

# LA CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE DE REINCIDENCIA EN EL DERECHO PENAL JUVENIL

## THE AGGRAVATING FACTOR OF RECIDIVISM IN JUVENILE CRIMINAL LAW

BEATRIZ CRUZ MÁRQUEZ<sup>1</sup>

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. REGULACIÓN DE LA REINCIDENCIA EN LA LEY ORGÁNICA 5/2000, REGULADORA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS MENORES. III. CONSECUENCIAS DE LA APRECIACIÓN DE REINCIDENCIA EN LA DETERMINACIÓN DE LA MEDIDA JUVENIL. IV. CONCLUSIONES.

Summary: I. INTRODUCTION. II. REGULATION OF RECIDIVISM IN SPANISH JUVENILE CRIMINAL LAW. III. LEGAL EFFECTS OF THE APPRECIATION OF RECIDIVISM IN THE SYSTEM OF INDIVIDUALIZATION OF THE JUVENILE MEASURE. IV. CONCLUSIONS.

### I. INTRODUCCIÓN

En el ámbito del Derecho penal, se denomina reincidencia a la comisión de una conducta delictiva al menos por segunda vez y suele ir acompañada, entre otros<sup>2</sup>, de efectos agravatorios en la determinación de la consecuencia jurídica, condicionados por lo general a la concurrencia de ciertos requisitos<sup>3</sup>. Pese a su mantenimiento a lo largo de la historia<sup>4</sup> y a su previsión generalizada en los sistemas penales de nuestro entorno<sup>5</sup>,

---

<sup>1</sup> Profesora de Derecho Penal de la Universidad de Extremadura. Este trabajo fue presentado al III Congreso Nacional sobre Justicia Penal Juvenil, celebrado en la Universidad de Jaén, los días 26 y 27 de mayo de 2011. La autora hace constar su agradecimiento al Prof. Dr. Juan Luis Fuentes Osorio, quien tuvo la amabilidad de corregir y mejorar el presente trabajo, contribuyendo enormemente a su configuración final.

<sup>2</sup> Junto al efecto agravante, de la comisión previa de un delito por parte del penado – reiteración delictiva, para distinguirla de la reincidencia tal y como la define el Código Penal (CP) actual en el artículo 22.8ª – se deriva la imposibilidad de suspender la ejecución de la pena en los casos en que ésta no sea superior a los 2 años de duración y no concorra dependencia de sustancias por su parte (artículo 81 CP), así como la necesidad de una especial motivación para concederla cuando exista dicha dependencia. Sobre este y otros efectos, relativos a la concesión del indulto o al acuerdo de la prisión provisional, *vid.* E. VAELO ESQUERDO, «Aspectos problemáticos de la reincidencia», en *Homenaje al Dr. Mariano Barbero Santos: "in memoriam"*, Vol. 1, 2001, pp. 1373 y ss.

<sup>3</sup> Incluso la agravante genérica de reincidencia condicionaba su aplicación a la existencia de una condena previa por un delito señalado con pena igual o mayor o por dos o más delitos para los que se prevea una pena inferior. Sobre la tramitación de la redacción de la reincidencia en el CP de 1995, *vid.* E. B. MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, *La reincidencia: Tratamiento dogmático y alternativas político criminales*, Granada, Comares, 1999, pp. 211 y ss.

<sup>4</sup> *Ídem*, pp. 7 y ss.

<sup>5</sup> *Ídem*, pp. 35 y ss. En bastantes países europeos su aplicación es facultativa por parte del juez sentenciador, *vid.* VAELO ESQUERDO, «Aspectos problemáticos», *ob. cit.*, p. 1365. Si bien es verdad que

existe una manifiesta falta de acuerdo en torno a su fundamento y naturaleza, al tiempo que es objeto de críticas fulminantes en la medida en que se pone en duda su coherencia con los principios de culpabilidad y de legalidad, así como con la idea de dignidad de la persona<sup>6</sup>. Así, entre los argumentos que explican la pervivencia de esta circunstancia<sup>7</sup>, se ha hablado: de mayor culpabilidad, al entender que es más reprochable la conducta de quien ya delinquiró una vez y fue sancionado; de mayor injusto, por mostrar una especial rebeldía frente a la norma infringida<sup>8</sup>; de mayor peligrosidad o perversidad del delincuente, por su especialización delictiva o por su persistencia en la decisión de delinquir; o de mayor necesidad de prevención especial.

Con independencia de la opinión que merezcan tales explicaciones la reincidencia supone una paradoja: la determinada por la ausencia de alusión directa al hecho delictivo cometido con anterioridad por quien está siendo juzgado en el momento actual por la comisión de un delito distinto y, al mismo tiempo, por la innegable remisión a aquel delito, ya juzgado por lo demás, para realizar la especial desvaloración que se hace recaer sobre el segundo: percibido como más grave, más ofensivo o indicativo de una determinada tendencia por parte del infractor. O, lo que es lo mismo, las valoraciones relativas a la reincidencia aluden a aspectos ajenos a la infracción actual, (i) tanto al hecho en sí, en la medida en que no se refieren ni a su forma de comisión<sup>9</sup>, ni a sus consecuencias directas<sup>10</sup>, (ii) como a la culpabilidad individual por su comisión, referida en último término a la capacidad del autor para motivarse por la norma penal que infringe<sup>11</sup>, distinta del conocimiento que se tenga acerca de su vigencia.

Así mismo, los diferentes argumentos aportados para fundamentar la extensión de la intervención penal frente a quien reincide están presididos por una misma preocupación: la pretensión de mitigar el recelo que la sociedad tiene en torno a la eficacia preventiva de dicha intervención; recelo generado por una presunción de mayor peligrosidad delictiva por parte del reincidente, pero cuya materialización resulta imposible asegurar con certeza<sup>12</sup>. Ahora bien, resulta fundamental recordar que la

---

en Alemania la agravante de reincidencia quedó derogada en 1986, pese a la declaración de constitucionalidad por el Tribunal Constitucional Federal Alemán (*Bundesverfassungsgericht*) en Sentencia de 16 de enero de 1979.

<sup>6</sup> Vid. E. AGUDO FERNÁNDEZ, «La nueva agravante de reincidencia cualificada en la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros», *CPCr*, n.º 81, 2003, p. 441.

<sup>7</sup> VAELO ESQUERDO, «Aspectos problemáticos», ob. cit., p. 1362.

<sup>8</sup> S. CARDENAL MONTRAVETA, «La reincidencia en el derecho penal de menores» en *Derecho Penal del Estado Social y Democrático de Derecho. Libro homenaje a Santiago Mir Puig*, La Ley, 2010, Las Rozas (Madrid), p. 663, en referencia a la concepción de MIR PUIG.

<sup>9</sup> Es más, allí donde la reincidencia tenga como consecuencia una mayor pericia por parte del delincuente en la ejecución de la conducta delictiva que pudiera suponer una reducción de la capacidad de la víctima para defenderse, este plus de gravedad estaría abarcado por la agravante del artículo 22.2ª CP.

<sup>10</sup> Lo que sucede, por ejemplo, en el caso de la agravante de discriminación, donde a la lesión del bien jurídico en sí se añade la vulneración del principio de igualdad.

<sup>11</sup> CARDENAL MONTRAVETA, «Reincidencia», ob. cit., p. 664.

<sup>12</sup> Al respecto, por todos, H. SCHÖCH, «Kriminalprognose», en *Internationales Handbuch der Kriminologie. Band 1: Grundlagen der Kriminologie*, Berlin, De Gruyter Recht, 2007, pp. 361 y ss.

minimización de tales percepciones sociales desde el Derecho penal puede realizarse únicamente dentro del límite de la culpabilidad por el hecho, valorada en concreto, infranqueable también en caso de recurrir a la aplicación de medidas de seguridad<sup>13</sup>, pues lo contrario supondría una instrumentalización del delincuente, opuesta en cualquier caso al respeto de la dignidad de la persona<sup>14</sup>.

## **II. REGULACIÓN DE LA REINCIDENCIA EN LA LO 5/2000, REGULADORA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS MENORES**

Junto a las consideraciones críticas que genera la previsión de la agravante de reincidencia en el Derecho penal de adultos, acabadas de esbozar<sup>15</sup>, su presencia en el Derecho penal juvenil provoca una especial desconfianza, en la medida en que constituye una clara amenaza al mantenimiento del interés superior del menor, especialmente si se entiende este último no tanto como consecución del fin preventivo especial<sup>16</sup>, sino como garantía de su desarrollo autónomo, libre e independiente, permitiendo que el menor infractor sea un agente activo de su proceso de afrontamiento y resistencia<sup>17</sup>. Al objeto de disponer de una imagen completa de los efectos de la valoración de la reincidencia en la legislación penal juvenil vigente en nuestro país, se enumeran a continuación las diferentes manifestaciones de esta circunstancia, referidas tanto a su concurrencia efectiva, cuando el menor ha cometido más de un delito, como a la previsión de que delinca en el futuro.

Entre las primeras destaca, por su especial contundencia, la regla de determinación prevista en el artículo 10.1 b) de la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores (LORRPM), que prescribe al juez de menores la aplicación de una medida de internamiento de 1 a 6 años<sup>18</sup> cuando el menor mayor de 16 años haya cometido un delito grave o un delito menos grave con violencia o intimidación / en banda o grupo, siempre que el hecho revista extrema gravedad, entendiéndose como tal la reincidencia. El efecto agravante de la reincidencia, junto al resto de condiciones, resulta evidente, especialmente si se compara con el régimen

---

<sup>13</sup> De manera que la previsión de medidas de seguridad como respuesta a los delitos del infractor reincidente tampoco permitiría extender la intervención penal hasta garantizar la ausencia de peligrosidad. Vid. J. CUELLO CONTRERAS, *El Derecho penal español. Parte General, Volumen I*, Madrid, Dykinson, 2002, pp. 139 y ss. Plantean la aplicación de medidas de seguridad como solución, M. ALONSO ÁLAMO, «Delito de conducta reiterada (delito habitual), habitualidad criminal y reincidencia», en *Estudios Penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 73; A. MONGE FERNÁNDEZ, «Aproximaciones dogmáticas a la circunstancia agravante de reincidencia desde los fundamentos y fines de la pena», *CPCr*, n.º 95, 2008, pp. 127 y ss.

<sup>14</sup> Uno de los fundamentos del rango constitucional del principio de culpabilidad, AGUDO FERNÁNDEZ, *CPCr*, n.º 81, 2003, ob. cit., pp. 442 y ss.

<sup>15</sup> De forma más detallada, MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, *La reincidencia*, ob. cit., pp. 99 y ss.

<sup>16</sup> Vid. B. CRUZ MÁRQUEZ, «Presupuestos de la responsabilidad penal del menor: una necesaria revisión desde la perspectiva adolescente», *AFDUAM*, núm. 15, 2011, en prensa.

<sup>17</sup> Al respecto, vid. J. C. COLEMAN, L. B. HENDRY, *Psicología de la adolescencia*, 4ª edición, Morata, Madrid, 2003, pp. 227 – 239.

<sup>18</sup> Lo que supone triplicar el límite máximo de duración establecido en general para la medida juvenil (artículo 9.3 de la LORRPM).

general de determinación de la medida juvenil, caracterizado por su flexibilidad y por la atención al interés superior del menor.

Otras manifestaciones del efecto de la comisión de hechos delictivos previos por parte del menor, son su previsión, con carácter preferente, entre los criterios para la adopción de la medida cautelar de internamiento (artículo 28.2 de la LORRPM)<sup>19</sup> y la exclusión expresa de las posibilidades de desistimiento incondicionado (artículo 18 LORRPM *in fine*), extendida en la práctica al desistimiento condicionado a la conciliación / reparación del daño<sup>20</sup>. A ellas se añade la obligación por parte del juez de menores de tomar en consideración, en el momento de dictar sentencia, la comisión con anterioridad de otros hechos de la misma naturaleza (artículo 39.1, párrafo 1º de la LORRM).

Por lo que se refiere al pronóstico de reincidencia, únicamente existe una previsión expresa entre los criterios de adopción de las medidas cautelares, concretamente el “riesgo de atentar contra los bienes jurídicos de la víctima” (artículo 28.1 LORRPM), introducida por la reforma operada a través de la LO 8/2006. Ahora bien, la ausencia de una mención específica a la valoración del riesgo de reincidencia en el régimen general de determinación de la medida a aplicar (artículo 7.3 LORRPM) o en cuestiones complementarias, como la suspensión de la ejecución (artículo 40 LORRPM), su modificación por otra o incluso el cese de la medida (artículos 13 y 51 LORRPM), no debe ocultar la innegable probabilidad de que influya en la adopción de este tipo de decisiones, dado el protagonismo de las consideraciones preventivo especiales en este ámbito<sup>21</sup>.

### III. CONSECUENCIAS DE LA APRECIACIÓN DE REINCIDENCIA EN LA DETERMINACIÓN DE LA MEDIDA JUVENIL

La exposición anterior acerca de la regulación relativa a la reincidencia en el ámbito del Derecho penal de menores sirve para evidenciar el objetivo común de sus diferentes manifestaciones legales, que no es otro que el de intervenir frente al peligro asociado a un determinado perfil de menor infractor, definido bien por haber persistido en la comisión de conductas delictivas pese al cumplimiento de medidas penales, bien por concurrir en su entorno personal, familiar o social factores asociados a una elevada probabilidad de reiteración en el delito. Con independencia de las consideraciones críticas que se pueden esgrimir frente a este tipo de reacciones, sobre la base tanto de las limitaciones preventivas de la intervención penal como de las serias dudas metodológicas que plantean los instrumentos de pronóstico<sup>22</sup>, es preciso, en primer

---

<sup>19</sup> E. VAELO ESQUERDO, «La incesante aproximación del derecho penal de menores al derecho penal de adultos», *RGDP*, 11 (2009), p. 25.

<sup>20</sup> *Vid.* B. CRUZ MÁRQUEZ, «La mediación en la Ley Penal de Menores: conciliación y reparación del daño», *REDPCr*, 07 – 14 (2005), p. 21.

<sup>21</sup> Interpretación propuesta por CARDENAL MONTRAVETA, «Reincidencia», *ob. cit.*, pp. 673 y ss. para evitar contradicciones con el artículo 10.1 de la LORRPM.

<sup>22</sup> Ampliamente, K. BOERS, «Kontinuität und Abbruch persistenter Delinquenzverläufe», en *Jugendliche Mehrfach- und “Intensivtäter”. Entwicklungen, Strategien, Konzepte*, Berlin, GpK, 2009, pp. 41 – 86.

lugar, analizar los efectos de esta regulación a la luz del principio de culpabilidad. Pues mientras que la valoración de la reincidencia en clave proteccionista (como sucede actualmente) o en atención al interés superior del menor<sup>23</sup>, dependerá de la relación de compromiso existente entre los diferentes intereses en juego y del nivel de racionalidad teleológica exigido al legislador, sus efectos en ningún caso podrán superar el límite máximo establecido por la concreta culpabilidad.

La medición de este último puede parecer de entrada extraña al Derecho penal juvenil, donde la gravedad del delito cometido constituye una más de las circunstancias a tener en cuenta en la determinación de la medida a imponer (artículo 7.3 de la LORRPM). Sin embargo, la flexibilidad general del régimen de determinación de la medida juvenil, así como la ausencia, coherente por lo demás, de alusiones expresas a las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal previstas en el CP, no es óbice para entender estas últimas como criterios independientes de cuantificación de la culpabilidad por el hecho, incorporados indirectamente a través del artículo 8, párrafo segundo, de la LORRPM<sup>24</sup>. Si bien esta afirmación deber ir acompañada de las siguientes matizaciones:

1) Tal incorporación requiere admitir que el límite establecido por dicho artículo<sup>25</sup> se refiere a la pena en concreto y no al marco penal abstracto<sup>26</sup>, tal y como defiende la doctrina dominante<sup>27</sup>, en coherencia con su fundamento y con el principio de proporcionalidad. Esta interpretación es coherente con la razón de ser de la limitación del artículo 8, esto es, evitar que la aplicación del Derecho penal juvenil conduzca a una restricción de derechos superior a la que habría sufrido un adulto por la comisión del mismo hecho delictivo.

2) Pese a que la relación de proporcionalidad se establece de forma expresa únicamente respecto de las medidas privativas de libertad<sup>28</sup> y con independencia de la enorme dificultad para comparar otras medidas previstas en el régimen penal juvenil con las penas de adultos, dado su diferente contenido y orientación, los marcos penales previstos para estas últimas deberán ser tenidos en cuenta en la determinación de la medida juvenil<sup>29</sup> siempre que ofrezcan un

---

<sup>23</sup> J. CUELLO CONTRERAS, «Reflexiones sobre la capacidad de culpabilidad del menor y su tratamiento educativo», *RECPC*, 12-01 (2010), p. 18; B. CRUZ MÁRQUEZ, *Educación y prevención general en el derecho penal de menores*, Marcial Pons, Madrid, 2006, pp. 124 s., notas nº 274 y 275.

<sup>24</sup> Artículo 8, párrafo segundo, de la LORRPM: “*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*”.

<sup>25</sup> Sobre su incorporación al texto de la LORRPM, *vid.* B. FEJOO SÁNCHEZ, «Título II. De las medidas», en *Comentarios a la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*, Pamplona, Thomson-Civitas, 2008, pp. 180, nota nº 6.

<sup>26</sup> SAP de Málaga (Sección 1ª) 218/2001, de 12 de julio, fundamentos de derecho uno (en que alude a las SSTC 36/91 y 61/98) y dos (“y por tanto con valoración de lo que concurriría si fuese mayor de edad, es decir atenuantes y agravantes que recaigan en el concreto caso”).

<sup>27</sup> Con numerosas referencias, FEJOO SÁNCHEZ, «Título II», *ob. cit.*, p. 181, nota nº 8.

<sup>28</sup> *Ídem*, p. 182, nota nº 10.

<sup>29</sup> En realidad, la doctrina del Tribunal Constitucional no sólo ha fijado los límites a la intervención penal juvenil respecto a las medidas privativas de libertad, así, la STC 36/1991, de 14 de febrero, establece expresamente la “imposibilidad de establecer medidas más graves o de una duración superior a la que

punto de referencia, tanto por existir suficientes similitudes entre ambas consecuencias jurídicas<sup>30</sup>, como por evidenciar desigualdades en la duración de la sanción penal (en contra del menor)<sup>31</sup>. En el mismo sentido, la limitación del artículo 8, párrafo segundo, también impide la imposición de medidas privativas de libertad cuando para los hechos cometidos por el menor no esté señalada en el CP una pena equivalente, privativa de libertad o privativa de derechos<sup>32</sup>, lo que permite reajustar dentro de unos límites razonables la excesiva extensión del régimen agravado previsto por la LORRPM, especialmente respecto de la comisión de delitos en grupo<sup>33</sup> y el amplio ámbito de los delitos de terrorismo<sup>34</sup>.

3) Es preciso tener en cuenta que la culpabilidad por el hecho según el régimen penal de adultos, que es el límite establecido por el artículo 8, párrafo segundo de la LORRPM no coincide con la culpabilidad por el hecho del menor de edad<sup>35</sup>, sino que su cálculo simplemente garantiza que la intervención penal operada como consecuencia del delito de este último no va a suponer una mayor restricción de derechos que aquella que habría sido operada si el delito lo hubiera cometido un adulto.

La diferente culpabilidad del menor frente al adulto constituye sin duda la clave de bóveda del régimen penal juvenil, por encima de su orientación educativa y sus pretensiones preventivo especiales. En la actualidad esta diferencia se reconoce abiertamente en términos cuantitativos: existe unanimidad en torno a la culpabilidad

---

correspondería por los mismos hechos si de un adulto se tratase” (fundamento de derecho séptimo), *vid.* FEIJOO SÁNCHEZ, «Título II», *ob. cit.*, p. 183.

<sup>30</sup> Evidente en el caso de los trabajos en beneficio de la comunidad y las prestaciones en beneficio de la comunidad, la prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o con personas afines, la privación de licencias administrativas o la inhabilitación absoluta. Es más, pese a la diferente naturaleza, al menos en términos declarativos, entre la libertad vigilada en uno y otro régimen penal, la comparación entre ambas evidencia el despropósito, en términos de proporcionalidad, de posibilidad de aplicar esta medida en caso de falta, operada por la LO 8/2006. A favor, sin embargo, FEIJOO SÁNCHEZ, «Título II», *ob. cit.*, p. 188.

<sup>31</sup> Aún a riesgo de plantear supuestos un tanto exagerados, la comisión de un delito de hurto en grupo por parte de un menor de 17 años puede tener como consecuencia la imposición de una medida de libertad vigilada de hasta 6 años de duración (artículo 10.1, letra b, de la LORRPM), lo que resulta desproporcionado si se compara con el marco penal previsto para ese delito, en abstracto, en el CP (prisión de 6 a 18 meses de duración).

<sup>32</sup> Especialmente en los casos en que la medida privativa de derechos tiene un marcado carácter defensivo, como es el caso de la inhabilitación absoluta – clasificada en el CP como pena grave –, la privación de licencias administrativas – cuya imposición como medida accesoria está limitada por la LORRPM a los supuestos en que el delito o falta se hubiere cometido utilizando un ciclomotor o un vehículo a motor, o un arma – o la prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o con personas afines – cuyo ámbito de aplicación en el régimen penal de adultos resulta excesivamente amplio, en virtud del artículo 57 del CP –.

<sup>33</sup> Entiende, sin embargo, que la aplicación de la medida de internamiento depende de la influencia criminógena del grupo o banda sobre el menor, y de las dificultades para alejarse de su influencia, FEIJOO SÁNCHEZ, «Título II», *ob. cit.*, p. 198.

<sup>34</sup> Así, en caso de comisión de la conducta tipificada en el artículo 577 del CP en relación con el 263.1 CP, la imposición de una medida de internamiento, tal y como prevé el artículo 10.2 de la LORRPM, resulta claramente desproporcionada. Ejemplo expuesto por FEIJOO SÁNCHEZ, «Título II», *ob. cit.*, p. 183.

<sup>35</sup> En el mismo sentido, FEIJOO SÁNCHEZ, «Título II», *ob. cit.*, p. 185.

“disminuida” del menor infractor<sup>36</sup>, como consecuencia de los profundos cambios, corporales, psicológicos y sociales, que experimenta el adolescente a lo largo de esta fase de desarrollo y que se manifiestan en todo lo que lleva a cabo. Circunstancias que influyen en las propias características de la delincuencia juvenil y que explican la generalizada remisión de este tipo de conductas con el inicio de la adultez<sup>37</sup>. Lejos de profundizar en las implicaciones de este menor grado de madurez del adolescente al comprobar y medir su concreta culpabilidad por el delito cometido<sup>38</sup>, se ha tenido por suficiente la previsión de un catálogo de consecuencias jurídicas adaptado al menor y una reducción generalizada de la duración de la intervención penal<sup>39</sup>. Esta opción (que permite incluso una lectura favorable a la existencia de diferencias cualitativas, no sólo cuantitativas, entre la culpabilidad del menor y la del adulto) no garantiza, sin embargo, ni la consideración en todos los casos de la atenuación de la respuesta penal en razón de la minoría de edad, ni una valoración de la concreta culpabilidad comprensiva de las peculiaridades que pueden desprenderse del proceso de desarrollo particular del adolescente que ha cometido el delito<sup>40</sup>. Resulta obvio que ambas cuestiones precisan un análisis particularizado, que permita evaluar el alcance de la reducción generalizada de la responsabilidad penal operada por el Derecho penal juvenil, así como incorporar la valoración de las peculiaridades del menor en concreto al cuantificar su culpabilidad por el hecho. Aunque no es objetivo de este trabajo acometer semejante tarea, puede ser provechoso comprobar la relevancia de introducir este tipo de esquemas al hilo de uno de los ejemplos más claros de la insuficiencia de prever un sistema penal juvenil separado del de adultos para garantizar el respeto al límite máximo fijado por la concreta culpabilidad. Es el caso de la reincidencia, tanto en calidad de circunstancia agravante, por haber cometido el menor un delito con anterioridad, como de circunstancia indicativa, por existir un pronóstico relativo a su concurrencia, de una mayor necesidad preventivo especial.

Ya se han señalado con anterioridad los efectos de la *agravante de reincidencia* en la determinación de la medida juvenil (artículo 10.1 b de la LORRPM) siempre que se trate de un delito grave o de un delito menos grave cometido con violencia o intimidación / en grupo o banda. La observación de esta agravante a la luz del límite establecido por el 8.2 de la LORRPM, es decir, la consideración de los marcos penales

---

<sup>36</sup> Sobre la presencia constante de esta presunción en la doctrina española con anterioridad al Código penal de 1995, así como los planteamientos surgidos con posterioridad al mismo, *vid.* A. MARTÍN CRUZ, A., *Los fundamentos de la capacidad de culpabilidad penal por razón de la edad*, Comares, Granada, 2004, pp. 91 y ss.

<sup>37</sup> Al respecto, CRUZ MÁRQUEZ, *AFDUAM*, núm. 15, 2011, *ob. cit.*, en prensa.

<sup>38</sup> Prueba de ello es la omisión por parte del legislador de alusiones directas al grado de madurez del menor al establecer las bases de su responsabilidad penal, trasladando sin más las causas de exclusión de la responsabilidad penal previstas para el adulto (artículo 5 de la LORRPM).

<sup>39</sup> Impuesta por la propia lógica del sistema, pues la edad del infractor aumenta paralelamente a la ejecución de la medida y una duración de esta por encima de los cuatro años, que es la diferencia existente entre los 14 y los 18 años, plantea serias contradicciones, tal y como se constata al analizar la regulación establecida en el artículo 14 de la LORRPM.

<sup>40</sup> *Vid.* J. CUELLO CONTRERAS, *El nuevo Derecho penal de menores*, Civitas, Madrid, 2000, pp. 51 y ss.; H. HERNÁNDEZ BASUALTO, «El nuevo derecho penal de adolescentes y la necesaria revisión de su “teoría del delito”», *Documentos Oficiales. Estudios en Derecho penal juvenil I*, núm. 5, 2009, pp. 85 – 110; FEJOO SÁNCHEZ, «Título II», *ob. cit.*, p. 186.

y las circunstancias modificativas de la responsabilidad establecidos en el CP, permite alcanzar dos conclusiones importantes:

1) Cuando se trate de la reiteración de un delito menos grave cometido con violencia o intimidación contra las personas o cometido en un grupo<sup>41</sup> que no revista la cualidad de criminal y que no tenga asignada en el CP la imposición obligatoria de una pena privativa de libertad<sup>42</sup>, no se podrá aplicar al mayor de 16 años la medida de internamiento en régimen cerrado. Esta comprobación, que permite evitar que el menor de 16 ó 17 años resulte perjudicado respecto del adulto, no asegura sin embargo la consideración de la disminución de la culpabilidad en razón de la minoría de edad, que se presume incluida en el Derecho penal juvenil. Una opción al respecto, cuya viabilidad debe ser aún estudiada desde una perspectiva global, sería acudir al artículo 68 que, refiriéndose a las eximentes incompletas, establece la atenuación en uno o dos grados de la culpabilidad por el hecho, en función del número y entidad de los requisitos que falten o concurran. Así, la medida que se imponga al menor no podrá superar en intensidad a la pena resultante al aplicar, en general, una reducción en dos grados si el menor no ha alcanzado los 16 años de edad (pero tiene más de 14 años, edad por debajo de la cual no se exige responsabilidad penal) y en uno si se encuentra entre los 16 y los 18<sup>43</sup>.

Por ejemplo, en el caso de la comisión reiterada de un delito de lesiones del 147 CP por parte de un menor de 17 años, la medida de internamiento impuesta en aplicación del artículo 10.1 b) de la LORRPM no debería superar la duración de 6 meses menos 1 día; lo que contradice el marco establecido por la LORRPM en 1 a 6 años.

2) Por lo que se refiere a la interpretación del concepto de reincidencia, sobre cuyo contenido la LORRPM no se pronuncia y pese a la tendencia general a remitir al artículo 22.8<sup>a</sup> del CP<sup>44</sup>, resulta conveniente utilizar los requisitos exigidos en el artículo 66.1.5<sup>a</sup> CP (agravante de reincidencia cualificada): condena ejecutoria de al menos 3 delitos del mismo título del CP, siempre que sean de la misma naturaleza<sup>45</sup>; lo que conllevaría una aplicación restrictiva de esta agravante, ajena, por lo demás a la consecución del interés superior del menor. El fundamento de esta propuesta reside en una interpretación extensiva de la limitación establecida en el artículo 8, párrafo segundo del CP, en la medida en que los efectos que se derivan de la regla establecida en el artículo

---

<sup>41</sup> No alude a los delitos menos graves cometidos con violencia o intimidación en las personas porque en este caso el CP prevé siempre pena privativa de libertad.

<sup>42</sup> Por ejemplo, las coacciones y amenazas leves en el seno de la pareja, entre las que se consideran las relaciones de noviazgo, están amenazadas con pena de prisión de 6 meses a 1 año o de trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 80 días.

<sup>43</sup> Atenuación que se debería hacer extensiva al menor de 21, siempre que concurra en él un grado de madurez similar al propio del menor de 18 años de edad. En un sentido similar, J. CUELLO CONTRERAS, *El Derecho penal español - Parte General. Nociones introductorias. Teoría del delito*, Dykinson, Madrid, 2002, pp. 981 y ss.

<sup>44</sup> FEJOO SÁNCHEZ, «Título II», ob. cit., p. 204, con numerosas referencias en la nota nº 2.

<sup>45</sup> Sobre las dificultades para interpretar en qué consiste la condena ejecutoria en el régimen penal juvenil, CARDENAL MONTRAVETA, «Reincidencia», ob. cit., pp. 674 y ss.



10.1 b) LORRPM respecto del mayor de 16 años – prescripción al juez de menores de imponer una medida de internamiento de 1 a 6, siendo el régimen general el principio de flexibilidad y la duración máxima de 2 años – están más próximos a los aparejados a la agravante de reincidencia cualificada del artículo 66.1.5ª CP – aplicación de la pena superior en grado al multirreincidente –. Bien entendido que esta opción, aunque preferible por cumplir con mayor rigor la prohibición de extender la privación de libertad más allá de lo previsto en el Derecho penal de adultos, no evita por sí sola el automatismo de este criterio, ni las dudas que suscita en general la mención, expresa o indirecta, a la reincidencia en el Derecho penal juvenil<sup>46</sup>.

Por lo que se refiere al *pronóstico de reincidencia* como indicio de una mayor necesidad de atención preventivo-especial y, por lo tanto, de un incremento de la intervención penal en extensión y/o intensidad, es preciso señalar que la mayoría de las variables aludidas por los instrumentos predictivos, referidas al menor infractor directa o indirectamente<sup>47</sup>, son susceptibles de ser valoradas en sede de culpabilidad y remiten, siempre que hayan influido de forma relevante en la capacidad del menor para motivarse por la norma penal, a la aplicación de la atenuante prevista en el artículo 68 del CP en su mayor extensión. Sin ánimo de exhaustividad, en un ámbito por lo demás sumamente extenso, se enumeran a continuación diferentes constelaciones, a las que con frecuencia se asocia un pronóstico negativo de reincidencia:

(a) Los casos en que se comprueba una socialización deficitaria por parte del menor, como consecuencia de la incompetencia o falta de interés de quienes detentan su custodia en un contexto de especial aislamiento social<sup>48</sup>, cuando tales deficiencias hayan afectado de manera significativa su desarrollo ético-moral.

(b) La presencia de obstáculos importantes en el proceso de interiorización de las normas sociales en situaciones de conflicto cultural entre la comunidad de procedencia y la mayoritaria, especialmente cuando el menor siga un patrón de identificación separado o marginal<sup>49</sup>.

---

<sup>46</sup> VAELO ESQUERDO, *RGDP*, 11 (2009), ob. cit., p. 25.

<sup>47</sup> Se trata tanto de variables relativas al menor en concreto – sexo, área geográfica de referencia, personalidad, inteligencia, rasgos psicológicos, etc. –, como a su familia y entorno – estructura familiar, modelo de educación parental, asociaciones con grupos disociales, entorno marginal, etc. –, formativas – nivel de estudios, absentismo, tiempo libre, etc. o propiamente criminológicas – antecedentes penales, infracciones violentas, gravedad / tipo de delito, etc. –. Vid. M. CAPDEVILA CAPDEVILA, M. FERRER PUIG, E. LUQUE REINA, *La reincidencia en el delito en la justicia de menores*, Documentos de Trabajo, Barcelona, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, 2005, p. 32.

<sup>48</sup> Menciona el ambiente familiar desestructurado y los centros de protección de menores entre los indicios que pueden servir de orientación para declarar la ausencia de capacidad de culpabilidad, T. RUPP-DIAKOJANNI, *Die Schuldfähigkeit Jugendlicher innerhalb der jugendstrafrechtlichen Systematik. Ein Vergleich zwischen dem deutschen und dem griechischen Jugendsatrafrecht*, Pfaffenweiler, Centaurus-Verlagsgesellschaft, 1990, p. 61.

<sup>49</sup> Señalan los valores, la orientación hacia las normas sociales y el ambiente positivo en la escuela como las variables con mayor relevancia en el cumplimiento de la norma penal por parte del adolescente, al tiempo que advierten sobre el efecto reforzador de la propia conducta delictiva para el mantenimiento de una orientación contraria a la norma, que fomenta esa primera conducta delictiva, K. BOERS, D. SEDDING, J. REINECKE, «Sozialstrukturelle Bedingungen und Delinquenz im Verlauf des Jugendalters: Analysen

(c) La dependencia especialmente intensa respecto de personas de referencia de su entorno más cercano (padres, hermanos mayores, educadores con quienes se mantenga una relación estrecha, etc.) o menores del mismo grupo de edad<sup>50</sup>, conducente a que el menor se someta a las instrucciones de estas personas con autoridad a pesar de comprender el carácter injusto del hecho. También se habrá de tener en cuenta la comisión del delito en el contexto del grupo de pares o bajo las indicaciones de sus miembros, cuando su influencia en el desarrollo de la propia autoestima sea especialmente relevante y la dinámica de los hechos haya dificultado enormemente al menor desbancarse del grupo<sup>51/52</sup>.

(d) Por razones parecidas merece una consideración especial la participación de un familiar o de un adulto de referencia en la comisión del delito, siempre y cuando su presencia haya dificultado al menor la observación de la norma penal y no sólo incitado su incumplimiento.

#### IV. CONCLUSIONES

La consideración de la circunstancia de reincidencia en el Derecho penal juvenil, ya sea en sentido proteccionista – tanto de cara a la sociedad como al menor infractor, que percibe una respuesta más contundente cuando persiste en la conducta delictiva –, o en sentido educativo – lo que exige analizar cada supuesto de forma individualizada y, en la mayoría de los casos, interpretar la conducta reincidente como parte del proceso de socialización e interiorización de la norma penal –, tiene como límite infranqueable la concreta culpabilidad del menor por el hecho cometido, blindado además por la prohibición de intervenir frente a este de forma más restrictiva a como se habría intervenido ante un adulto que hubiese cometido el mismo delito. Esta prohibición favorece la importación del artículo 66.5<sup>a</sup> del CP en lugar del 22.8<sup>a</sup> para dotar de contenido a la circunstancia de reincidencia en el ámbito de determinación de la medida, mientras que la observación de la primera obliga a delimitar la culpabilidad por el hecho del menor infractor, para lo que puede servir de referencia, sin desprestigiar el resto de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal previstas en el Derecho penal de adultos, la atenuante por concurrencia de eximente incompleta del artículo 68 CP.

---

mit einem kombinierten Markov- und Wachstumsmodell», *MschKrim*, núm. 92, vol. 2/3, 2009, p. 284.

<sup>50</sup> Especialmente cuando vaya acompañada de una situación de abandono o de distanciamiento por parte del núcleo familiar.

<sup>51</sup> A. FISCHER, *Strafmündigkeit und Strafwürdigkeit im Jugendstrafrecht*, Frankfurt am Main, Europäische Verlag der Wissenschaften, 2000, p. 38; RUPP-DIAKOJANNI, *Schuldfähigkeit Jugendlicher*, ob. cit., pp. 61 y ss.

<sup>52</sup> F. SPECHT, «Neurotische Störungen und Entwicklungskrisen im Jugendalter», *Psychiatrische Begutachtung. Ein praktisches Handbuch für Ärzte und Juristen*, 2., neubearbeitete und erweiterte Auflage, Stuttgart (et al.), Gustav Fischer Verlag, 1994, p. 401.

## **LA CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE DE REINCIDENCIA EN EL DERECHO PENAL JUVENIL**

**Resumen:** el presente trabajo profundiza en la regulación de la reincidencia en el ámbito del Derecho penal de menores, en particular la previsión de efectos en el régimen de determinación de la medida juvenil. En este ámbito la culpabilidad por el hecho constituye un límite infranqueable, lo que sitúa en un primer plano al sistema de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal para el adulto. Bien entendido que no se trata de incorporarlo, sino de establecer parámetros fijos y estables. Sirvan de ejemplo la prohibición de responder frente al menor de forma más restrictiva que frente al adulto o la obligación de considerar las peculiaridades de la culpabilidad del adolescente. Unas y otras constituyen una garantía irrenunciable frente a los abusos que se pueden ejercer en nombre de la prevención especial e incluso de la consecución del superior del menor.

**Palabras clave:** Circunstancia agravante de reincidencia. Pronóstico de reincidencia. Culpabilidad por el hecho. Prevención especial.

## **THE AGGRAVATING FACTOR OF RECIDIVISM IN JUVENILE CRIMINAL LAW**

**Abstract:** This paper explores the regulation of recidivism in the area of juvenile criminal law, particularly in its legal effects in the system of individualization of programs for juveniles. In this area, factual blameworthiness is an insurmountable barrier, which brings to the fore the system of factors modifying criminal liability set for adults. Understood that it is not proposed to import this system, but to establish likewise fixed and stable parameters. Examples include the prohibition of reacting to juveniles more restrictively than against adults, or the obligation to consider the peculiarities of blameworthiness in teenagers. Both principles are irrevocable guarantee against abuses that could be exercised on behalf of special deterrence and even of the supreme interest of juveniles.

**Keywords:** Aggravating factor of recidivism. Recidivism prognosis. Factual blameworthiness. Special prevention.

**Nota recibida:** 25.6.2011

**Nota aceptada:** 25.9.2011