimidad.

Particular interés presentan estudios criminológicos que recogen la percepción que tiene el menor infractor de la Administración de Justicia referente entre otras, a la variable tiempo en la justicia, especialmente el tiempo según la reincidencia juvenil.¹¹⁵² Se obtienen diversos resultados que muestran diferencias estadísticamente significativas. Los autores demuestran que cuando los jóvenes cometen nuevos hechos delictivos durante la gestión del procedimiento base, esta variable (tener nuevos procedimientos abiertos durante la tramitación) funciona como un indicador muy potente de que el joven cometerá nuevas reincidencias posteriores. Esto también se puede interpretar, como que a pesar del deseo de una pronta y rápida resolución judicial tanto para el menor reincidente como para la familia, a veces no es síntoma de eficiencia y de garantía en términos de reincidencia.¹¹⁵³

Una cuestión es por tanto, la confianza que se desarrolla en el menor infractor reincidente en relación al buen funcionamiento de la Administración de Justicia, donde la celeridad del procedimiento juega un papel importante. Esto es, bajo esa premisa, donde además del tiempo entre otras variables antes nombradas, lo importante es que haya buenas prácticas con los menores de reforma. Que haya un compromiso y respeto hacia el menor que ha reincidido, a pesar de las circunstancias especiales por la situación, sobre todo en las medidas privativas de libertad. Además, que el reincidente sea receptor de la información relacionada con el delito (amparado por sus derechos procesales) igual que el menor primario, y en la medida de lo posible, que participe en la toma de decisiones (dando promoción a las medidas extrajudiciales). La adopción de medidas deben respetar el interés superior del menor, sin

¹¹⁵¹ Ya que como explica, en el caso de los menores es preciso reforzar la necesidad de comunicación y comprensión de las normas y decisiones legales adoptadas. BERNUZ BENEITEZ, M.J. La legitimidad de la justicia de menores..., op. cit., p. 5.

¹¹⁵² CAPDEVILA, M., FERRER, M., y BLANCH, M. (2013). *El tiempo en la justicia de menores*. Generalitat de Catalunya: Centro de estudios jurídicos y formación especializada, pp.134 y ss.

¹¹⁵³ De todas formas, los procedimientos resueltos con mayor rapidez suelen corresponder a los delitos más graves y, por lo tanto, se van a asociar frecuentemente a jóvenes que tienen un mayor riesgo de reincidencia.

tener en cuenta las actividades pasadas de éste y solo pensando en el ahora y en el futuro. La participación, la flexibilidad y la implementación de criterios dinámicos para avanzar hacia el proceso de resocialización y alejarse de la reincidencia será uno de los objetivos que se deben marcar.

6. Actitudes punitivas y reincidencia

El endurecimiento creciente que se observa a nivel mundial es manifiesto en numerosas legislaciones penales. Una explicación podría ser la aparición y asentamiento de las nuevas formas de la realidad criminal que se extienden a lo largo de nuestras sociedades como es el caso del terrorismo. Terrorismo como consecuencia entre otros, de los movimientos migratorios y de la globalización. En cualquier caso, la influencia de estas nuevas realidades conjuntamente con la presión de los medios de comunicación¹¹⁵⁴ en el debate político y social, se extiende al asunto de los menores infractores. Siendo los reincidentes uno de los colectivos más vulnerables a efectos de endurecimiento en la imposición de medidas de las normativas legales. Por lo que en palabras de De los Santos, se está «más cerca de un derecho penal de tolerancia cero alejado cada vez más del modelo garantista constitucional».¹¹⁵⁵

Si se analiza Europa en su conjunto, se distinguen dos sistemas claramente diferenciados de justicia juvenil. Por un lado, un sistema más punitivo, duro y restrictivo; mientras que por otro lado, un sistema de justicia menos punitiva, que incluye unas medidas más cortas orientadas a la resocialización y a la educación del menor.¹¹⁵⁶ Tanto España como Alemania ocuparían una posición intermedia en el espectro europeo.

¹¹⁵⁴ De hecho, la Observación General N° 10 (2007) llevada a cabo por el Comité de los Derechos del Niño señala que «los medios de comunicación transmiten una imagen negativa de los niños que delinquen, lo cual contribuye a que se forme un estereotipo discriminatorio y negativo de ellos, y a menudo de los niños en general». Véase la Observación General N° 10 sobre los derechos del niño en la justicia de menores. CRC/C/GC/10, p. 99.

¹¹⁵⁵ DE LOS SANTOS, J. (2016). *Jurisdicción penal de menores*. Lisboa: Juruá, p.154.

¹¹⁵⁶ REDONDO ILLESCAS, S., y GARRIDO GENOVÉS, V. (2013). Delincuencia juvenil y justicia de menores. En S. REDONDO ILLESCAS, y V. GARRIDO GENOVÉS. *Principios de Criminología* (pp. 935-974). Valencia: Tirant lo Blanch, p.955.

Nuestras sociedades se enfrentan a retos cada vez más grandes y ante fenómenos criminales más novedosos. Es por ello, que tanto la seguridad ciudadana como el control ejercido por la comunidad se expanden a través de las instancias del control social formal. Se genera así una preocupación colectiva frente a la reincidencia interpelando ante respuestas más duras, directas y contundentes que obliguen a los Estados a unos mínimos en materia de justicia penal juvenil. Sin embargo, como ya se ha visto, los datos sobre reincidencia en ambos países muestran lo contrario. A pesar de ello, el mensaje sobre la falsedad de esa hipótesis se extiende en las actuales sociedades modernas y democráticas.

Generalmente, las estrategias de corte populista y autoritario son más propias del modelo anglosajón.¹¹⁵⁷ Siendo cierto, que la expansión en el sistema penal y penitenciario propia de este modelo no es comparable a ningún otro país en parte por las particularidades político-criminales que presenta.¹¹⁵⁸ Aunque habría mucho que decir sobre este asunto, llama poderosamente la atención como en nuestro país, ha sido y es un tema que ha ocupado y ocupa aún el centro del debate político. Del mismo modo, ocurre en el país germano. A menudo, «alcanzando un tono populista y electoralista, abanderando lo que se conoce como *populismo punitivo*.¹¹⁵⁹ La palabra *populismo punitivo* fue acuñada por Bottoms (del inglés «*populist punitiveness*»)).¹¹⁶⁰

Al final, si se analiza la palabra populismo refiere a un acercamiento al pueblo, a una suerte de participación o consenso de la clase política junto a los individuos que conforman el pueblo. En cambio, el vocablo punitividad o punitivismo tiene para algunos autores connotaciones negativas y una difícil conceptualización.¹¹⁶¹ De hecho, es una de las preocupaciones de la

¹¹⁵⁷ BRANDARIZ, J.A. *El gobierno de la penalidad. La complejidad...*, op.cit., p.207.

¹¹⁵⁸ *Ibid.*

¹¹⁵⁹ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. (2009). Política criminal y prevención del delito: el denodado restablecimiento de la pena de prisión en España o la constitución social del delincuente/enemigo. En P. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA (ed.), *Víctima, prevención del delito y tratamiento del delincuente* (pp. 159-190). Granada: Comares, p.173.

¹¹⁶⁰ *Vid.* BOTTOMS, A. (1995). The philosophy and politics of punishment and sentencing. In C.M.V. CLARKSON & R. MORGAN (eds.), *The politics of sentencing reform* (pp. 17-49) Oxford: Clarendon Press.

¹¹⁶¹ SERRANO MAÍLLO, A., y SERRANO GÓMEZ, A. (2009). El aumento de la firmeza en la respuesta al delito a nivel legislativo en España (1995-2007). En H. KURY, y A. SERRANO MAÍLLO (eds.), *Punitividad y*

criminología el saber qué grado de punitividad tienen los sistemas de justicia penales.¹¹⁶² Ya que como se mantiene, esta punitividad ha estado asociada al ámbito penitenciario (en relación al uso en exceso de la prisión o a la duración de las sentencias penales impuestas), pero también al ámbito de la prevención, como en el caso de las formas represivas de detención y control como parte de la estrategia en política criminal de un país.

Puede afirmarse que en España, se han estudiado las actitudes punitivas mediante investigaciones empíricas desde diferentes ámbitos, no solo jurídico sino también criminológico. Sobre todo, lo que Varona Gómez explica en relación a las «actitudes punitivas de los ciudadanos».¹¹⁶³ De la misma manera que en Alemania, Cochran y Piquero estudiaron las reacciones de la ciudadanía alemana frente al castigo como técnica eficaz para reducir el delito, pero teniendo en cuenta la influencia de ese nuevo contexto cultural.¹¹⁶⁴ De todas formas, la retribución no es la única justificación de las actuales tendencias en la justicia más punitiva que presenta una progresiva radicalización. Las actuales políticas criminales en España y en Alemania se van a basar más en una prevención general positiva.

Retomando ese argumento, «los límites al poder punitivo del Estado (que a veces olvidamos, no tiene por qué ser necesariamente el que consideramos más justo o legítimo) deben ser siempre protegidos para garantizar así el respeto a la dignidad del individuo».¹¹⁶⁵ En esta misma línea, la respuesta ante un hecho delictivo a través del recurso agravado a la pena, no es un medio demasiado operativo desde una perspectiva política-criminal en la búsqueda de

victimización en la experiencia contemporánea. (pp. 290-310). Madrid: Dykinson, p.293.

¹¹⁶² TRAJTENBERG, N. (2012). Sistemas de justicia penal. Explicaciones de la punitividad. *Revista de Ciencias Sociales*, 25(31), 59-78, p. 65. Por otra parte, el autor señala la existencia de otra vertiente doctrinal que se basa en creer que la punitividad es un mero mito.

¹¹⁶³ VARONA, D. (2015). Opinión pública y castigo: la investigación sobre las actitudes punitivas en España. En F. MIRÓ LLINARES, J.R. AGUSTINA SANLLEHÍ, J.E. MEDINA SARMIENTO, y L. SUMMERS (eds.), *Crimen, oportunidad y vida diaria. Libro homenaje al Profesor Dr. Marcus Felson* (pp. 711-732). Madrid: Dykinson, p.712. Para saber sobre si los españoles somos o no punitivos en términos generales, *vid.* VARONA GÓMEZ, D. (2009). ¿Somos los españoles punitivos?: Actitudes punitivas y reforma penal en España. *Indret*, 1-31.

¹¹⁶⁴ *Vid.* COCHRAN, J.C. & PIQUERO, A.R. (2011). Exploring Sources of Punitiveness Among German Citizens. *Crime & Delinquency*, 57(4), 544-571.

¹¹⁶⁵ PUENTE RODRÍGUEZ, L. Fundamento dogmático de la agravación..., *op.cit.*, p.199.

los objetivos a corto y medio plazo que se persiguen. Varios planteamientos se ponen de manifiesto, como si es posible una respuesta menos punitiva ante el sujeto menor de edad que recae, o incluso, hasta qué punto están dispuestos los mecanismos del Estado en ceder ante la presión social que reclama más seguridad y protección.

Estos planteamientos son en cualquier caso buenos candidatos para la teorización y la investigación empírica criminológica. La previsión de futuro es complicada y vaticinar la línea que seguirá el legislador más. Pero nos apresuramos a decir, que a pesar de lo que muestran los estudios realizados en ambos países sobre reincidencia juvenil en cuanto a la aproximación explicativa a esta institución, no es menos cierto la carencia de voluntad y la falta de comprensión en ocasiones de los poderes públicos en materia de política criminal.

Desde nuestro punto de vista, a pesar de que con las últimas reformas (2000 y 2006) que ha hecho el legislador en materia penal en nuestro país y que afectan a los menores infractores, pueden ser merecedores de crítica, no es menos cierto que las nuevas tendencias en el derecho penal de menores a nivel europeo indican lo contrario. Es necesario, hacer un especial énfasis sobre la introducción de las medidas de justicia restaurativa aplicada a menores infractores y menores infractores reincidentes en países como Reino Unido, Irlanda del Norte, Países Bajos o Bélgica. Medidas alternativas a la resolución de conflictos, introduciéndose así en la práctica de la justicia penal juvenil.

El foco se debe poner en la intervención educativa, rehabilitadora o reintegrativa en vez de la intervención punitiva. A pesar de que en España, se ha incrementado el uso de medidas de internamiento en régimen cerrado para delitos de mayor gravedad, hay avances también en otra dirección que son positivos, al no castigar y buscar otras alternativas menos formales en aquellos delitos menos graves.

Un último aspecto que hay que apuntar a este respecto, es aclarar el debate sobre el mayor o menor tratamiento punitivo del menor infractor por parte del derecho penal de menores. Es

verdad que ha sido un tema que ha estado en el centro de las propuestas pero también de las críticas de la agenda política en Alemania. De hecho, el partido democristiano (CDU) en algún «*Bundesland*» ya planteaba ciertas medidas punitivas en una de sus últimas campañas en la línea de un Derecho populista («*Rechtspopulismus*»).¹¹⁶⁶ Aunque no prosperaron por la presión de los actores sociales, ya que entre otras, apostaban por la creación de campamentos y de medidas especialmente restrictivas principalmente para delincuentes menores reincidentes o violentos.

La doctrina ha estudiado especialmente la práctica de la justicia penal en los menores en relación a la punitividad de las sanciones impuestas (al margen de los problemas metodológicos). Heinz matiza que, «esta práctica en Alemania se ha mantenido estable y que los niveles de sentencia son relativamente moderados».¹¹⁶⁷ Una de las medidas más polémicas frente a la reiteración del delito es la custodia de seguridad («*Sicherungsverwahrung*»). Concebida como medida frente a los individuos peligrosos y reincidentes, aunque en la práctica en el caso de los menores infractores las cifras estadísticas oficiales demuestran que la aplicación de la misma en este grupo es muy baja.¹¹⁶⁸

A pesar que la doctrina alemana no es unánime sobre este criterio sí que desde nuestra opinión, un Estado democrático como Alemania no puede aceptar determinadas medidas como esa. Medidas que están basadas en la peligrosidad del sujeto y en la posible recaída en el delito, a pesar de la aceptación por parte del Tribunal Constitucional Federal alemán. Al endurecerse las medidas para la reincidencia, se atiende a la peligrosidad del autor. En particular, ese endurecimiento puede ocasionar unas consecuencias afflictivas para el sujeto menor de edad. En ocasiones, desgraciadamente prevalecen los derechos colectivos frente a los derechos individuales y se antepone unos costes generales sobre los particulares. La

¹¹⁶⁶ Las propuestas puede verse en el siguiente enlace en el idioma original. Recuperado (15.01.2017) de : <http://www.roland-koch.de/tag/jugendkriminalitat/page/6/>.

¹¹⁶⁷ Vid. HEINZ, W. (2009). Zunehmende Punitivität in der Praxis des Jugendkriminalrechts? Analysen aufgrund von Daten der Strafrechtspflegestatistiken in Bundesministerium der Justiz. *Das Jugendkriminalrecht vor neuen Herausforderungen? Jenaer Symposium*. Mönchengladbach: Forum Verlag Godesberg, 29–80. Traducción propia.

¹¹⁶⁸ Véase el análisis realizado en el Capítulo IV referente a la reincidencia en menores.

fundamentación basada en la peligrosidad del sujeto menor de edad imputable afortunadamente aunque en la legislación está especificado, sí que es cierto que luego en la práctica su aplicación es mínima. Aunque tiene que tenerse en cuenta como apunta Silva Sánchez, que «la custodia de seguridad en general está orientada a la inocuización, por lo que dicha orientación no debe ser olvidada en ningún momento».¹¹⁶⁹

Finalmente, bajo un trasfondo social de no aceptación de la reincidencia, se construye un discurso punitivo cuyo objetivo es perseguir al menor que recae en el delito aplicando esa medida de seguridad, dejando de lado a veces el respeto y la garantía de la dignidad del individuo frente a ese interés social antes mencionado. Sostiene Puente Rodríguez «en qué momento el peso de la reincidencia deja de cargarse sobre los maltrechos hombros del reincidente para ser soportado por la, indudablemente más ancha, espalda de la sociedad».¹¹⁷⁰

7. Valoraciones finales

Como se viene considerando, los derechos de los niños, de los menores de edad son parte de los derechos humanos ya que como piezas indispensables de la sociedad que son los menores, van a ser titulares de derechos. Es importante por consiguiente conocer la disposición de los mismos en los textos normativos, al igual que dar cumplimiento al mandato de tales derechos en los menores de reforma, y con particularidad en los reincidentes.

En ocasiones, se tiene una imagen distorsionada que estigmatiza al menor reincidente y dificulta su reintegración en la comunidad. Como grupo potencialmente vulnerable precisa de una especial protección y garantía de sus derechos y libertades. Esta vulnerabilidad produce violaciones de derechos, por lo que hay que promover recursos y acciones para afrontarlas. Las violaciones son de diversa índole y afectan al menor reincidente a varios niveles pero en

¹¹⁶⁹ SILVA SÁNCHEZ, J. M. (2001). El retorno de la inocuización. En L.A. ARROYO ZAPATERO, y I. BERDUGO GÓMEZ (coords.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos: "in memoriam"*. Vol. 1 (pp. 699-710). Salamanca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, p. 699.

¹¹⁷⁰ PUENTE RODRÍGUEZ, L. Fundamento dogmático de la agravación..., op. cit., p. 200.

cualquier caso, se evidencia que los Estados disponen de normativa y órganos de supervisión que se encargan de velar por los intereses de los colectivos más vulnerables. No por ello, se dejan de plantear algunas cuestiones, como el hecho de si las instituciones que tratan con el menor reincidente y los operadores jurídicos del sistema de justicia juvenil pueden hacer frente a las demandas y necesidades del menor infractor reincidente. La intervención institucional va a ocasionar unos efectos sobre el reincidente al ser más vulnerable que el resto, los cuales pueden ser negativos, ocasionando por tanto una serie de reacciones y manifestaciones como pueden ser la victimización o la *prisionización*.

Llegado a este punto, conviene finalizar este trabajo de investigación diciendo que la reincidencia como fenómeno criminal social en los infractores menores de edad se muestra a diversos niveles:

El primer nivel afecta al menor infractor a nivel individual. En este sentido, es evidente que la reincidencia influye y condiciona su vida y su relación con su entorno.

El segundo nivel hace referencia al menor infractor a nivel de las instituciones. Probablemente, en su relación con los operadores jurídicos de las instancias de control social formal hay una concepción ética y funcional concreta que debe revisarse ya que es importante la relación y las normas que se establecen entre ambos.

El tercer nivel afecta al menor infractor reincidente en referencia a la sociedad. Concretamente, como parte integrante de la misma en ocasiones se inculcan ideas erróneas respecto a la reincidencia dando lugar a una respuesta social inadecuada. Esto produce llegado el caso, una presión social, política y mediática que debe tenerse en cuenta y que afecta a cambios legislativos y costumbres sociales en relación a este colectivo. En parte, la política criminal de una sociedad fomenta un interés por la prevención de comportamientos contrarios a la norma social, los cuales van en detrimento de las actuales sociedades modernas occidentales.

El cuarto y último nivel corresponde a la reincidencia en el sistema de los derechos humanos. Hay un interés por promover e implementar acciones y estrategias de respeto y disfrute de los derechos humanos sobre todo en colectivos vulnerables como son los menores de edad. Evitando en la medida de lo posible, la estigmatización o la discriminación que puede ocasionarse sobre las personas menores de edad que han cometido más de un injusto penal,

pero que forman parte de nuestra sociedad, y que pueden tener efectos negativos para el propio sujeto pero también para todo el conjunto.

CONCLUSIONES

PRIMERA. El fundamento legal de la minoría y mayoría de edad supone la atribución de la titularidad de derechos y libertades respecto a la edad de la persona por parte de los ordenamientos jurídicos. Al transponer los estándares internacionales en las legislaciones internas de España y Alemania se ha propiciado una evolución en la concepción de la infancia y de la adolescencia con el reconocimiento de sus derechos y el cumplimiento de los mismos. Este reconocimiento uniforme a todos los niveles afecta no solo a los menores de protección, sino también a los menores de reforma. Las diferentes manifestaciones dadas del concepto de menor de edad van dirigidas hacia una mayor amplitud e interés del mismo desde diversas disciplinas y enfoques, lo que favorece y confirma el tratamiento del menor como sujeto de derechos, al mismo tiempo que refuerza la positiva evolución legislativa de los últimos años. En todo caso, siempre es preciso fomentar una mejor postura en relación a la protección del menor de edad en general y del menor de reforma en particular, a la vista del conjunto de aspectos relativos a la situación jurídica de éste, en función del ámbito concreto en el que se encuentre.

SEGUNDA. El actual tratamiento jurídico dado al menor de edad en ambos países está representado por una prolífera normativa. Es cierto que toda normativa va a estar en principio sujeta a ciertas interpretaciones, por lo que no está de más el establecimiento de buenas prácticas en ese tratamiento jurídico hacia los menores. Los operadores jurídicos y sociales del sistema de justicia juvenil deben intervenir y proteger al menor infractor reincidente garantizando sus derechos y respetando sus necesidades. Las diversas cuestiones planteadas relativas a la protección del menor reincidente, se supeditan atendiendo a la necesidad de elaborar ciertos criterios que refieran a las áreas propensas a la supervisión de dicha protección, reflejándose en la práctica y no quedando solo circunscritos a la norma. Por ello, es preciso hacer una recapitulación certera sobre el menor de edad por parte de las instituciones y de la sociedad a todos los niveles para progresar en el tratamiento otorgado luego hacia el menor reincidente, desde una concepción constitucional, civil, penal, familiar, laboral y social.

TERCERA. A pesar de la voluntad y la buena disposición por parte del legislador español y alemán en relación a la protección jurídica del menor de edad, no es menos cierto que este grupo es considerado especialmente vulnerable, por lo que requiere de un tratamiento acorde a

dicha categorización. Es una evidencia que el menor de edad ha sido objeto de comportamientos discriminatorios en la práctica como consecuencia de interpretaciones normativas o actuaciones institucionales. La igualdad frente al Derecho y la normativa implica el rechazo de cualquier tipo de comportamiento discriminatorio, donde tiene cabida la discriminación por razón de edad. Aquellas conductas discriminatorias que no van a poder ser explicadas y fundamentadas de una manera razonable van a ser identificadas como tales. Los menores infractores reincidentes han sido objeto en ocasiones de rechazo por parte del sistema de justicia penal. Es evidente, que sobre el concepto de la discriminación y la reincidencia gravita el hecho de no poder aportar siempre indicadores que muestren resultados fácilmente ponderables y comprobables empíricamente. Sin embargo, no hay que olvidar que los estereotipos y los prejuicios juegan un papel importante en las formas de discriminación de un menor de edad infractor, y más si éste es reincidente.

CUARTA. La preocupación por la adolescencia y su relación con la criminalidad se pone de manifiesto al mostrar intencionalmente la relación entre ambas gracias a los modelos explicativos de numerosas teorías criminológicas, poniendo de relieve que el delito es un fenómeno cuyo origen es multicausal. Tanto en España como en Alemania, los comportamientos delictivos de jóvenes y adolescentes se circunscriben a periodos concretos de la vida del sujeto, manteniéndose esta tendencia en la actualidad ya que hay un estancamiento de las cifras de la criminalidad juvenil. Desde una concepción teórica, los comportamientos delictivos reincidentes no pueden ser explicados solamente de una manera categórica y definitiva, sino que hay que aproximarse a ciertas peculiaridades y dimensiones del comportamiento reincidente. La reincidencia como tal, es un fenómeno social complejo y amplio que ha sido identificado y examinado por la variada literatura científica especializada española y alemana, la cual ha sido coincidente. Sea como fuere, la preocupación por la búsqueda de modelos explicativos sobre dicho fenómeno lleva a poner en el centro del debate doctrinal la mayor investigación y reconocimiento de este colectivo.

QUINTA. La historia demuestra que el tratamiento penal del menor infractor regulado en la LORRPM en España y en la *JGG* en Alemania se caracteriza por la consideración que las legislaciones de ambos países han otorgado a los menores de edad, distanciándose de la norma penal de adultos. La protección penal del menor en el marco de la jurisdicción juvenil debe ejercitar un reconocimiento jurídico adecuado, justo y equitativo para los menores infractores.

La naturaleza formalmente penal pero materialmente sancionadora-educativa que caracteriza a la legislación juvenil española, y el pensamiento educativo («*Erziehungsgedanke*») propio de la norma penal alemana, constituyen el terreno donde se han erigido diversas acepciones como consecuencia de la evolución y las modificaciones del contenido de las mismas. Algunas de las disposiciones reguladas en la normativa de ambos países como consecuencia de tales reformas, han sufrido un evidente influjo provocado por la presión social, política y de los medios de comunicación. A modo de ejemplo, el endurecimiento y la ampliación de la duración de las medidas sancionadoras en el caso de los reincidentes en la norma penal juvenil española, o la imposición de la custodia de seguridad a los jóvenes y adolescentes peligrosos o que hayan cometido determinados delitos de naturaleza grave en el derecho penal juvenil alemán. Se refleja de esta manera, una indiscutiblemente predisposición hacia un endurecimiento progresivo por parte del legislador en relación al régimen de responsabilidad penal de los menores y adolescentes. Sería bueno aunar esfuerzos para establecer fórmulas jurídicas de reacción frente al delito que sean adecuadas al menor reincidente en aras de no aplicar medidas tan restrictivas que causen efectos estigmatizantes y negativos sobre éste, al ser más vulnerable frente a la intervención penal. Estas fórmulas deberían ir dirigidas y ser específicas de este grupo concreto de menores.

SEXTA. Las reformas introducidas en las legislaciones penales juveniles de los dos países ha puesto de manifiesto la problemática de la responsabilidad penal del menor, y por ende de la imputabilidad. La interpretación y el fundamento de la imputabilidad desde diferentes posicionamientos doctrinales revelan las distintas condiciones necesarias de la misma, requeridas a un menor en función de la corriente de opinión seguida. A pesar de existir una doctrina mayoritaria en España y otra en Alemania, aunque sin entrar a analizar nuevamente dichas corrientes, se argumenta la ausencia o no de la madurez en un menor como elemento primordial para eximir u otorgar la imputabilidad, y como consecuencia la culpabilidad. En el caso del menor reincidente, la mayor culpabilidad defendida por una parte de la doctrina podría influir en el criterio del Juez de Menores en el momento de tomar una decisión judicial, al considerar ésta como una circunstancia que modifica la responsabilidad penal del menor, haciéndole por tanto un reproche superior por el injusto penal.

SÉTIMA. El principio del interés superior del menor como concepto jurídico indeterminado debe considerarse como un principio rector en las decisiones judiciales que comprendan a

menores de edad. El estudio comparado ofrecido por las contribuciones de la doctrina, la jurisprudencia y la norma a pesar de que lo circunscriben mayoritariamente al Derecho de familia, es de interpretación y aplicación a otros ámbitos donde se dan situaciones en las que esté involucrado un niño o joven. Ciertamente, a través de variados factores como la edad o la madurez del menor se concretan elementos comunes que son coincidentes e idóneos para emplear en la totalidad de los supuestos de hecho. Siguiendo esta línea, se puede afirmar que cualquier acción o solución basada en un enfoque reducido en la que no se evalúen los elementos mencionados para el caso concreto será incompleta y con un punto de vista errado, en aras del fin último de este principio: la protección del niño en consonancia con el respeto y la garantía de su desarrollo.

OCTAVA. La armonización de los criterios necesarios para la valoración de las necesidades más adecuadas en el menor reincidente en términos de su superior interés tienen que respetar y tener en consideración asimismo, el interés de otros actores que están implicados directa o indirectamente en el delito. Esto permitirá adecuar la medida a cada caso concreto teniendo en cuenta las particularidades del menor reincidente. El órgano jurisdiccional tomará en consideración ese principio rector para la imposición y ejecución de las medidas sancionadoras más oportunas, al ser un elemento determinante en el derecho penal de menores de los dos países. Las medidas estarán orientadas a la reeducación del menor desde la perspectiva de su protección para su recuperación, alejándole en la medida de lo posible de la recaída en el delito. Al final, los intereses del menor reincidente van unidos a los intereses de la sociedad, ya que para promover la convivencia pacífica se persigue el interés por un bien común.

NOVENA. En el estudio de la cancelación de los antecedentes penales en los menores de edad a efectos del análisis y valoración de la reincidencia se tendrá en consideración el principio del superior interés del menor. Como es sabido, el fundamento primordial de la cancelación de los antecedentes penales es evitar que la condena anterior perjudique los actos delictivos ulteriores. Gracias a la cancelación de estos antecedentes penales se limitan tales efectos, sobre todo, porque al reincidente de alguna manera se le ponen más obstáculos que a uno que no lo es. Es decir, ante los antecedentes por condenas previas se puede a veces reaccionar de una manera más gravosa frente a un reincidente, ocasionando una repercusión sobre el mismo en contra del paradigma perseguido de la reinserción social. En España y

Alemania, la problemática en relación con los antecedentes penales a efectos de reincidencia se apoya en la ausencia de regulación por parte de la norma penal juvenil, la controversia respecto a la interpretación de la cancelación y el reproche dado hacia una tipología delictiva concreta que puede causar una estigmatización del reincidente, los obstáculos en el acceso al mercado laboral y la crítica respecto a quién puede acceder a la información. En cualquier caso, se deben tener en consideración ciertas cautelas y eliminar cualquier agravio derivado de la interpretación de los textos jurídicos que pueda ser considerada a efectos de reincidencia, ya que esto iría contra el principio del interés superior del menor, además de producir un perjuicio de tal magnitud que dificulte su proceso de reinserción.

DÉCIMA. Ante la comisión de un nuevo delito por parte de un menor de edad se presenta la institución de la reincidencia junto a otras figuras (multirreincidencia, habitualidad y profesionalidad) que regulará el legislador, y describirá e investigará la ciencia criminológica. La diferenciación entre dichos términos y su fundamentación pone de manifiesto a veces la dificultad existente para concretizar y analizar tal diversidad. El ordenamiento jurídico español y el alemán han ido proporcionando diversas soluciones a lo largo de los años como consecuencia de la evolución de la reincidencia, cuya historia peculiar se ha ido reflejando en su regulación en las diferentes legislaciones. Las vigentes normativas penales juveniles contienen en sus disposiciones algunas referencias a la valoración de la reincidencia en relación al régimen y aplicación de las medidas, o bien al pronóstico de la reincidencia.

UNDÉCIMA. Numerosos estudios criminológicos sobre reincidencia juvenil realizados en España y Alemania en el campo claro («*Hellfeld*») y en el campo oscuro («*Dunkelfeld*») acreditan que el conjunto de menores reincidentes constituye un grupo reducido. Las evidencias científicas demuestran por tanto una paradoja frente a la creencia social, ya que contrariamente al pensamiento generalizado, la reincidencia entre la población juvenil no ha aumentado. Al margen de las carencias y de las particularidades metodológicas propias de cada país, el análisis llevado a cabo sobre las estadísticas proporcionadas por las instancias de control social formal (policial, judicial y penitenciario) parece legitimar y aportar elementos significativos en la dirección antes apuntada.

La estadística policial española a nivel nacional no proporciona datos sobre reincidencia en menores, por lo que la posible cobertura de estos datos estadísticos sobre sospechosos que

reinciden, debería facilitarse a nivel autonómico o municipal. En cambio en Alemania, a efectos de la estadística se compone de valores monitorizados y presentados a nivel estatal en cifras absolutas, porcentajes y tasas de reincidencia, por lo que esta información aportada es mucho más amplia y valiosa, interpretándose una estabilidad y una correlación con años anteriores. En Berlín, las categorías policiales de gran relevancia criminológica diferenciadas en tres grupos conocidos como «*Intensivtäter*», «*Schwellentäter*» y «*Kiezorientierten Mehrfachtäter*», muestran igualmente una disminución progresiva de los datos registrados.

La estadística judicial en España y a nivel de la Comunitat Valenciana refleja un descenso con el paso de los años en la cuantía de menores condenados por varias infracciones penales. De hecho a nivel nacional y autonómico, sobresale el grupo correspondiente a menores condenados por dos infracciones penales, aunque esa tendencia general es a la baja. En la misma línea, también se ha visto en Alemania y en Berlín, que las cifras de menores y adolescentes o semiadultos extraídas de la estadística judicial en los grupos que tienen antecedentes por condenas anteriores, no se incrementaron respecto a aquellos que han sido condenados solo una vez.

Por último, de la estadística penitenciaria analizada se infiere que en España no hay un criterio unificado a nivel nacional por lo que no se puede hacer una estimación fiable sobre reincidencia juvenil ni a nivel de la Comunitat Valenciana, ya que los datos aportados refieren a las diferencias autonómicas en conjunto al no recogerse datos individuales. Sin embargo, un estudio en un centro de menores de la ciudad de Valencia reflejó un aumento de la misma con el paso del tiempo, aunque sin llegar a superar las cifras de los menores infractores primarios y llevándose a cabo antes de la última reforma más significativa (LO 8/2006). En el caso alemán, la reincidencia estatal en los jóvenes y semiadultos según sus antecedentes penitenciarios en términos de reingresos muestra una disminución clara en los últimos años, aunque el grupo de semiadultos reincide más. Sin embargo, los datos relativos a la ciudad de Berlín no se han proporcionado de manera separada, a pesar de estar aglutinados en la estadística general.

En cualquier caso, las estadísticas del control social formal corroboran varias cosas como: la presencia de una mayor criminalidad reincidente juvenil que corresponde a los delitos patrimoniales, la mayor actividad en el grupo de infractores reincidentes de 16 a 17 años, el

empeoramiento de la conducta futura de un menor al imponerle medidas más restrictivas, o las ventajas obtenidas por la información criminológica aportada por las variables asociadas a la reincidencia. Todo ello, es imprescindible para la elaboración e implementación de programas de intervención y tratamiento adecuados al colectivo del menor reincidente. Ante las posibles carencias manifiestas de las propias estadísticas oficiales, las aportaciones de las investigaciones criminológicas auxilian en el examen de otros factores como: la causa base y la medida o medidas impuestas, el tipo de infracción penal de la causa base, la naturaleza de los delitos posteriores, etc. Además, se perciben ciertas limitaciones en relación al acceso y obtención de datos estadísticos oficiales y ausencia o escasez de información en relación a la metodología utilizada en las diferentes instancias en España.

En resumen, se hace cada vez más necesario, ofrecer una valoración de la dimensión de la reincidencia oficial a través de una metodología tanto cuantitativa como cualitativa en ambos países, lo que nos conduce inexorablemente a identificar y profundizar los diversos factores legales y extralegales que muestran los estudios de la reincidencia policial, judicial y penitenciaria, ya que la reincidencia autoinformada (junto a las encuestas de victimización en menor medida) se englobará dentro de las cifras no registradas oficialmente, correspondientes a la cifra negra de la criminalidad.

DUODÉCIMA. Como consecuencia de la consolidación de los procesos de desjudicialización y de la solución del conflicto en el ámbito de la justicia de menores, se apuesta porque el autor de un hecho delictivo y la víctima del mismo puedan encontrar una solución en común al margen del procedimiento tradicional para estos casos. No puede negarse que los sentimientos de abandono, soledad o desprotección son inherentes a las víctimas de un hecho delictivo, pero también son propios de un infractor, y más cuando éste es menor de edad. El discurso en la búsqueda de igualdad entre las partes haciendo partícipes a los miembros de la comunidad, se enmarcaría en el marco de la Justicia Restaurativa. La mediación penal en adultos y en menores es una de las manifestaciones restaurativas más conocidas tanto en España como en Alemania. La heterogeneidad de las investigaciones criminológicas en ambos países evidencia algunos resultados positivos y significativos, como consecuencia de la aplicación de la mediación penal en menores reincidentes. Estas evidencias abogan en la medida de lo posible por una apuesta segura en el proceso de la

desjudicialización, que ayudaría a aunar otros modelos de carácter restaurativo teniendo en cuenta eso sí, los diferentes beneficios pero también las deficiencias.

DECIMOTERCERA. En los intentos por reducir la reincidencia en menores a través de la prevención terciaria, se fomenta una suerte común de intervenir adecuadamente y a tiempo desde las principales instituciones judiciales y sociales tanto nacionales como locales, al igual que desde las organizaciones civiles. Del análisis de esta intervención terciaria en el ámbito penitenciario y postpenitenciario con menores reincidentes en las ciudades de Valencia y Berlín, se concluye que aunque en la ciudad berlinesa se ha ido más allá, aún tendrían que hacerse esfuerzos por parte de los poderes públicos para apostar y garantizar una cobertura completa que incluya una mayor dotación de recursos humanos y materiales al alcance del colectivo de estudio, sobre todo en la ciudad de Valencia. El seguimiento y la colaboración criminológica en los casos de reincidencia limitan esta realidad criminal, por lo que se debe adecuar la intervención educativa y social hacia los menores reincidentes con objeto de crear una visión de prevención más acorde a la realidad de este colectivo.

DECIMOCUARTA. Al ser los derechos de los niños parte de los derechos humanos, van a encajar en el mismo debate legal y moral-filosófico. Sin embargo, la preocupación por éstos se ha rebajado considerablemente al encontrarse regulados en una amplia serie de textos jurídicos internacionales, supranacionales europeos y nacionales. Además de la regulación y aprobación de esos instrumentos normativos, se han creado asimismo diversas instituciones que promueven el respeto de los derechos fundamentales de los menores de edad y concretamente de los menores infractores reincidentes, por medio de la educación y del entrenamiento en aras de la rehabilitación tras el delito. Nada impide sin embargo, que haya vulneraciones o violaciones de derechos, por lo que la supervisión del marco jurídico que ampara al menor infractor reincidente y la supervisión ejercida por ciertos órganos de vigilancia será imprescindible. La detección de los indicadores derivados de la vulneración de derechos, de la vulnerabilidad de los menores o de los efectos negativos por la actuación de las instituciones se justifica para impulsar mejoras en la relación entre el menor y el entramado institucional.

DECIMOQUINTA. La respuesta penal en ambos países se ha ido endureciendo en las legislaciones penales juveniles y sus sucesivas reformas con el paso del tiempo, produciéndose un agravamiento de la pena para la reincidencia juvenil. Si bien es cierto que la

aplicación normativa en menores infractores dista en ocasiones de la práctica penal. Sin embargo, en relación a los menores infractores reincidentes sería bueno quizás adecuar y mejorar ciertas modificaciones referidas al marco sancionador de las legislaciones juveniles española y alemana. Entre otras cosas, porque el rechazo y el miedo social a la reincidencia produce un discurso punitivo que recrudece el debate político y mediático frente al que recae en el delito, imponiéndose para ello medidas más restrictivas, dejando de lado en ocasiones el mensaje garantista construido sobre la dignidad del individuo frente al interés social.

DECIMOSEXTA. La investigación criminológica en España en comparación con otros países de Europa, ha alcanzado cotas bastante altas debido al creciente interés de la criminología en nuestro país. En particular, por el cada vez gran número de estudiantes que quieren cursar los estudios de criminología. También, por los trabajos impulsados desde el ámbito académico y científico, igual que por el apoyo de las instituciones y de los actores sociales. Los futuros retos de la reinserción social del reincidente pasan por fomentar y fortalecer líneas de investigación más innovadoras en el marco de la ciencia criminológica, que faciliten y favorezcan el tránsito hacia una sociedad más humanizada, recuperando la armonía y confianza hacia un menor que ha reincidente, alejándole de la posible estigmatización y de los efectos negativos ocasionados como la victimización terciaria o la *prisionización*.

CONCLUSIONS

FIRST. The legal basis to be of legal age is attributed by the legal systems to uphold the rights and freedoms regarding the age of a person. The transposition of the international standards into domestic Spanish and German law has led to an evolution of the conception of childhood and adolescence with the recognition and fulfillment of their rights. This uniform recognition at all levels affects not only minors of protection, but also minor offenders. The different displays given of the under age acception from different disciplines and approaches strength the interest on them. Without a doubt, the legislative evolution and the consideration of a minor as an individual with rights confirms it. In any case, it is always necessary to promote a better position regarding the protection of minors and in particular minor offenders. This improvement depends on its legal situation taking into consideration a specific scope.

SECOND. The current legal treatment given to the minor in both countries is represented by a prolific legal regulation. All normative regulations are subject to interpretation, and for that reason is appropriate to establish good practices for its legal treatment. The legal and social operators of the juvenile justice system must intervene and protect the juvenile offender by ensuring their rights and respecting their needs. The issues concerning the protection of recidivist juvenile offenders must not be only confined on the law, but also a criteria must be elaborated which is prone to the supervision of such protection. At a wide level (constitutional, civil, criminal, family, labor and social), it is worth highlighting a precise recapitulation from institutions and society to progress and to debate on minors.

THIRD. Despite the willingness of the Spanish and German legislators regarding the legal protection of minors, it is also true that minors are specially vulnerable as a group. Vulnerability is a key element to justify the intervention of the State in order to protect them. There are evidences that minors had suffered by discriminatory behaviours as a result of legal interpretations or in an institutional context. Equality before law implies the rejection of any type of discriminatory where age discrimination can be considered. From that perspective, discriminatory behaviours which can not be reasonably explained and justified are going to be identified as such behaviour. Recidivist juvenile offenders, therefore, have sometimes been rejected by the criminal justice system. It is obvious, indicators can not always be provided to show empirically weighted and verifiable results on concept of discrimination and recidivism.

However, it should not be forgotten that stereotypes and prejudices play an important role in the child/juvenile discrimination field and moreover if it is re-offender.

FOURTH. Numerous criminological theories intentionally explain the relationship between adolescence and criminality emphasizing that crime is a phenomenon which origin is multicausal. In both countries, young criminal behaviour is restricted to specific periods of subject's life. This trend continues nowadays because of a stagnation of juvenile crime data. From a theoretical perspective, re-offending criminal behaviour can not be explained only from a categorical and definitive way, but rather is necessary to approach certain peculiarities and dimensions of the recidivist behaviour. Recidivism is a complex and broad social phenomenon identified and examined by specialized scientific Spanish and German literature, which coincide. Regardless of the explanation for this phenomenon by models/theories it points out into the center of the discussion to reach a better research and great recognition of this group.

FIFTH. History shows that criminal minor offender treatment is regulated in the Spanish LORRPM law (Organic Law 5/2000, regulating the criminal liability of minors) and in the German JGG law («*Jugendgerichtsgesetz*», Youth Courts Act). Both laws are specialized on minors and adolescents which differ from the adult Criminal law. The criminal protection within the juvenile jurisdiction must exercise adequate, fair and equitable legal recognition for juvenile offenders. The formally criminal but materially punitive-educational nature of Spanish juvenile legislation and the educational thinking («*Erziehungsgedanke*») of the German juvenile legislation are representative of the current reforms and legislation development. Some provisions regulated in both legislations, as a consequence of such reforms, are clearly influenced by social, political and media influence. As an example, the hardening and extension of the sanction measures length for re-offenders in the Spanish juvenile criminal law, or the imposition of security custody on dangerous young people who have committed certain serious crimes according in the German juvenile criminal law. It reflects an unquestionably predisposition towards a progressive hardening by the legislator in relation to the system of criminal liability of minors and adolescents. It would be good to join efforts to establish legal appropriate response to the crime for minor recidivists in order to avoid restrictive measures which cause stigma and negative effects, being more vulnerable to

criminal intervention. These formulas should be targeted and aim specifically to this particular group.

SIXTH. The legal reforms in both juvenile Criminal laws revealed the problem of the criminal liability of the minor, and therefore the imputability. The interpretation and the basis of the imputability from doctrinal perspectives shows which conditions to a minor are required depending on the view. Despite of the existence of a majority doctrine in Spain and Germany-but without analyzing them again - the minor maturity is a key element to exempt or grant the imputability, and as a consequence also the culpability. In the case of recidivist offenders, a greater culpability defended by a part of the doctrine could influence on Juvenile Judge's judgment at the moment of making a judicial decision. Although this circumstance modifies the criminal liability of minors, it makes them a higher reproval for the crime.

SEVENTH. The principle of the child's best interest is an indeterminate legal concept considered as a guiding criterion in judicial decisions involving minors. The current comparative study based on contributions of the doctrine, case-law and legislation (although mostly limited to Family law) is interpreted and applicated to other areas where there are specific situations with involved child or young person. Certainly, through several factors such as the age or maturity set up it is specified common elements which are coincident and suitable to be used in the totality of the assumptions of fact. Following this line, any action or solution that does not evaluate the mentioned elements (age and maturity) for a concrete case will be incomplete and with a wrong point of view. This criterion is binding with the protection of the minor in harmony with the respect and the guarantee of his or her development.

EIGHTH. Harmonization of criteria for the assessment about most appropriate minor recidivist needs in terms of their superior interest has to respect and also take into account the interest of other actors who are directly or indirectly involved in crime. This consideration will make possible to adequate measures to each specific case depending of re-offender particularities. The court will evaluate this guiding principle for the imposition and enforcement of the most appropriate sanctioning measures in both countries. The measures will be aimed to the re-education from a child perspective based on the protection to recover itself, staying away from the crime relapse as much as possible. In the end, the interests of the

recidivist minor are connected to the interests of the society, because to promote a peaceful coexistence is required reaching a common good.

NINTH. The situation of criminal records cancellation of minors takes into account the analysis of recidivism in terms of the principle of the best interests of the minor. The primary basis for this cancellation is to prevent the previous conviction from prejudicing subsequent offenses. Thanks to the criminal records cancellation, the effects on youth people are decreased, definitively because they encounter more obstacles than others. In the face of previous convictions, it can be reacted sometimes in a more burdensome way, causing a negative impact going against the paradigm of social reintegration. In Spain and Germany, there is no regulation in the juvenile criminal law regarding of antecedents and recidivism. Besides, there is a controversy related to: the interpretation of cancellation and the reproach given to a specific criminal typology, a stigmatization of re-offenders, barriers to access to the labor market and access to information. In any case, certain cautions should be taken from the interpretation of legal instruments that may be considered for recidivism. These precautions will have to respect the principle of the best interests of the child and provide the process of social reintegration.

TENTH. When a crime is committed by a minor, the social phenomenon of recidivism is presented which other legal figures such as multi-reincidence, habitually and professionalism. These legal terms are regulated by *norms* and are described from a criminological perspective. The differences among these concepts and their basis reveal a problem to concrete and analyze such diversity. The evolution of the term 'recidivism' in the Spanish and German Criminal laws has also a particular story. The development of both systems has provided solutions to regulate or evaluate the recidivism even when has not expressly recognized. The current juvenile criminal legislations contain provisions to assess the recidivism in order to apply the regime and application of measures or also to predict a risk.

ELEVENTH. The most recent criminological studies on juvenile recidivism conducted in Spain and Germany in the clear field («*Hellfeld*») and in the dark field («*Dunkelfeld*») highlighted that the offenders' repeat group is actually small. The scientific evidences shed light on the paradox that, contrary to the public belief, the recidivism among young people has not increased. Besides the deficiencies and methodological differences from each country, the statistical analysis provided by the agencies of formal social control (police, judiciary and

penitentiary) seem to legitimize and provide significant elements in the aforementioned studies.

The statistics issued from the Spanish police do not provide juvenile recidivism data, so the potential collection of these data has to come from regional or municipal level. However, the Police Crime Statistics of Germany are much more exhaustive and therefore valuable, being compiled on the basis of individual data of «*Bundesländer*». The data contain information of young re-offenders, and allow the study in a much more extensive way. The findings related to recidivism in young people revealed a stable progression which correlates with previous years. The Berlin police categorizes repeat young offenders into three different groups known as «*Intensivtäter*», «*Schwellentäter*» and «*Kiezorientierten Mehrfachtäter*» which also show a progressive decrease of recorded recidivism data.

The statistics related to criminal prosecution in Spain and in the Valencian Community portrays a decrease in the number of minor defendants convicted by several criminal offenses when compared within the previous years. In fact, at the national level, it stands out the group of minors convicted twice by previous criminal offenses, although this general trend seems to be falling. The similar findings were observed in Germany and in Berlin. The number of young people and adolescents offenders with criminal records (past criminal history) did not increase in comparison with those who have been convicted only once.

Finally, there is not a unified criterion at national level for the Prison Statistics in our country. Unfortunately, a reliable estimation about juvenile recidivism in the Valencian Community could not be made. Nevertheless, a study was done sampling repeat offenders in a young offender institution in the city of Valencia and presented an increase over the time but not comparable with minor primary offender rates. The rate of reconviction in Germany among young people and adolescent offenders shows a clear decrease in recent years, although the group of adolescents tends to have a higher reconviction rates than minors. Nevertheless, data of Berlin have not been provided separately, despite being clustered in the general statistics.

In any case, statistics of formal social control agencies corroborate things as follow: higher juvenile crime rates corresponds to property crimes, higher activity offenders correlates with age group 16 to 17, the future behavior of the minors get worse with restrictive measures, or the advantage that criminology provides with valuable information about variables associated

with recidivism. All these points are important to elaborate and implement intervention programs to the young reoffenders. Besides possible deficiencies of the official statistics, the contribution of criminological researches has contributed to assess other factors such as: the criminal case (causa base: referida a las medidas o programas impuestos por unos hechos delictivos que ocasionaron la apertura de dicha causa), the measure or measures imposed, the type of criminal offense of the open attorney's file (causa base), the nature of the offenses, etc.

In summary, it is important for both countries to evaluate the official recidivism dimension through quantitative and qualitative methodology. This, leads inexorably to identify and deepen some legal and extralegal factors through the data and studies provided by the police, the judicial system and the penitentiary recidivism, together with the auto-self reports (victimization surveys as well) which should be included as no officially registered data and corresponding to the dark field of criminality.

TWELFTH. As a consequence of the consolidation of the processes of dis-judicialisation and conflict resolution in the juvenile justice field, a common solution between the offender and the victim outside the traditional procedure becomes a key point. It can not be denied that feelings of abandonment, loneliness or lack of protection are inherent on victims, but also on offenders, especially when the offender is a minor. So, focusing the approach on restorative justice we must pay strict attention to members of the community to participate. Criminal mediation process in adults and minors are the most well-known restorative manifestations in Spain and in Germany. The heterogeneity of the criminological researches in both countries show positive and significant findings as a result of the application of criminal mediation process on minor and adolescent reoffenders. These satisfactory evidences are safe values against judicialisation which would help to combine with other models of restorative justice, taking into account the benefits but also the failures.

THIRTEENTH. With the intent to reduce minors' recidivism through tertiary prevention, it is promoted from the main judicial and social institutions at national and local level, as well as from civil organizations, a common way to intercede in a proper and timely way. The analysis of this tertiary intervention in the penitentiary and post-penitentiary areas with minor recidivists in the city of Valencia and Berlin conclude that, although the city of Berlin has gone further, efforts still have to be made by the public authorities. These should guarantee a

complete coverage including more human and materials resources within the reach of the target group, especially in Valencia. Criminological cooperation and follow-up in cases of recidivism limit the criminal reality, so that the educational and social intervention must be adapted to minor reoffenders in order to create a prevention vision more adequate with the reality of this group.

FOURTEENTH. Since the rights of children are also part of human rights, in the same legal and moral-philosophical debate will fit these rights. However, the concern about these rights has been reduced because they have been regulated in a wide range of international, supranational (European) and national legal texts. Besides these regulations and the adoption of these legal instruments, the goal of a new number of institutions is to promote respect for the fundamental minor rights and in particular, juvenile re-offenders, through education and training in rehabilitation after a crime offense. However, the violation of minor rights can happen and for this reason, it will be essential to set up strategies to supervise the legal framework and control through monitoring strategies the rights of young repeat offenders. The evaluation of the indicators derived from the violation of rights, from the vulnerability of minors or from the negative effects by institutional actions is justified to impulse improvements between minors and the institutional framework.

FIFTEENTH. In both countries, the penal response related to the juvenile crime legislation, has been hardened during the last years, resulting in an aggravation of the punishment for juvenile recidivism. Although the legal application on juvenile reoffenders is sometimes away from criminal practice. However, it would be important to adjust and improve certain modifications related to the sanctioning framework of reoffenders in the Spanish and German juvenile legislation. The rejection and social fear to recidivism produces a punitive discourse that intensifies the political and media debate against crime, imposing a more restrictive measures which sometimes leave aside the guarantor message built on individual dignity versus social interest.

SIXTEENTH. When we compared the research in Criminology done in Spain with the research done in other European countries we found that in Spain, the quality of the studies has reached very high levels due to the growing interest about Criminology in our country. In particular, by the increasing number of students who want to study Criminology. Also because of academic and scientific studies and finally by the support promoted by the major

institutions on the field, as well as the social actors. The future challenges of reintegration of young people and adolescents should develop and strengthen more innovative lines of research in the field of Criminology to facilitate and help the transition to a more humanized society, and to restore the harmony and confidence of a re-offended child to avoid stigmatization.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AEBI, M.F. (2008). *Temas de criminología*. Madrid: Dykinson.
- AEBI, M.F., y LINDE, A. (2010). El misterioso caso de la desaparición de las estadísticas policiales españolas. *Revista electrónica de Ciencia Penal y criminología*, 12, 1-30.
- AEBI M.F., AKDENIZ G., BARCLAY G., CAMPISTOL, C., CANEPPELE, S., GRUSZCZYŃSKA, B... & ÞÓRISDÓTTIR, R. (2014). *European Sourcebook of Crime and Criminal Justice Statistics*. Helsinki: Hakapaino Oy.
- AGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA. (2011). *Manual de legislación europea contra la discriminación*. Luxemburgo: Oficina de publicaciones de la Unión Europea.
- AGENCIA GLOBAL DE NOTICIAS. (2008). *Manual de niñez y periodismo. Glosario para el correcto tratamiento de la información sobre infancia y adolescencia*. Asunción: Global Infancia de la Asociación Global.
- AGUADO LÓPEZ, S. (2008). *La multirreincidencia y la conversión de faltas en delito: Problemas constitucionales y alternativas político-criminales*. Madrid: Iustel.
- AGUDO FERNÁNDEZ, E. (2005). Principio de culpabilidad y reincidencia en el Derecho español. (Doctorado). Universidad de Granada, Granada.
- AGUDO FERNÁNDEZ, E., JAÉN VALLEJO, M., y PERRINO PÉREZ, A.L. (2016). *La víctima en la justicia penal. (El Estatuto jurídico de la víctima del delito)*. Madrid: Dykinson.
- AGUILAR VILLUENDAS, V.J. (2007). Ley penal del menor, repercusión en el ámbito penitenciario y SOAJP. *Derecho penitenciario*.
- AGUILERA RULL, A. (2007). Discriminación directa e indirecta. Comparación y crítica del concepto de discriminación en el AGG y en el Proyecto español de la LO para la igualdad efectiva de hombres y mujeres. *InDret*, (1), 1-18.
- AHARONI, E., VINCENT, G.M., HARENSKI, C.L., CALHOUN, V.D., SINNOTT-AMSTRONG, W., GAZZANIGA, M.S. & KIEH, K.A. (2013). Neuroprediction of future rearrest. *Proc Natl Acad Sci USA*, 110(15), 6223–6228.
- AIZPURÚA GONZÁLEZ, E., y FERNÁNDEZ MOLINA, E. (2011). Información, ¿antídoto frente al populismo punitivo? Estudio sobre las actitudes hacia el castigo de los menores infractores y el sistema judicial juvenil. *Revista Española de Investigación Criminológica. REIC*, 9, 1-29.
- AIZPURÚA GONZÁLEZ, E., y FERNÁNDEZ MOLINA, E. (2014). ¿Procedimientos de adultos para delitos mayores? Una aproximación a la opinión pública hacia la transferencia de los menores infractores a tribunales ordinarios. *Revista electrónica de Ciencia Penal y criminología*, 16 (16), 1-18.
- ALÁEZ CORRAL, B. (2003). *Minoría de edad y derechos fundamentales*. Madrid: Tecnos.
- ALBA ROBLES, J.L., AROCA MONTOLÍO, C., y LÓPEZ LATORRE, M.J. (2016). El modelo criminológico de evaluación e intervención para menores en conflicto con la ley. *Archivos de criminología, Seguridad Privada y Criminalística*, 16, 26-55.
- ALBRECHT, P.A. (1990). *El derecho penal de menores*. Traducción por J. BUSTOS.

Barcelona: PPV.

- ALBRECHT, P.A. (2000). *Jugendstrafrecht. (3.Aufl.)*. München: Verlag C.H. Beck.
- ALBRECHT, H.J. (2002) *Ist das Jugendstrafrecht noch zeitgemäß? Gutachten für den 64. Deutschen Juristentag*. Munich: Beck Verlag.
- ALCÓN YUSTAS, M.F. (1998). La protección de los derechos del niño en la constitución española y en las constituciones de nuestro entorno. En J. RODRÍGUEZ TORRENTE (ed.). *El menor y la familia: conflictos e implicaciones*, (pp.189-208). Madrid: Universidad Pontificia Comillas.
- ALCÓN YUSTAS, M.F., y DE MONTALVO JÄÄSKELÄNEN, F. (coords.) (2011). *Los menores en el proceso judicial*. Tecnos: Madrid.
- ALEMÁN BRACHO, C. (2014). Políticas públicas y marco de protección jurídica del menor en España. *UNED. Revista de Derecho político*, (90), 97-134.
- ALLER, G. (2015). *El derecho penal y la víctima*. Montevideo: B de F.
- ALMAZÁN SERRANO, A., e IZQUIERDO CARBONERO, J. (2007). *Manual de derecho penal de menores*. Barcelona: Bosch.
- ALTAVA LAVALL, M.G. (2006). El interés del menor en el proceso penal de menores y jóvenes. En J.L. GONZÁLEZ CUSSAC, y M.G. ALTAVA LAVALL (coords.), *Estudios sobre la responsabilidad penal del menor* (pp. 347-379). Castelló de la Plana: Universitat Jaume I.
- ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, S., y NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P. (2012). El menor infractor y las claves para su tratamiento rehabilitador. Universidad de Santiago de Compostela. *Dereito*, 21(2), 35-61.
- AMICH ELÍAS, C. (2009). Normativa jurídico-penal sobre infancia y juventud delincuente en la dictadura franquista. *Cuadernos de historia del derecho*, (16), 75-109.
- ÁLVAREZ RAMOS, F. (2008). Mediación penal juvenil y otras soluciones extrajudiciales. *International E-journal of Criminal Sciences*, 3(2), 1-26.
- ANARTE BORRALLA, E. (dir.) (2010). *Tendencias de la justicia penal de menores (Una perspectiva comparada)*. Madrid: Iustel.
- ANDRÉS IBAÑEZ, P. (1986). El sistema tutelar de menores como reacción penal reforzada. En F. JIMÉNEZ BURILLO, y M. CLEMENTE DÍAZ (coords.), *Psicología y sistema penal* (pp. 209-228). Madrid: Alianza.
- ANDRÉS PUEYO, A. (2015). ¿Cuántos presos retornan a prisión? Análisis y utilidad de los estudios sobre reincidencia delictiva. *Boletín de la Asociación de Técnicos de Instituciones Penitenciarias*, (31), 1-20.
- ANTOLÍN-SUÁREZ, L., OLIVA DELGADO, A., y ARRANZ FREIJO, E. (2009). Variables familiares asociadas a la conducta antisocial infantil: el papel desempeñado por el tipo de estructura familiar. *Apuntes de Psicología*, 27(2), 1-14.
- AÑÓN ROIG, M.J. (2013). Principio antidiscriminatorio y determinación de la desventaja. *Isonomía*, (39), 1-14.
- ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C. (2002). El concepto de habitualidad en el delito de violencia doméstica. En L. MORILLAS CUEVAS, y C. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ (coords.), *Estudios penales sobre violencia doméstica* (pp.197-238). Madrid: EDERSA.

- ARIAS EIBE, M.J. (2007). *Responsabilidad criminal. Circunstancias modificativas y su fundamento en el Código Penal. Una visión desde la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Barcelona: Bosch.
- ARROYO GIL, A. (2012). Calidad estatal, soberanía y autonomía constitucional y competencia en la República Federal de Alemania: Las Constituciones de los Länder. *REAF*, 16, 30-73.
- ARROYO ZAPATERO, L. (dir.) (1993). *Estudios de criminología I*. Cuenca: Servicio de publicaciones de la Universidad de Castilla-La Mancha.
- ASENCIO MELLADO, J.M., y FUENTES SORIANO, O. (dirs., coords.). *Nuevos retos de la justicia penal*. Madrid: La Ley.
- ASENSIO SÁNCHEZ, M.A. 2006. *La patria potestad y la libertad de conciencia del menor*. Madrid: Tecnos.
- ASÚA BATARRITA, A. (1982). *La reincidencia (su evolución legal, doctrinal y jurisprudencial en los códigos penales españoles del siglo XIX)*. Bilbao: Publicaciones de la Universidad de Deusto.
- AUCEJO NAVARRO, J.M. (2015). *Aproximación criminológica a la delincuencia juvenil y al sistema de justicia juvenil en la provincia de Valencia*. (Tesis Doctoral). Universidad de Valencia, Valencia.
- BAER, S. (2016). *Stärkung der Kinderrechte: Anträge BT-Drs. 18/5103 und 18/6042*. Berlín: Humboldt Universität zu Berlin.
- BAILACH MINGUEL, M.T. (2003). *Estudio de las normas sobre menores y en especial la Ley de Responsabilidad Penal de los menores: LO 7/2000, de 22 de diciembre*. Madrid: Atelier.
- BALES, W. & PIQUERO, A.R. (2012). Assessing the impact of imprisonment on recidivism. *Journal of experimental criminology*, 8(1), 71-101.
- BANNENBERG, B. (1993). *Wiedergutmachung in der Strafrechtspraxis: eine empirisch-kriminologische Untersuchung von Täter-Opfer-Ausgleichsprojekten in der Bundesrepublik Deutschland*. Bonn: Forum-Verl. Godesberg.
- BARBERET, R., FISHER, B. & TAYLOR, H. (2004). *University student safety in the East Midlands. Report 61*. Londres: Home Office.
- BARQUÍN SANZ, J., y CANO PAÑOS, M.A. (2006). Justicia penal juvenil en España: una legislación a la altura de los tiempos. *Revista de derecho penal y criminología*, 18, 37-95.
- BARTSCH, T. (2013). *Eine verpasste Chance?! Zur Reform der Vorschriften über die Sicherungsverwahrung im JGG*. Hannover: ZJJ.
- BARTSCH, S., y STROPPEL, S. (2015). In letzter Sekunde? Stop- Soziales Task Force für offensive Pädagogik. Ein Angebot für minderjährige Mehrfachtäter/innen. In A. LÜTER (coord.). *Prävention auf dem Prüfstand. Evaluationsstudien zu Berliner Maßnahmen und Projekten gegen Jugendgewalt* (pp. 31-40). Berlin: Berliner Forum Gewaltprävention.
- BARRÈRE UNZUETA, M.A. (2003). Igualdad y “discriminación positiva”: un esbozo de análisis teórico-conceptual. *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, (9), 1-27.

- BAYEKSKY, A.F. (1990). The Principle of Equality or Non-Discrimination in International Law. *Human Rights Law Journal*, 11(1-2), 1-34.
- BELAZA, M. (2009). “Era un sufrimiento diario, un horror, el reformatorio a su lado era la gloria”. El País.
- BENÍTEZ JIMÉNEZ, M.J., y RECHEA ALBEROLA, C. (2008). Encuesta de victimización a estudiantes de Castilla-La Mancha: un estudio piloto. En C. RECHEA ALBEROLA, R. BARTOLOMÉ, y M.J. BENÍTEZ JIMÉNEZ (coords.), *Estudios de criminología III*. (pp. 233-260). Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha.
- BENITEZ ORTÚZAR, I.F., y CRUZ BLANCA, M.J. (dirs.) (2010). *El derecho penal de menores a debate: I Congreso Nacional sobre Justicia Penal Juvenil*. Madrid: Dykinson.
- BERISTAIN IPIÑA, A. (2004). *Protagonismo de las víctimas de hoy y mañana (evolución en el campo jurídico penal, prisional y ético)*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- BERISTAIN IPIÑA, A. (2006). ¿Evolucionamos hacia las antípodas del derecho penal y la criminología? ¿Evolucionamos hacia la justicia victimal? *Revista Penal*, 17, 34-58.
- BERNUZ BENEITEZ, M.J. (2005). Justicia de menores española y nuevas tendencias: la regulación del núcleo duro de la delincuencia juvenil. *Revista electrónica de Ciencia Penal y criminología*, 12(1),12-23.
- BERNUZ BENEITEZ, M.J. (2007). La justicia de menores. Referencia especial a la situación actual en España. En I. CAMPOY RIVERA (ed.), *Los derechos de los niños: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas* (pp. 81-112). Madrid: Dykinson.
- BERNUZ BENEITEZ, M.J., y FERNÁNDEZ MOLINA, E. (2008). La gestión de la delincuencia juvenil como riesgo. Indicadores de un nuevo modelo. *Revista electrónica de Ciencia Penal y criminología*, 10-13, 1-20
- BERNUZ BENEITEZ, M.J. (2014a). Legitimidad de la justicia de menores: entre justicia procedimental y justicia social. *Indret*, 1, 1-25.
- BERNUZ BENEITEZ, M.J. (2014b). Posibilidades de la justicia restaurativa en la justicia de menores (española). *Revista electrónica de Ciencia Penal y criminología*, 16-14, 1-27.
- BERRAONDO LÓPEZ, M. (2004). *Los derechos humanos en la globalización. Mecanismos de garantía y protección*. Guipúzcoa: Alberdonia.
- BIRKEL, C., GUZY, N., HUMMELSHEIM, D., OBERWITTLER, D., y PRITSCH, J. (2014). *Der Deutsche Viktimisierungssurvey 2012. Erste Ergebnisse zu Opfererfahrungen, Einstellungen gegenüber der Polizei und Kriminalitätsfurcht*. Freiburg: Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften e.V.
- BETRIÁN CERDÁN, P. (2014). La no discriminación por razón de religión: la discriminación indirecta. En M. RODRÍGUEZ BLANCO, y J. GONZÁLEZ AYESTA (dirs.), *Religión y Derecho internacional* (pp. 513-532). Granada: Comares.
- BLANCO, C. (2006). Estudio histórico y comparado de la legislación de menores infractores. En M. GONZÁLEZ (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje a Marta Morineau Tomo II* (pp. 90-141). México: Instituto de investigaciones jurídicas.

- BLANCO BAREA, J.A. (2008). Responsabilidad penal del menor: principios y medidas judiciales aplicables en el derecho penal español. *Revista estudios jurídicos*, 8, 1-28.
- BLASCO ROMERA, C. (2012). *Descripción y análisis de los factores protectores de adolescentes en la prevención del delito: el perfil del adolescente resistente y las competencias emocionales asociadas*. Barcelona: Centro de Estudios Jurídicos y Formación especializada.
- BLASCO ROMERA, C., FUENTES-PELÁEZ, N., y PASTOR VICENTE, C. (2014). Aproximación a los factores explicativos del desistimiento en jóvenes infractores. *Educació Social. Revista d'Intervenció Socioeducativa*, (58), 186-203.
- BOES, A.D., TRANEL, D., ANDERSON, S.W. & NOPOULOS, P. (2008). Right Anterior Cingulate: a Neuroanatomical Correlate of Aggression and Defiance in Boys. *Behav Neurosci.*, 122(3), 677-684.
- BOERS, K. (2009). Die Kriminologische Verlaufsforschung. In H. J. SCHNEIDER. *Internationales Handbuch der Kriminologie. Band 2: Besondere Probleme der Kriminologie*. Berlin: De Gruyter Recht.
- BOERS, K. (2013). Criminalidad juvenil-desarrollo etario y conexiones explicativas. Resultados del estudio longitudinal de Duisburg. Criminalidad en la ciudad moderna, *Revista de derecho penal y criminología*, 3ª Época (9), 305-328.
- BOGUÑÁ NIETO, M. (2013). *La custodia de Seguridad (Sicherungsverwahrung). 3 cuestiones fundamentales*. (Trabajo de fin de Grado de Derecho). Universitat Pompeu Fabra, Barcelona.
- BOTTOMS, A. (1995). The philosophy and politics of punishment and sentencing. In C.M.V. CLARKSON & R. MORGAN (eds.), *The politics of sentencing reform* (pp. 17-49) Oxford: Clarendon Press.
- BRANDARIZ GARCÍA, J.A. (2014). *El gobierno de la penalidad. La complejidad de la Política criminal contemporánea*. Madrid: Dykinson.
- BRANDARIZ GARCÍA, J.A. (2016). *El modelo gerencial-actuarial de penalidad. Eficiencia, riesgo y sistema penal*. Madrid: Dykinson
- BRAVO ARTEAGA, A., SIERRA M. J., y DEL VALLE, J. F. (2009). Evaluación de resultados de la ley de responsabilidad penal de menores: reincidencia y factores asociados. *Psicothema*, 21(4), 615-621.
- BREEN, C. (2002). *The standard of the best interest of the child*, Dordrecht: Martinus Nijhoff.
- BREEN, C. (2006). *Age discrimination and children's rights: Ensuring equality and acknowledging difference (International studies in Human Rights)*. Boston: Martinus Nijhoff Publishers.
- BRÍGIDO, A.M. (2006). *Sociología de la educación: Temas y perspectivas fundamentales*. Córdoba: Brujas.
- BRINGAS, C., RODRÍGUEZ, F.J., DE LA VILLA, M., PÉREZ, B., y OVEJERO, A. (2012). Comportamiento delictivo reincidente: Análisis diferencial de la variable edad. *Revista Interamericana de Psicología*, 46(3), 365-374.
- BRIZT, G.(2015). Kindesgrundrechte und Elterngrundrecht: Fremdunterbringung von Kindern in der verfassungsgerichtlichen Kontrolle. *FamRZ*, (10),793-888.

- BROŽAITIS, H. (2011). *The evaluation of the impact of the UE instruments affecting children's rights with a view to assessing the level of protection and promotion of children's rights in the EU*. Vilnius: Public Policy and Management Institute.
- BRUNNER, H.G., NELEN, M., BREAKEFIELD, X.O., ROPERS, H.H. & VAN OOST, B.A. (1993). Abnormal behavior associated with a point mutation in the structural gene for monoamine oxidase a. *Science*, 262(5133), 578-580.
- BRUNNER, R. (2001). *Das Jugendstrafrecht an der Wende zum 21. Jahrhundert*. Berlin: De Gruyter Recht.
- BUENO ARÚS, F. (2006). Menor edad: imputabilidad o inimputabilidad "sui generis". Influencia en este punto de la ley orgánica reguladora de la responsabilidad penal del menor. En F. PANTOJA GARCÍA, y F. BUENO ARÚS (dirs.), *Actual doctrina de la imputabilidad penal* (pp. 317-368). Madrid: Consejo General del Poder Judicial.
- BUENO ARÚS, F. (2008). *Nociones de prevención del delito y tratamiento de la delincuencia*. Madrid: Dykinson.
- BUSSE, J. (2001). *Rückfalluntersuchung zum TOA*. Marburg: Universidad de Marburg.
- CACHÓN RODRÍGUEZ, L. (2009). Discriminación e instituciones públicas en España. En G. URRUTIA (ed.), *Derechos humanos y discriminación ¿nuevos o continuos retos?* (pp. 187-219). Gipuzkoa: Alberdania.
- CÁMARA ARROYO, S. (2010). *Internamiento de menores y sistema penitenciario. Volumen I. Premio Nacional Victoria Kent*. Madrid: Ministerio del Interior.
- CÁMARA ARROYO, S. (2011). Justicia juvenil restaurativa: marco internacional y su desarrollo en América Latina. *Revista de Justicia Restaurativa*, (1), 8-52.
- CÁMARA ARROYO, S. (2014). Imputabilidad e inimputabilidad penal del menor de edad. Interpretaciones dogmáticas del artículo 19 CP y tipologías de delincuentes juveniles conforme a su responsabilidad criminal. *ADPCP*, 67, 239-320.
- CAMPOY CERVERA, I. (ed.) (2007). *Los derechos de los niños: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas*. Madrid: Dykinson.
- CANO, F. (2008). La situación en el caso de los menores privados de libertad. En I., RIVERA BEIRAS, y F. CANO. *Privación de libertad y derechos humanos. La tortura y otras formas de violencia institucional en el Estado español* (pp. 263-288). Barcelona: Icaria.
- CANO PAÑOS, M.A. (2002). ¿Es conveniente un endurecimiento del derecho penal juvenil? Una toma de posición crítica. *ADPCP*, 55, 285-317.
- CANO PAÑOS, M.A. (2004). Posibilidades de «Diversión» por parte del Ministerio Fiscal en el derecho penal juvenil alemán. *Revista de derecho penal y criminología, UNED*, (13), 213-267.
- CANO PAÑOS, M.A. (2006). *El futuro del derecho penal juvenil europeo. Un estudio comparado de derecho penal juvenil en Alemania y España*. Madrid: Atelier.
- CANO PAÑOS, M.A. (2007). El marco jurídico y criminológico de la custodia de seguridad (Sicherungsverwahrung) en el derecho penal alemán. *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, (20-21), 647-707.
- CANO PAÑOS, M.A. (2011). ¿Supresión, mantenimiento, o reformulación del pensamiento educativo en el derecho penal juvenil?: Reflexiones tras diez años de aplicación de la

Ley Penal del Menor. *Revista electrónica de Ciencia Penal y criminología*, (13), 1-55.

- CANO PAÑOS, M.A. (2014). Las medidas alternativas a la pena de prisión en el ámbito del derecho comparado. *Revista internacional de doctrina y jurisprudencia*, (8), 1-44.
- CAPDEVILA I CAPDEVILA, M., FERRER PUIG, M., y LUQUE REINA, E. (2005). *La reincidencia en el delito en la justicia de menores*. Barcelona: Centro de Estudios Jurídicos y Formación especializada.
- CAPDEVILLA I CAPDEVILA, M., y FERRER PUIG, M. (2009). *Tasa de reincidencia penitenciaria 2008*. Barcelona: Centro de Estudios Jurídicos y Formación especializada.
- CAPDEVILA I CAPDEVILA, M., y FERRER PUIG, M. (2010). *Tasas de reincidencia 2009 de justicia juvenil. Actualización de la tasa de reincidencia de los jóvenes sometidos a medidas de libertad vigilada e internamiento en centro*. Barcelona: Centro de Estudios Jurídicos y Formación especializada.
- CAPDEVILA I CAPDEVILA, M., FERRER PUIG, M., y BLANCH SERENTILL, M. (2013). *El tiempo en la justicia de menores*. Barcelona: Centro de Estudios Jurídicos y Formación especializada.
- CAPDEVILLA I CAPDEVILA, M. (2015). *Tasa de reincidencia penitenciaria 2014*. Barcelona: Centro de Estudios Jurídicos y Formación especializada.
- CARDENAL MONTRAVETA, S. (2010). La reincidencia en el derecho penal de menores. En D.M. LUZÓN PEÑA (dir.), *derecho penal del Estado Social y Democrático de Derecho. Libro homenaje a Santiago Mir Puig* (pp. 661-684). Madrid: La Ley.
- CARMONA LUQUE, M. del R. (2012). *La Convención sobre los derechos del niño: instrumento de progresividad en el Derecho internacional de los derechos humanos*. Madrid: Dykinson.
- CARUSO FONTÁN, M.V. (2014). *El delincuente imputable y peligroso. Cuestiones de Política criminal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- CARRIL PAN, A. (2001). Soluciones a los problemas actuales de la justicia penal. En J. PICÓ I JUNOY (dir.), *Problemas actuales de la justicia penal. Los juicios paralelos, la protección de testigos, la imparcialidad de los jueces, la criminalidad organizada, los juicios rápidos, la pena de multas...* (pp. 223-236). Barcelona: Bosch.
- CARRILLO, M., RICCI, L.A., COPPERSMITH, M.A. & MELLONI, R.H. (2009). The effect of increased serotonergic neurotransmission on aggression: a critical meta-analytical review of preclinical studies. *Psychopharmacology*, 205(3), 349-368.
- CASTELLANOS DELGADO, J.L. (2015). Estadísticas de protección a la infancia. *Índice*, 21-23.
- CASTRO MORALES, A., y SALINAS FERNÁNDEZ, E. (2016a). Alemania. C. NIETO MORALES (coord.), *La intervención comparada en menores en desprotección y en conflicto con la ley en diferentes países* (pp. 8-16). Madrid: Dykinson.
- CASTRO MORALES, A. (2016b). *Jugendstrafvollzug und Jugendstrafrecht in Chile, Peru und Bolivien unter besonderer Berücksichtigung von nationalen und internationalen Kontrollmechanismen*. Greifswald: Forum Verlag Godesberg.
- CAVADINO, M. & DIGNAN, J. (2005). *Penal Systems: a Comparative Approach*. Londres: SAGE.

- CERDÁ MARTÍNEZ PUJALTE, C.M. (2005). Los principios constitucionales de igualdad de trato y de prohibición de la discriminación: Un intento de delimitación. *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furio Ceriol*, (50/51), 193-218.
- CERVELLÓ DONDERIS, V., y COLÁS TURÉGANO, M.A. (2008). *La responsabilidad penal del menor de edad*. Madrid: Tecnos.
- CERVELLÓ DONDERIS, V. (2009). *La medida de internamiento en el derecho penal del menor*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- CHAHIN, A., y MORALES, S. (2013). *Invertir en igualdad y no discriminación: hacia unas políticas públicas más eficientes e inclusivas*. Madrid: Centro de Publicaciones del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad.
- CHARRO BAENA, P., y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C. (2007). Decálogo jurisprudencial básico sobre igualdad y no discriminación en la relación laboral. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, (3), 77-120.
- CHUNG, H.L. & STEINBERG, L. (2006). Relations between neighborhood factors, parenting behaviors, peer deviance, and delinquency among serious juvenile offenders. *Dev Psychol.* 42(2), 319-331.
- CID MOLINÉ, J. (2007). ¿Es la prisión criminógena? (un análisis comparativo de reincidencia entre la pena de prisión y la suspensión de la pena). *Revista de derecho penal y criminología, UNED*, (19), 427-456.
- CILLERO BRUÑOL, M. (2004). El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los derechos del niño. *Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes*, 1-16.
- CILLERO BRUÑOL, M. (2011). Infancia, autonomía y derechos: una cuestión de principios. *Revista pensamiento penal*, 1-15.
- CIPRIANI, D. (2009). *Children's rights and the minimum age of criminal responsibility: a global perspective*. Oxon: Ashgate.
- CLEMENTE, M. (1997). El menor como objeto de las diferentes diligencias policiales. *EGUZKILORE*, (11), 169-180.
- COCHRAN, J.C. & PIQUERO, A.R. (2011). Exploring Sources of Punitiveness Among German Citizens. *Crime & Delinquency*, 57(4), 544-571.
- COLÁS TURÉGANO, M.A. (2002). Presupuestos de la responsabilidad penal del menor. En V. CERVELLÓ DONDERIS, y M.A. COLÁS TURÉGANO. *La responsabilidad penal del menor* (pp. 15-100). Madrid: Tecnos.
- COLÁS TURÉGANO, M.A. (2006). Aspectos penales característicos de la delincuencia juvenil. En J.L. GONZÁLEZ CUSSAC, y M.L. CUERDA ARNAU (coords.), *Estudios sobre la responsabilidad penal del menor. Colección Estudios jurídicos. N° 9*. (pp. 79-120). Castellón: Universidad Jaume I.
- COLÁS TURÉGANO, M.A. (2011). *derecho penal de menores*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- COLÁS TURÉGANO, M.A. (2015a) Hacia una humanización de la justicia penal: la mediación en la justicia juvenil española. Principios y ámbito aplicativo en la LO 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. *Rev.boliv. de Derecho*, (20), 142-167.
- COLÁS TURÉGANO, M.A. (2015b). Influencia de los medios de comunicación en la Administración de Justicia. A propósito de un caso mediático. Comentario a la

- Sentencia del Juzgado de menores de Sevilla, Núm. I, Sentencia de 24 de marzo de 2011 (ARP 2011, 2870). *Rev. boliv. de derecho*, (19),726-747.
- COMISIÓN EUROPEA (2011). *Derechos de los menores, tal como los ven ellos*. Luxemburgo: Oficina de publicaciones de la Unión Europea.
- COMISIÓN EUROPEA (2014). *Comprender las políticas de la Unión Europea: Justicia, ciudadanía y derechos fundamentales*. Luxemburgo: Oficina de publicaciones de la Unión Europea.
- COURTIS, C. (2010). Dimensiones conceptuales de la protección legal contra la discriminación. *Revista Derecho del Estado*, (24), 105-141.
- COUSO SALAS, J. (2006). *Fundamentos del derecho penal de culpabilidad. Historia, teoría y metodología*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- COUSO SALAS, J. (2012). La especialidad del derecho penal de adolescentes. Fundamentos empíricos y normativos, y consecuencias para una aplicación diferenciada del derecho penal sustantivo. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, (38), 267-322.
- CUELLO CONTRERAS, J.(2000). *El nuevo derecho penal de menores*. Madrid: Civitas.
- CUERDA ARNAU, M. L. (2008) Consideraciones político-criminales sobre las últimas reformas de la Ley Penal del menor. *Doctrina*, (22), 22-32.
- CUERVO, A.L. (2017). Características distintivas de la violencia filio-parental y una imposibilidad de clasificación de los menores maltratadores. *La Ley Penal*, (124), 1-15.
- CUEVAS, C.A., FINKELHOR, D., TURNER, H.A. & ORMROD, R.K. (2007). Juvenile Delinquency and Victimization. A Theoretical Typology. *Journal of Interpersonal Violence*, 22(12), 1581-1602.
- CRUZ Y CRUZ, E. (2010). *Los menores de edad infractores de la ley penal*. (Tesis Doctoral). Universidad Complutense, Madrid.
- CRUZ MÁRQUEZ, B. (2006). *Educación y prevención general en el derecho penal de menores*. Madrid: Marcial Pons.
- CRUZ MÁRQUEZ, B. (2007). *La medida de internamiento y sus alternativas en el derecho penal juvenil*. Madrid: Dykinson.
- CRUZ MÁRQUEZ, B. (2011a). Circunstancia agravante de reincidencia en el derecho penal Juvenil. *Revista de Estudios Jurídicos*, (11), 1-11.
- CRUZ MÁRQUEZ, B. (2011b). Presupuestos de la responsabilidad penal del menor: una necesaria revisión desde la perspectiva adolescente. *AFDUAM*, (15), 241-269.
- CRUZ MÁRQUEZ, B. (2011c). Significado de la reincidencia en el derecho penal de menores: del pronóstico de peligrosidad a la culpabilidad. *Unidad de Defensa Penal Juvenil*, (24), 1-29.
- CRUZ PARRA, J.A. (2014). *La mediación penal. Problemática y soluciones*. Granada: Autopublicación Libros.
- DAVIES, C. (1998). Goffman's Concept of the Total Institution: Criticisms and Revisions. *Human Studies*, 12(1-2), 77-95.
- DAVIS, R. A. (2011). *Social and Economic Costs of Violence: Workshop Summary*. Washington: National Academies Press.

- DEFENSOR DEL PUEBLO (2009). *Centros de protección de menores con trastornos de conducta y en situación de dificultad social*.
- DEFENSOR DEL PUEBLO (2015). *Mecanismo anual de prevención de la tortura. Informe Anual 2015. Anexo IV3.2. Datos larga duración centro menores*.
- DEFFNER, M. (2017). Indikatoren Kriterien für die „elektronische Aufenthaltsüberwachung“. Implikationen aus der polizeilich-operativen Erfahrungen der HEADS-Zentralstelle am Landeskriminalamt Thüringen. *Forensische Psychiatrie, Psychologie, Kriminologie*, 11(1), 53-58.
- DE BARTOLOMÉ CENZANO, J.C. (2012). Sobre la interpretación del interés superior del menor y su transcendencia en el derecho positivo español. *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, (3),46-59.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. (2008) ¿Es posible un modelo compartido de reeducación y reinserción en el ámbito europeo? *Revista electrónica de Ciencia Penal y criminología*, (10-09), 1-36.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., y BLANCO CORDERO, I. (2010). *Menores infractores y sistema penal*. Donostia- San Sebastian: Instituto Vasco de criminología.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. (2014). *IV Plan de justicia juvenil, Tomo I*. Donostia-San Sebastián: Gobierno Vasco.
- DE LA ROSA CORTINA, J.M. (2003). *Los principios del derecho procesal penal de menores: instrumentos internacionales, doctrina de la Fiscalía General del Estado y jurisprudencia*. Trabajo publicado en la revista Tribunales de Justicia. Fiscalía General del Estado.
- DE LA ROSA GUTIÉRREZ, G. (2007). *Imputabilidad y edad penal*.
- DE LOS SANTOS, J. (2016). *Jurisdicción penal de menores*. Lisboa: Juruá.
- DE MORAES RÊGO, N.M. (2014). *La contribución del poder judicial a la protección de los derechos humanos de la tercera generación, especial referencia al derecho al desarrollo*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca.
- DE TORRES PEREA, J.M. (2006). Tratamiento del interés del menor en el Derecho alemán. *Anuario de Derecho Civil*, 59(2), 675-742.
- DE TORRES PEREA, J.M. (2011). Custodia compartida: una alternativa exigida por la nueva realidad social. *Indret*, (4), 1-61.
- DE URBANO CASTRILLO, E., y DE LA ROSA CORTINA, J.M. (2007). *La responsabilidad penal de los menores. Adaptada a la LO 8/2006, de 4 de diciembre*. Navarra: Aranzadi.
- DELGADO CASTRO, J. (2016). Aspectos procesales de la protección de la infancia y la adolescencia. En V. CABEDO MALLOL, y I. RAVETLLAT BALLESTÉ (coords.), *Comentarios sobre las leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y la adolescencia* (pp. 361-380).Valencia: Tirant lo Blanch.
- DEMETRIO CRESPO, E. (1999). *Prevención general e individualización judicial de la pena*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca.
- DEPARTAMENTO DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y JUSTICIA (2015). *Servicio de mediación intrajudicial. (SMI). (Mediación penal). Memoria 2015*.

- DÍAZ MARTÍNEZ, M. (2003). *La instrucción en el proceso penal de menores*. Granada: Colex.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., PÉREZ JIMENEZ, F., GARCÍA RUIZ, S., y GARCÍA PÉREZ, O. (eds.) (2008). *La delincuencia juvenil ante los Juzgados de Menores*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., y GARCÍA ESPAÑA, E. (dirs.) (2009). *Encuesta a víctimas en España*. Málaga: Instituto Andaluz Interuniversitario de criminología.
- DOLLINGER, B., y SCHMIDT-SEMISCH, H. (2011). *Handbuch Jugendkriminalität. Kriminologie und Sozialpädagogik im Dialog*. Wiesbaden: Springer.
- DOLLINGER, B., y SCHABDACH, M. (2013). *Jugendkriminalität*. Wiesbaden: Springer.
- DOLZ LAGO, M.J. (2006). La reforma del derecho penal de menores. En J.L. GONZÁLEZ CUSSAC, y M.G. ALTAVA LAVALL (coords.), *Estudios sobre la responsabilidad penal del menor* (pp. 347-379). Castelló de la Plana: Universitat Jaume I.
- DOLZ LAGO, M.J. (2007). *Comentarios a la Legislación Penal de Menores. Incorpora las últimas reformas legales de la LO 8/2006*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E.M. (2010). El interés superior del menor y la proporcionalidad en el derecho penal de menores: contradicciones en el sistema. En I.F. BENÍTEZ ORTÚZAR, y M.J. CRUZ BLANCA (eds.), *derecho penal de menores a debate* (pp. 80-100). Madrid: Dykinson.
- DOWDEN, C. & BROWN, S.L. (2008). The role of substance abuse factors in predicting recidivism: A Meta-analysis. *Psychology, Crime and Law*, 8(3), 243-264.
- DÖLLING, D., HARTMANN, A., y TRAUlsen, M. (2002). Legalbewährung nach TOA im Jugendstrafrecht. *MSchrKrim*, 185-193.
- DUCE, M., y COUSO, J. (2012). El derecho a un juzgamiento especializado de los jóvenes infractores en el derecho comparado. *Polit. Crim.*, 7(13), 1-73.
- DÜNKEL, F. y GENG, B. (2003). Fakten zur Überbelegung im Strafvollzug und Wege zur Reduzierung von Gefangenenraten. *Neue Kriminalpolitik*, 146-149.
- DÜNKEL, F. (2006). Juvenile Justice in Germany: Between Welfare and Justice. In J.T., JOSINE & S. H., DECKER (eds.), *International Handbook in Juvenile Justice* (pp. 225-262). Países Bajos: Springer.
- DÜNKEL, F. (2008). El futuro de la justicia juvenil: perspectivas europeas. *Justicia y Derechos del niño*, (10), 63-95.
- DÜNKEL; F. (2011). *Juvenile justice systems in Europe: current situation and reform developments 2nd Revised edition*. Mönchengladbach: Forum Vorlag Godesberg.
- DÜNKEL, F., y CASTRO, A. (2012). Reglas Europeas para infractores menores de edad sometidas a sanciones o medidas. *Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica*, (4), 93-122.
- DÜNKEL, F. (2013). Jugendgerichtsbarkeit im europäischen Vergleich. In G. ESSER. *Festschrift für Hans-Heiner Kühne zum 70. Geburtstag*. Heidelberg: C.F. Müller.
- DÜNKEL, F., GENG, B., y VON DER WENSE, M. (2015a). Entwicklungsdaten zur Belegung, Öffnung und Lockerungspraxis im Jugendstrafvollzug. *Zeitschrift für Jugendkriminalrecht und Jugendhilfe, ZJJ*, (26), 229-344.

- DÜNKEL, F., HORSFIELD, P. & PĂROȘANU, A. (eds.) (2015b). *Research and selection of the most effective juvenile restorative justice practices in Europe: Snapshots from 28 EU Member States*. Bruselas: International Juvenile Justice Observatory.
- DÜNKEL, F. (2016). *Youth justice in Germany*. Oxford: Oxford Handbooks Online.
- EILEEN, P., RYAN, D.O. & REDDING, R.E. (2004). A review of mood disorders among juvenile offenders. *Psychiatric Services*, 55(12),1397-1407.
- ELÍAS MÉNDEZ, C. (2001). La protección de los menores de edad en Alemania desde una perspectiva constitucional. *Revista de Estudios políticos (Nueva Época)*, (111), 101-140.
- ELÍAS MÉNDEZ, C. (2003). El menor de edad en la Carta Social Europea. *Revista de Derecho*,2, 1-27.
- EL INSTITUTO (1996). *Novedades económicas. 191-198*. Texas: Universidad de Texas.
- ENTORF, H. (2012). Expected recidivism among young offenders: Comparing specific deterrence under juvenile and adult criminal law. *European Journal of Political Economy*, 28, 414-429.
- ESCOBAR, G. (dir.) (2005). *Niñez y adolescencia: III Informe sobre derechos humanos*. Madrid: CICODE.
- ETTELT, W. (2008). El derecho penal para menores alemán considerando las actuales propuestas de reforma. En D. VARGAS. *Actas del II Symposium internacional sobre justicia juvenil y del I Congreso europeo sobre programas de cumplimiento de medidas judiciales para menores. Tomo I* (pp. 255-261). Sevilla: Universidad de Sevilla. Secretariado de publicaciones.
- EUROPEAN COMMITTEE OF THE REGIONS (2010). *Local regional cooperation to protect the rights of the child in the European Union*. Bruselas: EU Book shop.
- EUROPEAN COMMISSION. (2012). *Special Eurobarometer EBS 393.Discrimination in the EU in 2012*, 1-238.
- EUROPEAN COMMISSION. (2015). *Special Eurobarometer EBS 437.Discrimination in the EU in 2015*, 1-396.
- FARIÑA, F., GARCÍA, P.A., y VILARIÑO, M. (2010). Autoconcepto y procesos de atribución: estudio de los efectos de protección/riesgo frente al comportamiento antisocial y delictivo, en la reincidencia delictiva y en el tramo de responsabilidad penal de menores. *Revista de investigación en educación*, (7), 113-121.
- FARRALL, S. & MARUNA, S. (2004). Desistance-focused criminal justice policy research: Introduction to a special issue on desistance from crime and public policy. *The Howard Journal of Criminal Justice*, 43(4), 358-367.
- FARRINGTON, D. P. (1986) Age and crime. *Crime and justice: An annual review of research*, (7), 189-250.
- FARRINGTON, D.P. (1992). Criminal career research in the United Kingdom. *British Journal of Criminology*, (32), 521-536.
- FARRINGTON, D.P (2005). Introduction to integrated developmental and life-course theories of offending. In D. P. FARRINGTON (ed.), *Advances in criminological theory, Integrated developmental and life-course theories of offending* (pp. 1-14). New Brunswick, NJ y Londres: Transaction Publishers.

- FAZEL, S. & WOLF, A. (2015). A Systematic Review of Criminal Recidivism Rates Worldwide: Current Difficulties and Recommendations for Best Practice. *PLoS One*,10(6), 1-8.
- FELSON, M. & CLARKE, R.V. (1998). *Opportunity Makes the Thief. Practical theory for crime prevention*. Police Research Series, 98. Londres: Home Office.
- FERNÁNDEZ MOLINA, E. (2008). *Entre la educación y el castigo: un análisis de la justicia de menores*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- FERNÁNDEZ MOLINA, E. (2012).El internamiento de menores: una mirada hacia la realidad de su aplicación en España. *Revista electrónica de Ciencia Penal y criminología*,14-18.
- FERNÁNDEZ TESORO, C. (2014). *La protección contemporánea de los derechos de la infancia en Europa: regulación jurídica y práctica del Consejo de Europa y la Unión Europea*. Madrid: CEIB.
- FERREIRÓS MARCOS, C-E., SIRVENT BOTELLA, A., SIMONS VALLEJO R., y AMANTE GARCÍA, C. (2011). *La mediación en el derecho penal de menores*. Madrid: Dykinson.
- FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO (2015). *Revista del Ministerio Fiscal, nº 0*. Madrid: Fiscalía General del Estado.
- FISCALÍA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO (2016). *Memoria 2016 (ejercicio 2015)*. País Vasco: Fiscalía de la Comunidad Autónoma del País Vasco.
- FLORES, J. L. (2002). Naturaleza e historia de los derechos humanos. *Revista Espiga*, 3(5), 1-14.
- FREDMAN, S. (2004). The age of equality. In S. FREDMAN & S. SPENCER (eds.), *Age as an equality issue: legal policy perspectives* (pp. 21-69). Oxford: Hart Publishing.
- FUCHS, M., BAUR, N., LAMNEK, S., y LUEDTKE, J. (2009). *Gewalt an Schulen. 1994 - 1999 -2004*. Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften.
- FUENTES OSORIO, J.L. (2005). Los medios de comunicación y el derecho penal. *Revista electrónica de Ciencia Penal y criminología*, (16), 1-51.
- GARCÍA DÍEZ, M., y FERNÁNDEZ ARIAS, C. (2011). Régimen interno y potestad disciplinaria aplicable en los centros de internamiento de menores con medidas judiciales. Experiencias prácticas y correcta interpretación y aplicación del reglamento de menores. *IPSE-ds*,4, 33-56.
- GARCÍA ESPAÑA, E. (2001). Menores de edad y registros policiales. *Revista de derecho penal y de criminología*, 2ª Época, 8, 295-307
- GARCÍA ESPAÑA, E., GARCÍA PÉREZ, O., BENÍTEZ JIMÉNEZ, M.J., y PÉREZ JIMÉNEZ, F. (2011). Menores reincidentes y no reincidentes en el sistema de justicia juvenil andaluz, *Alternativas*, 18(21),35-55.
- GARCÍA ESPAÑA, E., y DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. (dirs.) (2013). *La Administración de Justicia según los datos. Especial referencia a la jurisdicción penal*. Málaga: Instituto Andaluz Interuniversitario de criminología.
- GARCÍA GARCÍA, J., ORTEGA CAMPOS, E. & LA FUENTE SÁNCHEZ, L. (2010). Juvenile offenders recidivism in Spain. A quantitative revision. In M. FRÍAS

- ARMENTA & V. CORRAL VERDUGO (eds.), *Bio-psycho-social perspectives on interpersonal violence* (pp. 333-353). Nueva York: Nova Science Publishers.
- GARCÍA HERNÁNDEZ, G. (2013). Equipo técnico y medidas judiciales. En *Seminario especialización en menores: protección y reforma*. Ponencias de formación continuada.
- GARCÍA JIMÉNEZ, M. E. (1998). *El Convenio Europeo de Derechos Humanos en el umbral del siglo XXI*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. (1994). *criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos para juristas*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. (2012). *Introducción al derecho penal. Instituciones, fundamentos y tendencias del derecho penal. Volumen I. Quinta Edición*. Madrid: Fundación Ramón Areces.
- GARCÍA PÉREZ, O. (2000). La evolución del sistema de justicia penal juvenil. La Ley de Responsabilidad Penal del Menor de 2000 a la luz de las directrices internacionales. *Actualidad Penal*, (32).
- GARCÍA PÉREZ, O. (dir.) (2008). *La delincuencia juvenil ante los juzgados de menores*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- GARCÍA PÉREZ, O. (2010). La práctica de los Juzgados de Menores en la aplicación de las sanciones, su evolución y eficacia. *Revista electrónica de Ciencia Penal y criminología*, 12(12), 1-36.
- GARCÍA RIVAS, N. (2005). Aspectos críticos de la legislación penal del menor. *Revista Penal*, 16, 88-105.
- GARCÍA SALGADO, M.J. (2003). Determinar lo indeterminado: sobre cláusulas generales y los problemas que plantean. *Anuario de filosofía del derecho*, (20), 105-130.
- GARRIDO MEDINA, L. (1981). Notas sobre adolescencia y sociología. *Revista de Estudios de Juventud*, (4), 99-109.
- GARRIDO GENOVÉS, V. (1984). *Delincuencia y sociedad*. Madrid: Mezquita.
- GERNHUBER, J. y COESTER-WALTJEN, D. (1994). *Lehrbuch des Familienrechts*. Munich: C.H. Beck.
- GENERALITAT CATALANA. DIRECCIÓ GENERAL D'EXECUCIÓ PENAL A LA COMUNITAT I JUSTÍCIA JUVENIL (2015). *Models integrats de justícia restaurativa per a víctimes i joves. forme sobre les estratègies per aconseguir un sistema equilibrat entre víctimes i joves: Catalunya*. Generalitat de Catalunya: Departament de Justícia.
- GERNHUBER, J. y COESTER-WALTJEN, D. (1994). *Lehrbuch des Familienrechts*. Munich: C.H. Beck.
- GERMÁN MANCEBO, I. y OCÁRIZ PASSEVANT, E. (2009). Menores infractores/menores víctimas: hacia la ruptura del círculo victimal, *Eguzkilore*, 23, 287-300.
- GIMÉNEZ GLUCK, D. (2004). *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*. Barcelona: Bosch.
- GIMÉNEZ-SALINAS, A. y DE LA CORTE IBÁÑEZ, L. (eds.) (2016). Crimen organizado. En M.F. AEBI, A. CEREZO DOMÍNGUEZ, L. DE LA CORTE IBÁÑEZ y A.

- GIMÉNEZ-SALINAS. *Aspectos esenciales de la criminología actual* (pp. 177-250). Barcelona: UOC.
- GIMÉNEZ-SALINAS I COLOMER, E. (1999). *Legislación de menores en el siglo XXI: análisis de derecho comparado*. Madrid: Estudios de Derecho Judicial.
- GODAR, S.C., FITE, P.J., MCFARLIN, K.M. & BORTOLATO, M. (2016). The role of monoamine oxidase in aggression: current translational developments and future challenges. *Prog Neuropsychopharmacol Biol Psychiatry*, 1(69),99-100.
- GÓMEZ DE LIAÑO POLO, C. (2016). Garantías procesales de menores sospechosos o acusados en proceso penales. *Crónica de legislación*, 4, 182-185.
- GÓMEZ RIVERO, M. C. (2010) Una vuelta de tuerca más: la LO 8/2006, modificadora de la LO 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. En E. ANARTE BORRALLO (dir.), *Tendencia de la justicia penal de menores: una perspectiva comparada* (pp. 97-138). Madrid: Iustel.
- GÓMEZ TOMILLO, M. (dir.) (2010). *Comentarios al Código Penal*. Valladolid: Lex Nova.
- GOTTFREDSON, M.R. (2006). Una teoría del control explicativa del delito. En F. BUENO ARÚS, J.L. GUZMÁN DALBORA, y A. SERRANO MAÍLLO (coords.), *derecho penal y criminología como fundamento de la política criminal: estudios en homenaje al profesor Alfonso Serrano Gómez* (pp. 333-345). Madrid: Dykinson.
- GÖRGEN, T., RABOLD, S., y HERBST, S. (2006). *Viktimisierungen im Alter und in der häusliche Pflege: Wege in ein schwieriges Forschungsfeld. Befragungsinstrumente der Studie „Kriminalität und Gewalt im Leben alter Menschen“*. Hannover: Kriminologisches Forschungsinstitut Niedersachsen e.V.
- GRACIA MARTÍN, L. (coord.) (2016). *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- GRAF, W. (1997). *Rasterfahndung und organisierte Kriminalität*. Mönchengladbach: Forum Verlag Godesberg.
- GRAÑA GÓMEZ, J.L., GARRIDO GENOVÉS, V., y GONZÁLEZ CIEZA, L. (2007). *Reincidencia delictiva en menores infractores en la Comunidad de Madrid: Evaluación, características delictivas y modelos de predicción*. Madrid: Agencia para la reeducación y reinserción del menor. Biblioteca virtual.
- GRASNICK, W. (1987). *Über Schuld, Strafe und Sprache*. Tübingen: J.C.B. Mohr.
- GUILLÉN, R. (2014). El interés del menor como límite a la patria potestad. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo. 26/2013, de 5 de febrero (RJ 2013,928). *Rev. bol. de derecho*, (19), 758-767.
- GUISASOLA LERMA, C. (2008). *Reincidencia y delincuencia habitual: regulación legal, balance crítico y propuesta de lege ferenda*. Madrid: Dykinson.
- GUTIÉRREZ RIVAS, R. (2014). *La categoría de discriminación y su relación con el paradigma de los derechos humanos: un apunte crítico*. México: Instituto de investigaciones jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México.
- GÜNZEL, S. (2001). *Die geschichtliche Entwicklung des Jugendstrafrechts und des Erziehungsgedankens*. Marburg: Tectum.
- HAGEMANN, O. (2008). *Erster Zwischenbericht über Gemeinschaftskonferenzen in Elmshorn*. Norderstedt: Kriminalpräventiven Rat der Stadt Elmshorn.

- HARRENDORF, S. (2007). *Rückfälligkeit und kriminelle Karrieren von Gewalttätern. Ergebnisse einer bundesweiten Rückfalluntersuchung*. Göttingen: Universität Göttingen.
- HARTMAN, A., SCHMIDT, M., EDE, K., y KERNER, H-J. (2014). *Täter-Opfer Ausgleich in Deutschland. Auswertung der bundesweiten Täter-Opfer-Ausgleichs-Statistik für die Jahrgänge 2013 und 2014*. Berlin: Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz.
- HASSEMER, W., y MUÑOZ CONDE, F. (2012). *Introducción a la criminología y a la Política criminal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- HAVA GARCÍA, E., y RÍOS CORBACHO, J.M. (2004). Las medidas aplicables a menores en la ley 5/2000. En L.R. RUÍZ RODRÍGUEZ, y J.I. NAVARRO GUZMÁN (coords.), *Menores. Responsabilidad penal y atención psicosocial* (pp.145-170). Valencia: Tirant lo Blanch.
- HAYS, H. (2005). Assessing reoffending in restorative justice conferences. *Australian and New Zealand Journal of Criminology*, 38(1), pp. 77-101.
- HEIDE, O. (2013). *Jugenddelinquenz in Berlin Jahrbericht 2014*. Berlin: Der Polizeipräsident in Berlin Landeskriminalamt Zentralstelle für Prävention.
- HEILMANN, S. (2015). *Kinderrechte in der aktuellen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesgerichtshofs*. Frankfurt am Main.
- HEINZ, W., SPIEB, G., y STORZ, R. (1988). Prävalenz und Inzidenz strafrechtlicher Sanktionierung im Jugendalter. Ergebnisse einer Untersuchung von zwei Sanktioniertenkohorten anhand von Daten des Bundeszentralregisters. *Kriminologische Forschung in der 80er Jahren*. (Projektberichte aus der Bundesrepublik Deutschland). *Freiburg Eigenverlag*, 35(2), 631-661.
- HEINZ, W. (2008). *Das strafrechtliche Sanktionensystem und die Sanktionierungspraxis in Deutschland 1882 - 2006. Stand: Berichtsjahr 2006 Version: 1/2008*.
- HEINZ, W. (2016). *Kriminalität und Kriminalitätskontrolle in Deutschland*. Konstanz: Konstanzer Inventar Sanktionsforschung.
- HERBERGER, S. (2000). *Wirksamkeit von Sanktionsandrohungen gegenüber Kindern, Jugendlichen und Heranwachsenden im Hinblick auf Normbegräftigung und normkonformes Verhalten. Analyse des möglichen Beitrags des Strafrechts zur Normbegräftigung unter Berücksichtigung von Aspekten*. Aachen: Shaker Verlag.
- HERNÁNDEZ DE FRUTOS, T. (2006). Estratificación social y delincuencia. Cuarenta años de discrepancias sociológicas. *Revista Internacional de Sociología*, 64(45), 199-232.
- HERRERO HERRERO, C. (2005). *Delincuencia de menores: tratamiento criminológico y jurídico*. Madrid: Dykinson.
- HERRERO HERRERO, C. (2007a). *criminología (Parte General y Especial)*. Madrid: Dykinson.
- HERRERO HERRERO, C. (2007b). *Política criminal integradora*. Madrid: Dykinson.
- HERRERO HERRERO, C. (2011). *Fenomenología criminal y criminología comparada*. Madrid: Dykinson.
- HERRERA MORENO, M. (2014). ¿Quién teme la victimidad? El debate identitario en Victimología. *UNED. Revista de derecho penal y criminología*, (12), 343-404.

- HERRERO YUSTE, M.N. (2003). Adolescencia, grupo de iguales, consumo de drogas, y otras conductas problemáticas. *Estudios de juventud*, (62), 81-91.
- HINZ, M. (1992) *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB. Band 9. Familienrecht II §§ 1589-1921, SGBVIII. §1666*, núm.23. Munich: C.H. Beck.
- HODGINS, S. (2008). Violent behaviour among people with schizophrenia: a framework of investigations of causes, and effective treatment, and prevention. *The Royal Society*, (363), 2505-2518.
- HORST, E & SPENGLER, H. (1998). Socio-economic and demographic factors of crime in Germany: evidence from panel data of the German states. *ZWB*, (98-16).
- HOSSER, D., WINDZIO, M. & GREVE, W. (2008). Guilt and Shame as Predictors of Recidivism: A Longitudinal Study With Young Prisoners. *Criminal Justice and Behavior*, 35(1), 138-152.
- HOWELL, J.C. (2009). *Preventing and reducing juvenile delinquency: a comprehensive framework*. California: SAGE.
- IBAÑEZ PEINADO, J. (2013). *Métodos, técnicas e instrumentos de la investigación criminológica*. Madrid: Dykinson.
- INFANTE RUÍZ, F.J. (2008). La protección contra la discriminación mediante el derecho privado. *Indret*, (2), 1-17.
- JACOB, A. (2011). *Economic theories of crime and delinquency*. *Journal of human behavior in the social environment*, (21), 270-283.
- JACOBS, J.B. & LARRAURI PIJOAN, E. (2016). European Criminal Records and Ex-Offender Employment. *Oxford Handbooks Online*, 1-27.
- JACOMY-VITÉ, S. (2010). *The social reintegration of young offenders as a key factor to prevent recidivism*. Bruselas: International Juvenile Justice Observatory.
- JAMES, M. & VAN BUEREN, C. (2010). *Local regional cooperation to protect the rights of the child in the European Union*. Bruselas: European Union Book Shop.
- JANSEN, I., RÜTING, W. y SCHIMKE, H-J. (2005). *Anwalt des Kindes*. Berlin: Waxmann.
- JEHLE, J-M., HEINZ, W., y SUTTERER, P. (2003). *Legalbewährung nach strafrechtlichen Sanktionen. Eine kommentierte Rückfallstatistik*. Berlin: Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz.
- JEHLE, J-M., ALBRECHT, H-J., HOHMANN-FRICKE, S., y TETAL, C. (2016). *Legalbewährung nach strafrechtlichen Sanktionen Eine bundesweite Rückfalluntersuchung 2010 bis 2013 und 2004 bis 2013*. Mönchengladbach: Forum Verlag Godesberg.
- JELLINEK, W. (1913). *Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung*. Tübingen.
- JENSEN, E.L. & EILERS, S. (2005). An Annotated Bibliography on Diversion, Restorative Justice, and Least Restrictive Alternatives. In J.J. SORENSEN & J. JEPSEN (eds.), *Juvenile Justice in Transition: Bringing the Convention on the Rights of the child to Work in Africa and Nepal* (pp. 284-298). Copenhagen: Danish Institute for Human Rights.

- JIMENA QUESADA, L. (2010). La protección de los grupos vulnerables por el Consejo de Europa. En S. SANZ CABALLERO (ed.), *Colectivos vulnerables y derechos humanos. Perspectiva Internacional* (pp.15-42). Valencia: Tirant lo Blanch.
- JIMÉNEZ DÍAZ, M. J. (2010). Edad y menor. En L. MORILLAS CUEVAS (dir.), y J. SUÁREZ LÓPEZ (coords.), *El menor como víctima y victimario de la violencia social (Estudio jurídico)* (pp. 33-72). Dykinson: Madrid.
- JIMÉNEZ DÍAZ, M. J. (2015). Menores y responsabilidad penal: El debate se reabre. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, (49), 155-179.
- JOSÉ SANZ, A. (2007). El tratamiento del delincuente habitual. *Polít. Crim.*, 4,1- 16.
- KATSIYANNIS, A., RYAN, J.B., ZHANG, D. & SPANN, A. (2008). Juvenile delinquency and recidivism: the impact of academic achievement. *Reading & Writing Quarterly*, 24(2), 177-196.
- KEMPFER, K., y RÖSSNER, D. (2008). *Erfolg-Reich TOA-erreichbare Erfolge. Ausgleichende Gerechtigkeit und der Wind des Wandels*. Hannover: Servicebüro für Täter-Opfer-Ausgleich und Konfliktschlichtung.
- KERNER, H.-J., HARTMANN A., y LENZ, S. (2005). *Täter-Opfer-Ausgleich in der Entwicklung: Auswertung der bundesweiten Täter-Opfer-Ausgleichsstatistik für den Zehnjahreszeitraum 1993-2002*. Mönchengladbach: Bundesministerium der Justiz.
- KERNER, H-J. (2006) Young delinquents and youth at risk: Data and reflections about a complex problem with regard to community level crime prevention efforts. *Resource Material Series*, (68),52-74.
- KILKELLY, U. (2004). Children´s rights: a European perspective. *Judicial Studies Institute Journal*, 4(2), 68-95.
- KOPP, A., y SCHUBARTH, W. (2014). Das Phänomen jugendliche „Intensivtäter“-Konstruktionsprozesse und Wechselwirkungen im Kontext von Medien, Kriminalpraxis und Forschung. In A. GROENEMEYER, y D. HOFFMANN (eds.), *Jugend als soziale Problem-soziale Probleme der Jugend? Diagnosen, Diskurse und Herausforderungen* (pp. 353-369). Weinheim und Basel: Beltz Juventa.
- KÖSTER, T. (1997). *Sorgenrecht und Kindeswohl- Ein Vorschlag zur Neuregelung des Sorgerechts*. Frankfurt a. M.: Lang.
- KRAUS, L., y ROLINSKI, K. (1992). Rückfall nach Soziale Training auf der Grundlage offiziell registrierte Delinquenz. *M SchrKrim*, (75), 32-46.
- KREBS, A. (1956). *Probleme der Behandlung Rückfälliger in der Strafanstalt. Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*. 68 Band, II Heft. Berlin: De Gruyter Recht.
- KRÖBER, H-L., DÖLLING, D., LEYGRAF, N., y SASS, H. (2009). *Handbuch der Forensischen Psychiatrie. Band 5. Forensische Psychiatrie im Privatrecht und Öffentlichen Recht*. Heidelberg: Steinkopff Verlag.
- KURY, H. & SHEA, E. (eds.) (2011). *Punitivity. International development. Vol.2: Insecurity and Punitiveness*. Bochum: Universitätsverlag Dr. Brockmeyer.
- LAMARCA ITURBE, I., y BARCELÓ GALDÁCANO, F. (2006). Personas menores en situaciones de especial vulnerabilidad: retos para una intervención eficaz. *Revista de Psicodidáctica*, 11 (1), 25-36.
- LANDROVE DÍAZ, G. (1986). *La moderna Victimología*. Valencia: Tirant lo Blanch.

- LANDROVE DÍAZ, G. (2000). Marco operativo de la Ley orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores. *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, (4), 1667-1673.
- LANDROVE DÍAZ, G.(2001). *derecho penal de menores*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- LANDROVE DÍAZ, G. (2007). *Introducción al derecho penal de menores*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- LANG JEE-YEON, K. & LEHMANN, K. (2011). Racial discrimination in the labor market:theory and empirics. *NBER Working Paper*,1-72.
- LARRAURI PIJOAN, E. (2015). Antecedentes penales. *Economía. Revista en Cultura de la Legalidad*, (8), 153-159.
- LAUBENTHAL, K. (2015). *Historische Entwicklung des JGG*. Heidelberg: Springer.
- LAWRENCE, R. (1985). School performance, containment therapy, and delinquent behavior. *Youth and Society*, (17), 69-95.
- LÁZARO GONZÁLEZ, I. (coord.) (2002). *Los menores en el derecho español*. Madrid: Tecnos.
- LEE, D. S. & MCCRARY, J. (2005). *Crime, punishment, and myopia*.Cambridge, MA: NBER, 1-58.
- LEIBHOLZ, G., RINCK, H.J., y HESSELBERGER, D. (2005). *Grundgesetz, Loseblattsammlung, Bd. I, 43*. Köln: Beck.
- LIEBEL, M., y MARTÍNEZ MUÑOZ, M. (coords.) (2009). *Infancia y derechos humanos: hacia una ciudadanía participante y protagónica*. Lima: IFEJANT.
- LIEBEL, M. (2010). Diskriminiert, weil sie Kinder sind: ein blinder Fleck im Umgang mit Menschenrechten. *Diskurs Kindheits- und Jugendforschung*, 5(3), 307-319.
- LIEBEL, M. & FRANKEL, S. (2012). *Children´s Rights from Below:cross-cultural perspectives*. UK: Palgrave Macmillan.
- LIEBEL, M. (2015a). *Kinderinteressen. Zwischen Paternalismus und Partizipation*. Weinheim: Beltz Juventa.
- LIEBEL, M. (2015b). Sobre el interés superior de los niños y la evolución de las facultades. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, (49), 43-61.
- LINDE PANIAGUA, E. (2009). Las fuentes del derecho comunitario. En P. MELLADO PRADO, E. LINDE PANIAGUA, y M. GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA. *Instituciones de derecho comunitario* (pp. 281-340). Madrid: Colex.
- LOEBER, R., FARRINGTON, D., y REDONDO ILLESCAS, S. (2011). La transición desde la delincuencia juvenil a la delincuencia adulta. *Revista Española de Investigación Criminológica, Monografía, 1(9)*, 1-41.
- LÓPEZ FERRI, P.J. (2007). Los menores y la reincidencia en el delito: el caso de la Colonia San Vicente Ferrer. (DEA, sin publicar). Universidad de Valencia, Valencia.
- LUBERTO, S., ZAVATTI, P. & GUALANDRI, G. (2011). Mental illness and criminality: a study of a sample of psychiatric out-patients. In S. REDONDO ILLESCAS, V. GARRIDO GENOVÉS, J. PÉREZ & R. BARBERET (coords.), *Advances in Psychology and Law* (pp. 301-311). Berlin: De Gruyter Recht.

- LÖSEL, F. (1995). The efficacy of correctional treatment: A review and synthesis of meta-evaluations. In J. MCGUIRE (ed.), *What works: Reducing reoffending* (pp. 79-111). UK: John Wiley.
- LÖSEL, F., y BLIESENER, T. (2003). *Aggression und Delinquenz unter Jugendlichen. Untersuchungen von kognitiven und sozialen Bedingungen*. Wiesbaden: Luchterhand.
- BLIESENER, T. y THOMAS, J. (2015). Ist eine Strafverschärfung nach Rückfall sinnvoll und notwendig? En T. ROTSCH, J. BRÜNING y JAN SCHADY (eds.), *Strafrecht - Jugendstrafrecht - Kriminalprävention in Wissenschaft und Praxis* (pp. 73-88). Baden-Baden: Nomos.
- LÜDKE NARDI, F., y DALBOSCO DELL'AGLIO, D. (2010). Delinquência juvenil: uma revisão teórica. *Acta Colombiana de Psicología*, 13(2), 69-77.
- LÜTHER, A., y SCHROER-HIPPEL, M. (2015). *Gewaltpräventive Arbeit mit gefährdeten und straffälligen jungen Menschen. Vier Projektevaluationen*. Berlin: Arbeitsstelle Jugendgewaltprävention im Auftrag der Landeskommision Berlin gegen Gewalt.
- MACHADO RUÍZ, M.D. (2002). *La discriminación en el ámbito de los servicios públicos: análisis del art. 511 CP*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- MACHADO RUIZ, M. D. (2003). Minoría de edad e imputabilidad penal. *Actualidad Penal*, (1), 93-137.
- MADRID VIVAR, D., MAYORGA FERNÁNDEZ, M.J., y RODRÍGUEZ GARCÍA, A. (2009). *Los menores en un Estado de Derecho: normativa Internacional, nacional y autonómica. Prevención de la delincuencia infanto-juvenil*. Madrid: Dykinson.
- MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA, C. (s.f.). *Dos aspectos de la violencia juvenil: menores maltratadores y la violencia ejercida en grupo o asociada a bandas*. En III Jornadas Menores, 1-37.
- MAKKONEN, T. (2007). *Measuring discrimination: Data collection and EU equality law*. Bruselas: Office for official publications of the European Communities.
- MAKKONEN, T. (2007). *European handbook of equality data*, Bruselas: Office for official publications of the European Communities.
- MALMGREN, K. & LEONE, P. (2000). Effects of an auxiliary program on the reading skills of juvenile delinquents. *Education and Treatment of Children*, 28, 239-247.
- MANSEL, J., y HURRELMANN, K. (1998). Aggressives und delinquentes Verhalten Jugendlicher im Zeitvergleich. Befunde aus „Dunkelfeldforschungen“ aus den Jahren 1988, 1990 und 1996. *Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie*, 50(1), 78 – 109.
- MANZANARES SAMANIEGO, J.L. (1996). La legislación penal juvenil en Alemania. *Cuadernos de Derecho Judicial*, (15), 83-100.
- MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.B. (1999). *La reincidencia: tratamiento dogmático y alternativas políticas criminales*. Granada: Comares.
- MARTÍN CRUZ, A. (2007). El menor y el semiadulto ante la moderna Psicología evolutiva y ante la Ley Orgánica 8/2006 de modificación de la LORRPM. En A. JORGE BARREIRO, y B. FEIJOO SÁNCHEZ (eds.), *Nuevo derecho penal juvenil: una perspectiva interdisciplinar ¿Qué hacer con los menores delincuentes?* (pp. 117-170). Barcelona: Atelier.

- MARTÍNEZ CALVO, J. (2015). La determinación del interés superior del menor tras la reforma introducida por la Ley Orgánica 8/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. *Actualidad jurídica Iberoamericana*, 3 ter, 198-206.
- MARTÍNEZ GARAY, L. (2005). *La imputabilidad penal: concepto, fundamento, naturaleza jurídica y elementos*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- MARTÍNEZ GARCÍA, C. (2016). Reconocimiento y alcance del derecho de participación infantil en el ordenamiento jurídico español. En A. PICORNEL LUCAS, y E. PASTOR SELLER (coords.), *Políticas de inclusión social de la infancia y la adolescencia. Una perspectiva internacional* (pp. 37-50). Madrid: Grupo 5.
- MARTÍNEZ GUIJARRO, J.L. (2000). La ley del menor de Castilla-La Mancha. En M.T. MARTÍN LÓPEZ (coord.), *Justicia con menores. Menores infractores y menores víctimas* (pp.143-164). Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha.
- MARTÍNEZ PIERA, E. (2008). Reflexiones en torno a la intervención de los poderes públicos para la protección e inserción de los menores. En J.M. ASECIO MELLADO, y O. FUENTES SORIANO (dirs., coords.), *Nuevos retos de la justicia penal* (pp. 359-375). Madrid: La Ley.
- MARTÍNEZ VELENCOSO, L. (2013). La necesaria observancia del interés superior del menor en la contratación de menores de edad para la práctica del fútbol profesional. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, (93),457-472.
- MARUNA, S. (1999). *Desistance and development: the psychosocial process of 'going straight'*. En British Criminology Conference, Queens University, Belfast, 1-19.
- MANNHEIM, H. (1974). Rückfall und Prognose. In *Handwörterbuch der Kriminologie*, 3. Band. Freiburg: MschrKrim.
- MANUCK, S.B., KAPLAN, J.R. & LOTRICH, F.E. (2006). Brain serotonin and aggressive disposition in Humans and Nonhuman Primates. In R.J. NELSON (ed.), *Biology of aggression* (pp. 65–113). New York: Oxford University.
- MÁRQUEZ I BONHEVÍ, J.J. (2013). *Soluciones judiciales y extrajudiciales. El principio de oportunidad en la justicia juvenil*. Ponencia en las Jornadas de Fiscales Delegados.
- MARTÍN LÓPEZ, M. T. (2000). Consideraciones sobre la delincuencia de menores. En M.T. MARTÍN LÓPEZ (coord.), *Justicia con menores: menores infractores y menores víctimas* (pp. 101-142). Castilla-La Mancha: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha.
- MARTÍN LÓPEZ, M.T. (coord.) (2001). *La responsabilidad penal de los menores*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla la Mancha.
- MARTÍN OSTOS, J. (2008). Aspectos generales de la justicia penal de menores. En J. MARTÍN OSTOS. *El experto universitario en justicia de menores* (pp. 97-116). Sevilla: Astigi.
- MAURACH, R., GÖSSEL, K.H., y ZIPF, H. (2014). *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Teilband 2. Erscheinungsformen des Verbrechens und Rechtsfolgen der Tat*. Hamburg: C.F. Müller.
- MCAULEY, M. & MCDONALD, K.I. (2007). Russia and youth crime. A comparative study of attitudes and their implications. *British Journal of Criminology*, 47(1), 1-22.

- MCGUIRE, J. (2005). El renacimiento de la rehabilitación en programas de medio abierto. En J. CID MOLINÉ, y E. LARRAURI PIJOAN (coords.), *La delincuencia violenta. ¿Prevenir, castigar o rehabilitar?* (pp. 98-145). Málaga: Instituto Andaluz Interuniversitario de criminología.
- MCNEAL, F., FARRAL, S., LIGHTOWLER, C. & MARUNA, S. (2012). How and why people stop offendig: discovering desistance. *Institut for Research and Innovation in Social Services*, 15, 1-12.
- MEARS, D.P., HAY, C., GERTZ, M. & MANCINI, C. (2007). Public opinion and the foundation of the Juvenile Court. *Criminology*, 45(1), 223-257.
- MELZER, W., HERMANN, D., SANDFUCHS, U., SCHÄFER, M, SCHUBART, W., y DASCHNER, P. (2015). *Handbuch Agression, Gewalt und Kriminalität bei Kindern und Jugendliche*. Regensburg: Julius Klinghardt.
- MIERS, D. (2001). *An International Review of Restorative Justice. Crime Reduction Research Series Paper 10*. London: Home Office.
- MINISTERIO DE SANIDAD, SERVICIOS SOCIALES E IGUALDAD (2014). *Boletín de datos estadísticos de medidas impuestas a menores infractores. Boletín número 14. Datos correspondientes a 2014*. Madrid: Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad Centro de Publicaciones.
- MIR PUIG, S. (1974). La “habitualidad criminal” del artículo 4º de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social. *Revista jurídica de cataluña*, 73(2), 355-402.
- MIR PUIG, S. (1992). La delincuencia relacionada con el abuso de poder. Aspectos criminológicos. En A. BERISTAIN IPIÑA, y J.L. DE LA CUESTA ARZAMENDI. *La criminología frente al abuso de poder* (pp. 41-50). Donostia-San Sebastián: Universidad del País Vasco.
- MIR PUIG, S. (2003). *derecho penal. Parte General*. Barcelona: Reppertor.
- MOFFITT, T.E. (1993). Adolescence-limited and life-course-persistent antisocial behavior: A developmental taxonomy. *Psychological Review*, (100), 674-70.
- MOIX MARTÍNEZ, M. (1980). *El bienestar social: mito o realidad?* Madrid: Almena.
- MOLINA BLÁZQUEZ, C., y CARRETERO GONZÁLEZ, C. (2004). Análisis de las medidas y su ejecución. En S. DÍEZ RIAZA (coord.), *Cuestiones relevantes en la aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, de responsabilidad penal del menor* (pp. 105-143). Madrid: Universidad Pontificia Comillas.
- MOLINA LÓPEZ, R. (2009). El principio de oportunidad en el proceso penal de menores (Análisis comparado de los Ordenamientos colombiano y español). *Nuevo Foro Penal*, (72), 61-81.
- MONGE FERNÁNDEZ, A. (2009). *La circunstancia agravante de reincidencia desde los fundamentos y fines de la pena*. Barcelona: Bosch.
- MONTERO HERNÁNZ, T. (2009). *La justicia juvenil en España: comentarios y reflexiones*. Madrid: La Ley.
- MONTERO HERNÁNZ, T. (2010) La delincuencia juvenil en España en datos. *Cuadernos de criminología: Revista de criminología y Ciencias Forenses*, (9),14-22.
- MONTERO HERNÁNZ, T. (2011a). Justicia juvenil: Instrumentos internacionales. PAIP. Colección textos internacionales.

- MONTERO HERNANZ, T. (2011b). *Legislación penal juvenil comentada y concordada*. Madrid: La Ley.
- MONTERO HERNÁNZ, T. (2017). La privación de libertad en los sistemas de justicia de menores: una aproximación desde los estándares internacionales. *Derecho y Proceso Penal*, 45, 119-135.
- MONTÓN GARCÍA, M. (2003). *Derechos y garantías del menor en el ámbito civil, su protección procesal en la Ley Orgánica 1996 de 15 de enero*. Madrid: Servicio de publicaciones de la Universidad Complutense.
- MONTOYA, E.R., TERBURG, D., BOS, P.A. & VAN HONK, J. (2012). Testosteron, cortisol and serotonin as key regulators of social aggression. A review and theoretical perspective, *Motiv Emot.*, 36(1), 65-73
- MORA ALARCÓN, J.M. (2002). *derecho penal y procesal de menores (Doctrina, jurisprudencia y formularios)*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- MORENILLA ALLARD, P. (2007). Título Preliminar. En M.C. GÓMEZ RIVERO (coord.), *Comentarios a la ley del menor (Conforme a las reformas introducidas por la LO 8/2006)* (pp. 39-66). Madrid: Iustel.
- MORENO-TORRES SÁNCHEZ, J. (2015). *Modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Guía para profesionales y agentes sociales*. Málaga: Save the children.
- MOREIRA TRILLO, V., SÁNCHEZ CASALES, A., y MIRÓN REDONDO, L. (2010). El grupo de amigos en la adolescencia: relación entre afecto, conflicto y conducta desviada. *Boletín de Psicología*, (100),7-21.
- MORGERSTEN, C. (2011). Judicial Rehabilitation in Germany- The Use of Criminal Records and the Removal of Recorded Convictions. *European Journal of Probation*, 3(1), 20-35.
- MORILLAS FERNÁNDEZ, D. L. (2013). Análisis de las principales variables de la delincuencia juvenil en España. *R.E.D.S.*, (3), 173-210.
- MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L., PATRÓ HERNÁNDEZ, R.M., y AGUILAR CÁRCELES, M.M. (2014). *Victiminología: Un estudio sobre la víctima y los procesos de victimización*. Madrid: Dykinson.
- MORITZ, H.P. (1989). *Die (zivil-)rechtliche Stellung der Minderjährigen und Heranwachsenden innerhalb und außerhalb der Familie*. Berlin: Duncker & Humblot.
- MORLEY, K.I. & WAZNE, D.H. (2003). Is there a genetic susceptibility to engage in criminal acts? *Australian Institute of Criminology*, (263), 1-6.
- MOTZER, S. (2003). Gesetzgebung und Rechtsprechung zur elterlichen Sorge und zum Umgangsrecht seit dem Jahr 2001, *FamRZ*, 50(12), 793-802.
- MOUL, C., DOBSON-STONE, C., BRENNAN, J., HAWES, D. & DADDS, M. (2013). An exploration of the serotonin system in antisocial boys with high levels of callous-unemotional traits. *Plos One*, 8(2), 1-10.
- MUSHOFF, T. (2008). *Maßregelsicherungsverwahrung. Eine kritische Untersuchung über das Verhältnis von Schuld und Prävention*. Bielefeld: Peter Lang.
- MUÑOZ CONDE, F. (2007). *Teoría general del delito*. Tirant lo Blanch: Valencia.

- MUÑOZ GARCÍA, C. (2014). Anteproyecto de Ley de protección a la infancia: mejorar la situación de la infancia y adolescencia y garantizar una protección uniforme. *Diario La Ley*, (8310),1-6.
- MÜNNIG, M. (1992). Die Rechte der Kinder in der Rechtsordnung der Bundesrepublik Deutschland. En W.Gernert (coord.), *Über die Rechte des Kindes*. Stuttgart: Hammer.
- NACIONES UNIDAS (2004). *Manual para la elaboración de un sistema de estadísticas sobre justicia penal*. Nueva York: Naciones Unidas.
- NACIONES UNIDAS (2014). Informe regional de desarrollo humano 2013-2014. Seguridad ciudadana con rostro humano: diagnóstico y propuestas para América Latina. Nueva York: Naciones Unidas.
- NAVARRO MARTÍNEZ, C. (coord.) (2010). Legislación sobre igualdad de trato y no discriminación. *CEPC*, (34), 1-685.
- NAVAS NAVARRO, S. (2002). El bienestar y el interés del menor desde una perspectiva comparada. En A. CABANILLAS SÁNCHEZ (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo* (pp. 689-714). Madrid: Editorial Civitas.
- NAVASQUILLO LORDA, E. (2016). *Investigación criminológica: teoría y práctica*. Madrid: ARA Ediciones.
- NEUBOHN, R., y WEISS, E. (2000). *Kriminelle Energie. Mörderische Stories*. Schwieberdingen: Libri Books.
- NEWTON, N.C. & BUSSEY K. (2012). The age of reason: An examination of psychosocial factors involved in delinquent behaviour. *Legal and criminological psychology*,17(1), 75-88.
- NGUYEN, T., ARBACH-LUCIONI, K., y ANDRÉS-PUEYO, A. (2011). Factores de riesgo de la reincidencia violenta en población penitenciaria. *UNED. Revista de derecho penal y criminología*, 3ª Época, (6), 273-294
- NGUYEN, T., FRERICH, N., REDONDO ILLESCAS, S., y ANDRÉS PUEYO, A. (2014). Reinserción y gestión del riesgo de reincidencia en agresores sexuales excarcelados. El proyecto 'Círculos de Apoyo y Responsabilidad' en Cataluña". *Boletín criminológico*, (151), 1-5.
- NICOLÁS GUARDIOLA, J.N. (2013). Responsabilidad penal de los menores. En J.J. NICOLÁS GUARDIOLA (dir.), y C.A. GINER ALEGRÍA (coord.), *Teorías Criminológicas. criminología, derecho penal y derechos humanos* (pp. 171-202). Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.
- NICOLÁS GUARDIOLA, J.J. (2013). Factores de vulnerabilidad y de protección ante la victimización. En J.J. NICOLÁS GUARDIOLA (dir.), E.J. GARCÍA MERCADER, y C.A. GINER ALEGRÍA (coords.), *Ciencias Jurídicas y Victimológicas. Derechos humanos en el contexto de la victimología y la marginación*. (pp. 25-44). Navarra: Aranzadi.
- NIETO GARCÍA, A.J. (2011). La estigmatización en prisión. *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, (80), 1-7.
- NIETO MORALES, C. (2012). Perfil de los menores en conflicto con la ley. *Tsnova. Trabajo Social y Servicios Sociales*, (6), 47-60.

- NIEVES QUILES, M.N. (1998). Estigmatización y marginación social de colectivos jóvenes. *Xuventude: retos e esperanzas*, 29-53.
- NUÑEZ IZQUIERDO, F. (2012). Tasa de reincidencia de la delincuencia juvenil en Extremadura: medidas privativas de libertad. *Revista sobre la infancia y adolescencia*, (2), 1-31.
- NUÑEZ PACHECO, M. (2013). *Los conceptos jurídicos indeterminados: la mercadería, controversias y soluciones*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar.
- OBERWITTLER, D., y HÖFER, S. (2005). Crime and justice in Germany: an analysis of recent trends and research. *European Journal of Criminology*, 2(4), 1-70.
- OBSERVATORIO DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA (2011). *Compilación de las Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño (2001-2009)*. Asturias: Gobierno del Principado de Asturias.
- OCÁRIZ PASSEVANT, E. (2013). Evaluación de la mediación penal en Justicia Juvenil e impacto en la reincidencia. *International E-Journal of Criminal Sciences*, 3(7), 1-33.
- OCÓN DOMINGO, J. (2006). Normativa internacional de protección de la infancia. *Cuadernos de Trabajo Social*, 19, 113-131.
- OHDER, C. y HUCK, L. (2006). „Intensivtäter“ in Berlin – Hintergründe und Folgen vielfacher strafrechtlicher Auffälligkeit. Teil 1: Eine Auswertung von Akten der Abteilung 47 der Berliner Staatsanwaltschaft. *Berliner Forum Gewaltprävention*, (26), 6-56.
- OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LAS DROGAS Y EL DELITO DE LAS NACIONES UNIDAS (2012). *Cuestiones intersectoriales. Justicia de menores. Manual de instrucciones para la evaluación de la justicia penal*. Nueva York: Naciones Unidas.
- OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO (2013). *Guía de Introducción a la Prevención de la Reincidencia y la Reintegración Social de Delinquentes*. Nueva York: Naciones Unidas.
- OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO (2016). *Manual sobre programas de justicia restaurativa*. Nueva York: Naciones Unidas.
- OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS (2003). *Normativa y Práctica de los Derechos humanos para la policía. Manual ampliado de derechos humanos para la policía*. Ginebra: Naciones Unidas.
- OLIVER OLMO, P. (2009). Prisionización y bioprotesta. En I. MENDIOLA GONZALO (coord.), *Rastros y rostros de la biopolítica* (pp. 247-270). Barcelona: Anthropos.
- ORÉ, A. y RAMOS, L. (2008). Aspectos comunes de la reforma procesal penal en América Latina. En J.M. ASECIO, y O. FUENTES (dirs., coords.), *Nuevos retos de la justicia penal* (pp. 69-122). Madrid: La Ley.
- ORTEGA CAMPOS, E., GARCÍA GARCÍA, J., y FRÍAS ARMENTA, M. (2014). Meta-análisis de la reincidencia criminal en menores: estudio de la investigación española. *Revista Mexicana de Psicología*, 31(2), 111-123.
- ORTÍZ GONZÁLEZ, A.L. (2005). Análisis legal y reglamentario de las medidas privativas de libertad. Especial consideración a las condiciones de internamiento en centro cerrado según actuaciones realizadas desde el Defensor del Pueblo. En F. PANTOJA

- GARCÍA (dir.), *La ley de responsabilidad penal del menor: situación actual*. Madrid: Cuadernos de Derecho Judicial XXV.CGPJ.
- ORTS BERENGUER, E., y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (2008). *Compendio de derecho penal (Parte General)*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- OTERO LÓPEZ, J.M. (dir.) (2013). *Un estudio de la reincidencia delictiva de los menores infractores de la Comunidad Autónoma de Galicia: carreras delictivas y factores de riesgo psicosocial*. Santiago de Compostela: Servizo de Publicacións e Intercambio Científico da USC.
- OSSA LÓPEZ, M.F. (2012). Aproximaciones conceptuales a la reincidencia penitenciaria. *Ratio Juris*, 7(14), 113-140.
- PAGER, D. (2003). The mark of a criminal record. *AJS*, 108(5), 937-975.
- PANTOJA GARCÍA, F. (2006). *La ley de responsabilidad penal del menor: situación actual*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- PARDINI, D. A., RAINE, A., ERICKSON, K. & LOEBER, R. (2014). Lower amygdala volume in men is associated with childhood aggression, early psychopathic traits, and future violence. *Biological Psychiatry*, 75(1), 73-80.
- PAREDES CASTAÑÓN, J.M. (2013). El principio del «interés del menor» en derecho penal: una visión crítica. *Revista de derecho penal y criminología*, (10), 155-186.
- PARRY-WILLIAMS, J. (2009). «Sin recurrir a procedimientos judiciales» [CRC, art.40.3.b)], cómo se puede tratar mejor a la mayoría de los menores infractores. En C. VILLAGROSA ALCAIDE, y I. RAVETLLAT BALLESTÉ (coords.), *Por los derechos de la infancia y la adolescencia. Un compromiso mundial desde el derecho a la participación en el XX aniversario de la Convención sobre los Derechos del Niño* (pp. 221-238). Barcelona: Bosch.
- PATIÑO MARIACA, D.M., y RUIZ GUTIÉRREZ, A.M. (2015). La justicia restaurativa: un modelo comunitarista de resolución de conflictos. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas – UPB*. 45(122), 213-255.
- PÁVEZ SOTO, I. (2012). Sociología de la Infancia: las niñas y los niños como actores sociales. *Revista de Sociología*, (27), 81-102.
- PĂROȘANU, A. (2013). *Restorative justice in Germany. Final national report of Germany*. Specific Programme Criminal Justice European Commission.
- PEREDA BELTRÁN, N., ABAD GIL, J., y GUILERA FERRÉ, G. (2014). *Victimización en jóvenes de protección a la infancia y la adolescencia y de justicia juvenil*. Barcelona: Centro de Estudios Jurídicos y Formación especializada.
- PÉREZ JIMÉNEZ, F. (2006). Menores infractores, estudio empírico de la respuesta penal. Valencia: Tirant lo Blanch.
- PÉREZ JIMÉNEZ, F. (2010). Perfil criminológico del menor infractor y de los ilícitos cometidos. En I.F. BENÍTEZ ORTÚZAR, y M.J. CRUZ BLANCA (dir.), *El derecho penal de menores a debate. I Congreso Nacional sobre Justicia Penal Juvenil* (pp. 225-240). Madrid: Dykinson.
- PÉREZ GUADALUPE, J.L. (2000). *La construcción social de la realidad carcelaria*. Perú: Fondo.

- PÉREZ MACHÍO, A.I. (2007). *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.
- PÉREZ SAUCEDA, J.B., y ZARAGOZA HUERTA, J. (2011). Justicia reparadora: Del castigo a la reparación. En F.G. CAMPOS, D. CIENFUEGOS, L.G. RODRÍGUEZ, y J. ZARAGOZA (coords.), *Entre la libertad y el castigo. Estudios en homenaje a la maestra Emma Mendoza Bremauntz* (pp. 639-654). México: Universidad Internacional de México.
- PÉREZ VAQUERO, C. (2014). La justicia juvenil en el Derecho Europeo. *Derecho y Cambio Social*, (37), 1-27.
- PESTALOZZA, C. (2014). *Verfassungen der deutschen Bundesländer*. München: Beck.
- PFEIFFER, C., HELLMANN, D., BIENECK, S., STADLER, L., y VÖLKLIN, V. (2011). *Opferbefragung 2011*. Hannover: Kriminologisches Forschungsinstitut Niedersachsen e.V.
- PFENNING, G., y NEUMANN, M.J. (2000). *Verfassung von Berlin. Kommentar*. Berlin: de Gruyter Recht.
- PICONTÓ NOVALES, T. (1996). *La protección de la infancia. Aspectos sociales y jurídicos*. Zaragoza: Egido.
- PINKVOSS, F. (2009). *Kindeswohlgefährdung*. Berlin: Lehmanns Media.
- POLI, M.D. (2013). La Administración pública en Alemania: principios, etapas evolutivas y sostenimiento del sistema frente a la crisis. *ReDCE*, (20), 123-162.
- POLITOFF, S. (1999). Informe sobre los delitos de discriminación en el derecho penal comparado (A la luz sobre el Proyecto de Ley Racial y Étnica (Boletín N° 2142-17). *Ius et Praxis*, 5(2), 193-213.
- PURDY, L. (1992). *In their best interest? The case against equal rights for children*. New York: Cornell University Press.
- PRIETO ÁLVAREZ, T. (2009). La encrucijada actual de las relaciones especiales de sujeción. *Revista de Administración Pública*, (178), 215-247.
- PRITTWITZ, C. (2010). La justicia penal de menores en Alemania. En E. ANARTE BORRALLO (dir.), *Tendencia de la justicia penal de menores: una perspectiva comparada* (pp. 21-36). Madrid: Iustel.
- PRUIN, I.R. (2007). *Die Heranwachsendenregelung im deutschen Jugendstrafrecht. Jugendkriminologische, entwicklungspsychologische und rechtsvergleichende Aspekte*. Mönchengladbach: Forum Verlag Godesberg.
- PRUIN, I. & DÜNKEL, F. (2015). *Better in Europe? European responses to young adult offending*. Greifswald: Universität Greifswald.
- QUINTERO OLIVARES, G., MORALES PRATS, F., y PRATS CANUT, J. M. (2014). *Curso de derecho penal. Parte general (acorde con el nuevo código penal de 1995)*. Madrid: Aranzadi.
- RABOSSA, E. (1990). Derechos humanos: El principio de igualdad y la discriminación. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, (7), 175-192.

- RAINE, A. & GLENN, A.L. (2014). Neurocriminology: implications for the punishment, prediction and prevention of criminal behaviour. *Nature Reviews Neuroscience*, (15), 54-63.
- RAJULTON, F. (2001). The fundamentals of longitudinal research: an overview. *Special Issue on longitudinal methodology, Canadian studies on population*, 28(2), 169-185.
- RAVETLLAT BALLESTÉ, I. (2012). El interés superior del niño: concepto y delimitación del término. *Educatio Siglo XXI*, 30(2), 89-108.
- RAY, S. & ROBINSON, N. (eds.) (2011). *Ageism in Europe: findings from the European Social Survey*. Londres: Age UK.
- RECHEA ALBEROLA, C., BARBERET, R., MONTAÑÉS, J., y ARROYO ZAPATERO, L.A. (1995). *La delincuencia juvenil en España: Autoinforme de los jóvenes*. Madrid: Ministerio de Justicia e Interior.
- REDONDO ILLESCAS, S., FUNES ARTIAGA, J., y LUQUE REINA, E. (1994). *Justicia penal y reincidencia*. Barcelona: Fundació Jaume Callís.
- REDONDO ILLESCAS, S., y ANDRÉS PUEYO, A.A. (2007). La psicología de la delincuencia. *Papeles del Psicólogo*, 28(3), 147-156.
- REDONDO ILLESCAS, S., y GARRIDO GENOVÉS, V. (2013). Delincuencia juvenil y justicia de menores. En S. REDONDO ILLESCAS, y V. GARRIDO GENOVÉS. *Principios de criminología* (pp. 935-974). Valencia: Tirant lo Blanch.
- REQUENA CASANOVA, M. (2013). La discriminación por razón de la edad en la Unión Europea: la expansión del principio de no discriminación a través de la jurisprudencia. *Revista General de Derecho Europeo*, (31), 1-30.
- REQUENA ESPADA, L. (2014). Principios generales de la criminología del desarrollo y las carreras criminales. Barcelona: JMB Bosch.
- REY MARTÍNEZ, F., y GIMÉNEZ GLUCK, D. (coords.) (2010). *Por la diversidad, contra la discriminación. La igualdad de trato en España: Hechos, garantías, perspectivas*. Madrid: Fundación Ideas.
- REY PÉREZ, J.L. (2011). *El discurso de los derechos: una introducción a los derechos humanos*. Madrid: Universidad Pontificia Comillas.
- RINCEANU, J. (2014). El futuro de la custodia de seguridad en Alemania. En L. ARROYO, M. DELMAS-MARTY, J. DANET, y M. ACALE (eds.), *Securitarismo y derecho penal. Por un derecho penal humanista* (pp. 159-176). Castilla-La Mancha: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha.
- RÍOS MARTÍN, J.C. (1993). *El menor infractor ante la ley penal*. Granada: Comares.
- RÍOS MARTÍN, J.C., PASCAL RODRÍGUEZ, y BIBIANO GUILLÉN, A. (coords.) (2012). *La mediación penal y penitenciaria. Experiencias de diálogo en el sistema penal para la reducción de la violencia y el sufrimiento humano*. Madrid: Colex.
- RIVERA BEIRAS, I. (2005) (coord.). *Política criminal y Sistema Penal. Viejas y nuevas racionalidades punitivas*. Barcelona: Anthropos
- RIVERO HERNÁNDEZ, F. (2007). *El interés del menor*. Madrid: Dykinson.
- RIVERO HERNÁNDEZ, F. (2011). Las relaciones personales de los hijos tras la crisis matrimonial de los progenitores. Incidencias y protección. *Revista de Magister y Doctorado en Derecho*, (4), 57-90.

- ROCA i TRIAS, E. (1994). El interés del menor como factor de progreso y unificación del Derecho internacional Privado (discurso de ingreso). *Revista Jurídica de Cataluña*, 93(4), 915-992.
- ROCHA ESPÍNDOLA, M. (2015). La persona del menor, su interés superior, su autonomía y el libre desarrollo de su personalidad. *Actualidad jurídica Iberoamericana*, (2), 43-86.
- RODA Y RODA, D. (2014). *El interés del menor en el ejercicio de la patria potestad. El derecho del menor a ser oído*. Navarra: Aranzadi.
- RODRÍGUEZ NUÑEZ, A. (2015). Los derechos humanos en el derecho penal juvenil. En J. GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, y A. RODRÍGUEZ NUÑEZ, A. *Política criminal y Derechos Humanos* (pp. 77-115). Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces.
- RODRÍGUEZ PALOP, M.E. (2017). Reformular los derechos humanos desde una visión relacional. *Derechos y Libertades. Revista de Filosofía del Derecho y Derechos humanos*, (36), 135-166.
- RODRÍGUEZ PÉREZ, J.P. (2004). Algunas peculiaridades del proceso penal de menores. *Anales de la Facultad de Derecho*, (21), 169-183.
- RODRÍGUEZ RAMOS, L. (2009). *Código penal comentado y su jurisprudencia*. Madrid: La Ley.
- ROIG TORRES, M. (2012). *La cancelación de los antecedentes delictivos*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- RONEL, N. & ELISHA, E. (2010). A Different Perspective: Introducing Positive Criminology. *Int J Offender Ther Comp Criminol*, 55(2), 305-325.
- RONEL, N. & SEGEV, D. (2014). Positive Criminology in Practise. *Int J Offender Ther Comp Criminol*, 58(11), 1389-1407.
- ROLDÁN BARBERO, H. (2009). *Introducción a la investigación criminológica*. Granada: Comares.
- ROSSER LIMIÑANA A. (coord.), y SURIA MARTÍNEZ, R. (2014). *Prevención y tratamiento de la delincuencia: actividades prácticas*. Alicante: Club Universitario
- RÖHMER, D. & PICHLER, S. (2011). Juvenile Law and recidivism in Germany: New evidence from the old continent. Department of Economics. University of Heidelberg. *Discussion Paper Series*, (519), 1-47.
- RÖSSNER, D. (1999). El derecho penal de menores en Alemania con especial consideración de los adolescentes. En E. GIMÉNEZ-SALINAS (dir.), *Legislación de menores en el siglo XXI: análisis de derecho comparado* (pp. 305-328). Madrid: Estudios de Derecho Judicial.
- RÖTHEL, A. (2004). *Normkonkretisierung im Privatrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- ROXIN, C.(1997). *derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*. Civitas: Munich.
- RUÍZ HUIDOBRO, J.M. (2002). El menor en el derecho. Sistema normativo y principios rectores del Derecho de los menores. En I.E. LÁZARO GONZÁLEZ (coord.), *Los menores en el derecho español*, (pp. 100-115). Madrid: Tecnos.
- SÁEZ DÍAZ, Y., MONTIEL JUAN, I., y CARBONELL VAYÁ, E. J. (2015). De la peligrosidad a la valoración de la reincidencia: métodos e instrumentos de

- evaluación. En E. ORTS BERENGUER (dir.), A. ALONSO RIMO, y M. ROIG TORRES (coords.), *derecho penal de la peligrosidad y prevención de la reincidencia* (pp. 105-150). Valencia: Tirant lo Blanch.
- SAGRERA, M. (1992). *El edaísmo contra “jóvenes” y “viejos”. La discriminación universal*. Madrid: Fundamentos.
- SALAS PICÓN, W.M., y CÁCERES DURAN, I.R. (2017). Funciones ejecutivas en la violencia de pareja: una perspectiva Neurocriminológica. *Encuentros*, 15(1), 47-60.
- SALES JARDÍ, M. (2015). La vida familiar de los detenidos y los reclusos en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos humanos. *Revista de derecho constitucional europeo*, (24).
- SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M.I. (1998). *Minoría de edad penal y derecho penal juvenil*. Granada: Comares.
- SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M. I. (2008). La reforma de la Ley Penal del menor por la LO 8/2006. *Revista jurídica de Castilla y León*, (15), 13-47.
- SÁNCHEZ-TERÁN, J.M. (2007). *Los criterios de graduación de las sanciones administrativas en el orden social*. Valladolid: Lex Nova.
- SAN JUAN GUILLÉN, C., y OCÁRIZ PASSEVANT, E. (2009). *Evaluación de la intervención y análisis de la reincidencia de la justicia de menores en la ACPV*. Victoria-Gasteiz: Servicio Central de Publicaciones del País Vasco.
- SANZ DELGADO, E. (2011). Tutela antidiscriminatoria y vulnerabilidad en prisión. *Anuario de la Facultad de Derecho- Universidad de Alcalá*, (4), 63-95.
- SANZ-DÍEZ, M. (2013). Reincidencia, habitualidad y profesionalidad en las últimas reformas penales. Especial referencia a la delincuencia patrimonial. *Estudios penales y criminológicos*, 23, 97-148.
- SANZ HERMIDA, A.M. (2002). *El nuevo proceso penal del menor*. Universidad de Castilla-La Mancha: Colección Monografías.
- SCHAFFSTEIN, F., y BEULKE, W. (1991). *Jugendstrafrecht*. Stuttgart: Kohlhammer.
- SCHMIDT, M. (2009). *Konkretisierung von Generalklauseln im europäischen Privatrecht*. Berlin: Der Gruyter Recht.
- SCHÖNKE, y SCHRÖDER (1997). *Strafgesetzbuch. Kommentar*. Karlsruhe: C.H. Beck.
- SCHOLZ, M. W. (2006). *Das Verbot der Altersdiskriminierung bei der Begründung und Beendigung von Arbeitsverhältnissen*. Stuttgart: Ididem.
- SCHWARZ, B. (2010). *Die Verteilung der elterlichen Sorge aus erziehungswissenschaftlicher und juristischer Sicht*. Wiesbaden: VS Research.
- SEDLITZKI, V., y PERRAULT, N. (2016). *Las edades mínimas legales y la realización de los derechos de los y las adolescentes. Una revisión de la situación en América Latina y el Caribe*. UNICEF.
- SEIDENSTÜCKER, B., y MUTKE, B. (2000) Servicios sociales para menores en Alemania. *Alternativas. Cuadernos de Trabajo Social*, (8), 19-41.
- SERRANO GÓMEZ, A. (2011). Dudosa fiabilidad de las estadísticas policiales sobre criminalidad en España. *UNED, Revista de derecho penal y criminología*, 3ª Época(6), 425-454.

- SERRANO MAÍLLO, A., y SERRANO GÓMEZ, A. (2009). El aumento de la firmeza en la respuesta al delito a nivel legislativo en España (1995-2007). En H. KURY, y A. SERRANO MAÍLLO (eds.), *Punitividad y victimización en la experiencia contemporánea* (pp. 290-310). Madrid: Dykinson.
- SERRANO MAÍLLO, A. (2013). *El problema de las contingencias en la teoría del autocontrol. Un test de la teoría general del delito*. Madrid: Dykinson.
- SERRANO MAÍLLO, A. (2015). *Firmeza frente al delito, inseguridad y valores postmateriales en la modernidad tardía. Un análisis de la agravación por reincidencia como ejemplo de las tendencias punitivas contemporáneas* (Tesis doctoral). UNED, Madrid.
- SERRANO TÁRRAGA, M. D. (2009). Evolución de la delincuencia juvenil en España (2000-2007). *Revista de derecho penal y criminología, 3ª Época*, (2),255-270.
- SHAPLAND, J., ATKINSON, A., ATKINSON, H., DIGNAN, J., EDWARDS, L., HIBBERT, J., ... SORSBY, S. (2008). *Does restorative justice affect reconviction? The fourth report from the evaluation of three schemes*. Sheffield: Centre for Criminological Research University of Sheffield. Ministry of Justice.
- SHAW, M. (2011). *Manual sobre la aplicación eficaz de las Directrices para la prevención del delito*. Viena: Naciones Unidas.
- SIEGEL, L.J. & SENNA. J. J. (1994). *Juvenile Delinquency: Theory, Practice and Law*. Michigan: West Group.
- SILVA BALERIO, D. (2016). *Pedagogía y criminalización. Cartografías socioeducativas con adolescentes*. Barcelona: UOC.
- SILVA SENARQUÉ, S. A. (2005). *Derechos humanos de los niños y adolescentes y la legislación internacional: reflexiones entre el discurso de legalidad y la realidad*. Perú: Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
- SILVA SÁNCHEZ, J-M. (2007). La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo. *Indret*, (2), 1-15.
- SILVA SÁNCHEZ, J-M. (2010) ¿Es la custodia de seguridad una pena? *Indret*, 1-3.
- SIMÓN CAMPAÑA, F. (2013). *Interés superior del menor: técnicas de reducción de la discrecionalidad abusiva*. (Tesis doctoral). Universidad de Salamanca, Salamanca.
- SPITZL, M., KRETSCHMES. S. & SCHWARZ, B. (2003). *Care planning in youth welfare in European comparison*. München: Deutsches Jugendinstitut e. V.
- STALFORD, H. & DRYWOOD, E. (2009). Coming of age? Children´s rights in the European Union, *CML, Rev.*, 46, 143-172.
- STEPANIANS, M. (2005). Menschenrechte als moralische Rechte und als juristische Rechte. In K.M. GIRARDET, y U. NORTMANN (coords.), *Symposium "Menschenrechte und europäische Identität - die antiken Grundlagen"* (pp. 1-20). Stuttgart: Franz Steiner Verlag.
- STRATENWERTH, G. (1980). Culpabilidad por el hecho y medida de la pena. En G. STRATENWERTH, y E. BACIGALUPO. *El futuro del principio jurídico penal de culpabilidad*. Madrid: Publicaciones del Instituto de criminología de la Universidad Complutense.
- STRENG, F. (2008). *Jugendstrafrecht*. Heilderberg: C.F. Müller.

- STROBEL, S. (2007). *Verhängung und Bemessung der Jugendstrafe – Eine Berücksichtigung der Strafzwecke* Analyse unter besonderer. Aachen: Shaker Verlag.
- STUHLINGER, M. (2005). Das Kindeswohl als zentrale ethische Norm in der Pädiatrie. *Zeitschrift für medizinische Ethik*, (51),153-164.
- SOROETA LICERAS, J. (2011). Los derechos del niño. En C. FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE (coord.), *Derecho internacional de los derechos humanos* (pp. 451-474). Madrid: Dilex.
- SUSO ARAICO, A., y CASTILLO CHARFOLET, M. (2013). *Estudio diagnóstico de fuentes secundarias sobre discriminación en España*. Madrid: Centro de Publicaciones del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad.
- TAMARIT SUMALLA, J.M. (2001) El nuevo derecho penal de menores: ¿Creación de un sistema penal menor? *Revista penal*, (8),71-89.
- TAMARIT SUMALLA, J.M. (2007). Sistema de sanciones y Política criminal. Un estudio de Derecho comparado europeo. *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, (09-06), 1-40.
- TAMARIT SUMALLA, J.M. (2013). La política europea sobre las víctimas de delitos. En M. DE HOYOS SANCHO (dir.), *Garantías y Derechos de las víctimas especialmente vulnerables en el marco jurídico de la Unión Europea*. (pp. 31-48). Valencia: Tirant lo Blanch.
- TAXMAN, F.S. & PATTAVINA, A. (eds.) (2013). *Simulation strategies to reduce recidivism: Risk Need Responsivity (RNR) Modeling for the Criminal Justice System*. New York: Springer.
- TEJEDOR MUÑOZ, L., y POUS DE LA FLOR, M.P. (coords.) (2010). *Legislación estatal y autonómica sobre la protección jurídica del menor*. Madrid: UNED Publicaciones.
- TERÁN PIMENTEL, M. (2014). Sobre un concepto de interés superior del menor. *Anuario de Derecho*, (31), 13-34.
- THERBORN, G. (1993). Los derechos de los niños. En L. MORENO (comp.), *Intercambio social y desarrollo del bienestar* (pp. 77-144). Madrid: CSIC.
- THORNBERRY T.P. & KROHN M.D. (2000). The Self-Report Method for Measuring Delinquency and Crime. *Measurement and Analysis of Crime and Justice. Criminal Justice*, 4, 33-83.
- THORNBERRY, T.P., KROHN, M.D., LIZOTTE, A.J., SMITH, C.A. & TOBIN, K. (2003). *Gangs and delinquency in development perspective*. New York: Cambridge University Press.
- THORNBERRY, T.P., GIORDANO, P.C., CHRISTOPHER, U., MATSUDA, M., MASTEN, A.S., BULTEN & E...REDONDO ILLESCAS, S. (2013). Serie especial: transición desde la delincuencia juvenil a la delincuencia adulta. 3. Explicaciones teóricas de las transiciones delictivas. *Revista Española de Investigación Criminológica*, 2(11), 1-49.
- TOBLER, C. (2008). *Limits and potential of the concept of indirect discrimination*. Bruselas: Office for official publications of the European Communities.
- TRAJTENBERG, N. (2012). Sistemas de justicia penal. Explicaciones de la punitividad. *Revista de Ciencias Sociales*, 25(31), 59-78.

- TRINIDAD NÚÑEZ, P. (2003). ¿Qué es un niño?: Una visión desde el Derecho internacional Público. *Revista española de educación comparada*, (9), 13-47.
- TRÖNDLE, H., y FISCHER, T. (1999). *Strafgesetze und Nebengesetze*. Munich: C.H. Beck.
- UCEDA I MAZA, F. X. (2006) Menores infractores: exclusión y educación. En M. GARCÍA LASTRA, A. CALVO SALVADOR, J.M. OSORO SIERRA, y S. ROJAS PERNIA (coords.), *Convergencia con Europa y cambio en la universidad: XI Conferencia de Sociología de la Educación*. Conferencia de Sociología de la Educación (pp.147-177). Santander.
- UNGER, M. (2009). Sesenta años de la Ley Fundamental alemana- de un provisorio con una larga vida. *Estudios Constitucionales*, (2), 301-316.
- UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME (2006). *Handbook on restorative justice programmes*. Viena: Naciones Unidas.
- URRACO SOLANILLA, M., y REVILLA CASTRO, J.C. (2015). La producción académica: treinta años de tesis doctorales sobre juventud en España. *Revista de Estudios de Juventud*, (110), 217-237.
- URIBE ARZATE, E., y GONZÁLEZ CHÁVEZ, M.L. (2007). La protección jurídica de las personas vulnerables. *Revista de Derecho. Universidad del Norte*, (27), 205-229.
- VAELLO ESQUERDO, E. (2001). Aspectos problemáticos de la reincidencia. En A. NIETO (coord.), *Homenaje al Dr. Mariano Barbero Santos: "in memoriam"* (pp. 1359-1374). Cuenca: Ediciones de la Universidad de Salamanca.
- VAN BUEREN, G. (1995). *International law of the rights of the child*. Amsterdam: Kluwer Law Publishing.
- VAN BUEREN, G. (1998). *The International Law on the Rights of the Child*. La Haya: Martinus Nijhoff.
- VAN DER PUT, C.E. & DE RUITTER, C. (2016). Child maltreatment victimization by type in relation to criminal recidivism in juvenile offenders. *BMC Psychiatry*, 16(24), 1-9.
- VANDERSCHUEREN, F., OLAVE, R.M., RUIZ, J.C., MOSCIATTI, E., y DÍAZ, G. (2010). *Guía para la prevención con jóvenes hacia políticas de cohesión social y seguridad ciudadana*. Nairobi: Programa de las Naciones Unidas para los asentamientos humanos (ONU-HABITAT) en copublicación con la Universidad Alberto Hurtado de Chile.
- VALERO HEREDIA, A. (2009). Minoría de edad, patria potestad e interés superior del menor. En *La libertad de conciencia del menor de edad desde una perspectiva constitucional* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- VARELA GÓMEZ, B.J. (2006). Desistimiento y sobreseimiento en el procedimiento penal de menores (arts. 18 y 19 LORPM). *Estudios Penales y Criminológicos*, 26, 355-390.
- VARONA GÓMEZ, D. (2009). ¿Somos los españoles punitivos?: Actitudes punitivas y reforma penal en España. *Indret*, 1-31.
- VARONA GÓMEZ, D. (2015). Opinión pública y castigo: la investigación sobre las actitudes punitivas en España. En F. MIRÓ LLINARES, J.R. AGUSTINA SANLLEHÍ, J.E. MEDINA SARMIENTO, y L. SUMMERS (eds.), *Crimen, oportunidad y vida diaria. Libro homenaje al Profesor Dr. Marcus Felson* (pp. 711-732). Madrid: Dykinson.

- VARONA MARTÍNEZ, G. (1998). *La mediación reparadora como estrategia de control social. Una perspectiva criminológica*. Granada: Comares.
- VARONA MARTÍNEZ, G. (2014). Procesos de victimización y desvictimización en las instituciones totales. En J.M. TAMARIT SUMALLA, y N. PEREDA (coords.), *La respuesta de la Victimología ante las nuevas formas de victimización* (pp. 247-302). Madrid: Edisofer.
- VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C. (2003). *Delincuencia juvenil. Consideraciones penales y criminológicas*. Madrid: Colex.
- VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., y SERRANO TÁRRAGA, M.D. (2004). La opinión pública ante la delincuencia juvenil. El tratamiento informativo de los medios de comunicación sobre la delincuencia juvenil y su influencia en la Política criminal española. *Anuario de justicia de menores*, (4), 145-170.
- VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C. (2005). *derecho penal juvenil europeo*. Madrid: Dykinson.
- VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C. (2007). *Capítulo VIII. La Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores: Aspectos sustantivos. derecho penal juvenil*. Madrid: Dykinson.
- VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C. (2009). La responsabilidad penal de los menores en Europa. En Agencia para la Reeducción y Reinserción del Menor Infractor (ARRMI). Instituto Madrileño de Administración Pública (IMAP), *I Congreso Internacional de Responsabilidad penal de Menores: Hacia un modelo compartido de reeducación y reinserción en el ámbito Europeo* (pp. 68-77). Madrid.
- VÁZQUEZ BERDUGO, I. (2015). *Protección del menor infractor*. Fiscalía Provincial de Sevilla.
- VEGA, F. (2009). Genética, criminalidad y filosofía. *Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica*, (1), 149-160.
- VENTAS SASTRE, R. (2002a). *Estudio de la minoría de edad desde una perspectiva penal, psicológica y criminológica*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas.
- VENTAS SASTRE, R. (2002b). *La minoría de edad penal*. (Tesis doctoral). Universidad Complutense, Madrid.
- VICENTE GIMÉNEZ, T. (2007). *Los derechos de los niños, responsabilidad de todos*. Valencia: Tirant lo Blanc.
- VILLAGRASA ALCAIDE, C. (2001). El interés superior del menor. En I. RAVETLLAT BALLESTÉ (coord.), *Derecho de la persona: acogimiento y adopción, discapacidad e incapacitación, filiación y reproducción asistida, personas mayores, responsabilidad penal del menor y otras cuestiones referidas a la persona como sujeto del derecho* (pp. 25-50). Barcelona: Bosch.
- VILLAGRA PINCHEIRA, C., ESPINOZA MAVILA, O., y MARTINEZ MERCADO, F. (eds.) (2014). *La medición de la reincidencia y sus implicancias en la Política criminal*. Santiago de Chile: Centro de Estudios en Seguridad Ciudadana.
- VOLBERT, R., y DAHLE, K.P. (2010). *Forensisch-psychologische Diagnostik im Strafverfahren*. Göttingen: Hogrefe.
- VON KÜHLEWEIN, M.R. (2010). Das Kindeswohl im Jugendstrafverfahren. In B.D. MEIER (coord.), *Kinder im Unrecht: junge Menschen als Täter und Opfer* (pp. 147-170). Berlin: Lit Verlag Dr. W. Hopf.

- VILLAGRASA ALCAIDE, C. (2008). Los derechos de la infancia y de la adolescencia: la participación social de la infancia y de la adolescencia, por su incorporación a la ciudadanía activa. *Enrahonar: an international journal of theoretical and practical reason*, (40-41), 141-152.
- VIVES ANTÓN, T. (1995). *La libertad como pretexto*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- WACKE, A. (2013). Las reformas más importantes del BGB desde su promulgación en 1900, con especial referencia al derecho de obligaciones. *Rev. chil. Derecho*, 40(2), 699-710.
- WALTER, M. (2003). Probleme einer kriminalpolitischen Gewalttätertypisierung: das Beispiel jugendlicher „Intensivtäter“. In S. LAMNEK, y M. BOATCĂ (eds.), *Geschlecht, Gewalt, Gesellschaft* (pp. 318-330). Opladen: Leske und Budrick.
- WAPLER, F. (2015). *Kinderrechte und Kindeswohl: Eine Untersuchung zum Status des Kindes im Öffentlichen Recht*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- WARD, T. & LANGLANDS, R.N. (2008). Restorative justice and the human rights of offenders: convergences and divergences. *Aggression and Violent Behaviour*, 13, 355-372.
- WEITEKAMP, E.G.M. & KERNER, H.J. (2002). *Restorative justice: Theoretical Foundations*. Portland: Willan.
- WEITEKAMP, E.G.M. (2013). *Developing Peacemaking Circles in a European Context*. Final Research Report. Project: JLS/2010/JPEN/AG/1609.
- WIEBKE, S. (2009). Junge Intensiv- und Mehrfachtäter – eine neue Herausforderung? Überblick über kriminologische Befunde zu intensiv und dauerhaft auffälligen jungen Menschen. In Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, *Das Jugendkriminalrecht vor neuen Herausforderungen?* Jenaer Symposium. Mönchengladbach: Forum Verlag Godesberg.
- WIESNER, R. (2006). *§8ª SGB III. Herausforderung bei der Umsetzung*. München: Deutsches Jugendinstitut IKK.
- WINDZIO, M. (2006). Is there a deterrent effect of pains of imprisonment? The impact of «social costs» of first incarceration on the hazard rate of recidivism. *Punishment & Society*, 341-364.
- WITTE, A.D. & WITT, R. (2000). *Crime causation: Economic theories*.
- YUBERO JIMÉNEZ, S., BODOQUE, A.R., y LARRAÑAGA RUBIO, E. (2006). Aspectos psicosociales del proceso de socialización: La familia como escenario de desarrollo. *Bits: Boletín informativo trabajo social*, (9).
- ZACCARIA, M.L. (2012). The current tendencies of the employment of older people in the European Union. *Procedia - Social and Behavioral Sciences*, 109, 1251 – 1255.
- ZAFFARONI, E.R. (s.f.). *Reincidencia*.
- ZERMATTEN, J. (2003). El interés superior del niño. Del análisis literal al alcance filosófico. Informe de trabajo 3-2003. *Institut international Droits L'enfant*, 1-32.
- ZIFP, H. (1989). Die Behandlung des Rückfalls und der Vorstrafen nach Aufhebung des §48 StGB. In H.H. JESCHECK, y T. VOGLER (coords.), *Festschrift für HERBER TRÖNDLE zum 70. Geburtstag am 24. August 1989* (pp. 439-454). Berlin, New York: de Gruyter Recht.

- ZITELMANN, M. (2003). *Kindeswohl und Kindeswille: im Spannungsfeld von Pädagogik und Recht*. Münster: Votum.
- ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. (2009). Política criminal y prevención del delito: el denodado restablecimiento de la pena de prisión en España o la constitución social del delincuente/enemigo. En P. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA (ed.), *Víctima, prevención del delito y tratamiento del delincuente* (pp. 159-190). Granada: Comares.