

Las **CONGRESO INTERNACIONAL**
CIENCIAS
PENALES EN EL
SIGLO XXI



Academia Mexicana de
Ciencias Penales



Instituto Nacional de Ciencias Penales

Congreso Internacional Las Ciencias Penales en el Siglo XXI

Publicado por el Instituto Nacional de Ciencias Penales
Magisterio Nacional Núm. 113, Col. Tlalpan
Delegación Tlalpan
C. P. 14000, México, D. F.

ISBN: 968-5074-78-X

Edición y Distribución:
Instituto Nacional de Ciencias Penales

D. R. © 2004 INACIPE

Prohibida por cualquier medio la reproducción parcial o total de cualquier capítulo o información publicados sin previa autorización expresa del Instituto Nacional de Ciencias Penales, titular de todos los derechos.

Impreso y hecho en México
Made and printed in Mexico

www.inacipe.gob.mx
Correo electrónico (e-mail): publicaciones@inacipe.gob.mx

Contenido

Presentación	11
Nuevas Técnicas de la Criminalística	
Modernas técnicas de la criminalística	17
L. Rafael MORENO GONZÁLEZ	
Desastres sociológicos: atentados terroristas.....	33
Juan LÓPEZ PALAFOX	
Medicina forense y terrorismo químico-biológico	47
Mario ALVA RODRÍGUEZ	
Delincuencia Organizada	
La situación de la delincuencia organizada en Europa	67
Jörg KINZIG	
Abogados penalistas y lavado de activos	87
Ramón RAGUÉS I. VALLÉS	
Los modelos de la regulación del blanqueo de capitales	121
Teresa MANSO	
El narcotráfico y la crisis de la sociedad colombiana	145
Andrés LÓPEZ RESTREPO	

Novedades en materia de extradición internacional 171
Gavan GRIFFITH

Reforma Penal y Procesal Penal

La cooperación judicial y policial en Europa: una visión general 195
Barbara HÜBER

El sistema penal y los límites de la lucha por el Derecho 213
Ricardo Alberto GUIBOURG

La reforma constitucional judicial en Colombia 231
Gustavo MORALES MARÍN

La juridificación de la prisión en México 245
Mercedes PELÁEZ FERRUSCA

La judicialización de la ejecución penal 261
Antonio SÁNCHEZ GALINDO

La persecución de los delitos sexuales por los tribunales internacionales 275
Chiseche SALOME MIBENGE

La validez del sistema penal actual frente a los retos de la nueva sociedad 289
Nieves SANZ MULAS

La tercera vía para la resolución de los conflictos 317
Zulita FELLINI

Sociología del Derecho Penal 343
Rafael MÁRQUEZ PIÑERO

Simplificación de los procesos penales: la experiencia argentina 361
Esteban RIGHI

Autoría y participación en el nuevo Código Penal para el Distrito Federal	383
Alicia AZZOLINI	
La importancia de los acuerdos con el imputado en el sistema penal español y latinoamericano	403
Gabriel Ignacio ANITÚA	
Impacto de la victimología en la investigación, educación y servicios para víctimas: una revolución silenciosa	429
John P. J. DUSSICH	
Dogmática penal y víctima del delito	445
Alfonso CADAVID QUINTERO	
Impacto de los principios de las Naciones Unidas en la reforma penal	469
Slawomir REDO	
Nuevas Tendencias Criminológicas y Victimológicas	
Visión multidisciplinar de la delincuencia juvenil. La ley penal del menor en España	491
Nieves SANZ MULAS	
Los servicios voluntarios de asistencia a víctimas. Contribuciones y políticas	523
Peter HEPBURN	
Violencia y reconciliación: el papel del Derecho Penal en situaciones extremas	545
Jan-Michael SIMON	
Responsabilidad criminal y reconciliación	567
Jan-Michael SIMON	
Las víctimas de Génova y el caso Garavito, homicida en serie	587
Álvaro VIVAS BOTERO	

Derecho Penal, delito y guerra; las perspectivas del Derecho Penal en los albores del siglo XXI	605
Raúl CARRANCÁ Y RIVAS	
Hermenéutica del discurso criminal	623
Carlos TORNERO DÍAZ	
Nuevas tendencias criminológicas y victimológicas en la sociedad de la información	639
Gabriel Andrés CÁMPOLI	
Delincuencia juvenil y la reforma en las leyes menores	685
Hans-Jörg ALBRECHT	
Principio de la culpabilidad, prevención delictiva y herencia genética.....	717
Carlos María ROMEO CASABONA	
El tratamiento y la protección de los datos genéticos	741
Carlos María ROMEO CASABONA	
Legitimación de la victimología	771
Luis RODRÍGUEZ MANZANERA	
Criminalidad en el ámbito laboral: el acoso moral.....	783
Celia SUAY HERNÁNDEZ	
Conflictos interétnicos en África Occidental.....	847
Ibrahima BAH	
Adiós al Derecho Penal	869
Miguel ONTIVEROS ALONSO	

La validez del sistema penal actual frente a los retos de la nueva sociedad

NIEVES SANZ MULAS

Política es el arte de aplicar en cada época de la historia aquella parte del ideal que las circunstancias hacen posible.

ANTONIO CÁNOVAS DEL CASTILLO

I. Introducción

Que duda cabe, y nos guste o no, que la criminalización de una conducta sigue siendo un problema político. Una decisión claramente fundada en una serie de valoraciones sociales, económicas y culturales concretas. Pero, ¿y qué ocurre con los juristas? ¿Dónde está su, por lógica, necesaria aportación en la batalla contra la criminalidad?

El jurista —estamos de acuerdo con Zúñiga—¹ ha perdido la capacidad de respuesta ante los problemas sociales, siendo finalmente el político quien toma la decisión sobre una concreta direccionalidad so-

cial y sobre los medios para alcanzarla. Y es que, frente a este embate de la Política, los penalistas seguimos ciertamente estancados en el pasado, usando armas del todo trasnochadas y poco, o nada, eficientes. Esto es, mientras el político aduce utilidad, el penalista responde con una “rigurosidad científica” que ya no es de recibo. Y, mientras tanto, la sociedad demanda más protección, y a esa petición hay que darle una respuesta.

Porque las sociedades actuales viven en continua transformación y en ellas las ciencias

¹ Zúñiga Rodríguez, L. *Política criminal*, Madrid, Colex, 2001, p. 20.

sólo se legitiman por su capacidad para resolver problemas sociales. Luego, el reto fundamental de los penalistas se halla en la búsqueda de soluciones eficaces, frente al problema de la criminalidad, y con respeto claro de las reglas fundamentales de intervención penal. Y ello pasa, sin duda, “por una racionalización de la política criminal buscando un elenco de respuestas no necesariamente penales”.²

II. *Notas definitorias de la sociedad moderna*

No cabe duda en que cada sociedad produce su propia criminalidad. Y esto es así porque el fenómeno criminal no es sino el producto de unas determinadas coordenadas históricas y sociales. No existen, por tanto, tipologías abstractas de criminalidades, sino personas que por determinadas circunstancias sociales realizan comportamientos que en ese momento son considerados delictivos. Esto es, la definición del delito es el resultado de una sistemática negociación

Política y Derecho, por tanto, como los dos grandes sistemas de regulación de la vida social, deben buscar caminos convergentes, “lo que en el ámbito de la prevención de la criminalidad significa —concordamos nuevamente con Zúñiga— racionalizar la política criminal, juridificando la acción política y politizando la acción jurídica”.³ O lo que es lo mismo, acabar con la actual “apropiación política del discurso jurídico”.⁴

entre las demandas sociales, siempre más dinámicas que las ofertas institucionales, y la normalización de dichas demandas por parte del Estado.⁵

En este sentido, y ciñéndonos a las sociedades occidentales posindustrializadas, o posmodernas, entre las que cabe integrarse la nuestra, podemos hacer destacar como notas definitorias, condicionantes de la actual política criminal, las siguientes:

² *Idem.*

³ *Idem.*

⁴ García Inda-Susin Betran. “Libertad y seguridad en la crisis del bienestar”, en *CPC*, núm. 55, 1995, p. 357.

⁵ San Juan, C. “Control social y reacción social ante la criminalidad de los inmigrantes”, en *Eguzkilore, Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, núm. 13, diciembre 1999, p. 19.

1. *Sociedad de comunicación*

El protagonismo del que hoy en día “gozan” los medios de comunicación no tiene precedentes. Los *mass media* han adquirido el liderazgo absoluto como poder configurador de imágenes, demandas y expectativas sociales, y con intereses, por supuesto, consumistas. Pero eso no es todo, y ahí comienza el problema. Este poder paulatinamente se va convirtiendo también en poder disciplinario, esto es, en control social informal. Porque a través de la creación de imágenes también se configuran roles, estereotipos sociales de las conductas desviadas y de la criminalidad. Es más, cabe aducir su indudable influencia en la demanda de concretas políticas criminales, y por lo general de claro carácter represivo, y en las que el sistema penal está llamado a actuar como *prima ratio*, “cual poder apaciguador de inquietudes sociales”.⁶

Raro es el día que nos despertemos sin noticias “vinculadas” a la criminalidad; es más, ninguna crisis, por muy remota que se encuentre en el espacio, no es ajena.⁷ Pero ya no sólo es importante lo que “es” la crimina-

lidad, sino lo que “parece” ante la sociedad y lo que ésta demanda con su “visión” al sistema penal. El poder configurador de la sociedad con el que cuentan los medios de comunicación, ha hecho trasladar al sistema penal el debate social de cuestiones valorativas que interesan a los ciudadanos. Cuestiones como la violencia doméstica, la corrupción política, los ataques al medio ambiente, el acoso sexual en las empresas, el terrorismo, etcétera.⁸

Conflictos todos ellos que, al no ser asumidos ni por los poderes políticos ni por las fuerzas sociales, llegan *prima ratio* al sistema penal, exigiéndosele respuestas contundentes que sirvan de muestra de un supuesto consenso social sobre los temas a debate. Una nueva función, ésta asumida por el sistema penal, que influye claramente en su configuración, reforzando su función de medio de control social. Unos efectos promocionales, instrumentales, funcionalizadores del sistema social de consenso, que tiene claro efectos nocivos para el propio sistema penal y para la sociedad en general.

⁶ Zúñiga Rodríguez, L. *Op. cit.*, p. 254.

⁷ Mesa, R. *La nueva sociedad internacional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 111.

⁸ Zúñiga Rodríguez, L. *Op. cit.*, p. 255.

Porque lo que, finalmente, se está fomentando no es sino un uso utilitarista del Derecho penal, que provoca un abuso de la intervención penal, legitimando su actuación en *prima ratio* y propiciando que se privilegie su función preventiva sobre la de protección de bienes jurídicos. Lo que sólo cabe traducirse, al final, en una función meramen-

te simbólica del Derecho penal, y por ello carente de toda legitimación —concordamos con Díez Ripollés—, “en cuanto que su configuración ya no aspira a, ni por lo general puede, fundamentarse en su eficacia para proteger bienes jurídicos y evitar la delincuencia, único fin que permite justificar la correspondiente decisión legislativa”.⁹

2. Sociedad del riesgo

La sociedad actual, de igual modo, se caracteriza por la aparición de nuevos avances tecnológicos. Vivimos en la era de la tecnología y ello, sin duda, ha significado un notable aumento del bienestar individual, pero también ha acarreado importantes consecuencias en lo que a los conflictos sociales y la forma de abordarlos se refiere. La revolución científica y técnica, como tendremos ocasión de comprobar, constituye tanto factor de progreso como motivo acuciante de nuevas desigualdades en la sociedad internacional. Aporta todo un arsenal de expectativas que pueden servir tanto para liberar al hombre

de sus servidumbres frente a la naturaleza, como para imponerle nuevas y mucho más sofisticadas técnicas de dominación frente a sus semejantes.¹⁰

Buena parte de las amenazas a que los ciudadanos estamos expuestos provienen, precisamente, de decisiones que otros conciudadanos adoptan en el manejo de los avances técnicos:¹¹ riesgos para el medio ambiente o para los consumidores o usuarios que derivan de las aplicaciones técnicas de los desarrollos en la biología, la genética,¹² la industria química, la informática, las tele-

⁹ Díez Ripollés, J.L. “Exigencias sociales y política criminal”, en *Claves de razón práctica*, núm. 85, 1998, p. 50.

¹⁰ Mesa, R. *Op. cit.*, pp. 117 y ss.

¹¹ Silva Sánchez, J.M. *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades posindustriales*, Madrid, Cuadernos Civitas, 1999, p. 22.

¹² Piénsese, como ejemplo, en toda la controversia suscitada sobre los alimentos modificados genéticamente. Ya crecen cultivos modificados de este modo en 35 millones de hectáreas de tierra en el mundo —un área 1,5 veces mayor que Gran Bretaña—. La mayoría se siembra en Norteamérica y China. Los cultivos incluyen soja, maíz, algodón y patatas. Si partimos de que la tecnología genética es esencialmente nueva, es lógica la preocupación por el riesgo que este tipo de cultivos pueda suponer para la salud a medio o largo plazo.

comunicaciones, el tráfico rodado, la producción masiva de alimentos, etcétera. Lo que, sin embargo, no quiere decir que la nuestra sea una era más peligrosa, ni más arriesgada, que la de las generaciones anteriores, simplemente es que el balance de riesgos y peligros ha cambiado.¹³

Vivimos en un mundo donde los peligros creados por nosotros mismos son tan amenazadores, o más, que los que proceden del exterior. Ciertamente, algunos son verdaderamente catastróficos, como el riesgo ecológico mundial, la proliferación nuclear o el colapso de la economía mundial; otros, en cambio, nos afectan más a título individual, por estar relacionados con la dieta, la medicina, etcétera.¹⁴ Pero la consecuencia es una: el surgimiento y consolidación de bienes jurídicos colectivos tales como la salud pública, el medio ambiente, la ordenación del territorio o los vinculados a muy diversos aspectos del orden socioeconómico. Lógico, pues, que hoy se hable de “Sociedad del riesgo”, de “Derecho penal del riesgo”, con importantes repercusiones para la política criminal.¹⁵

La protección de tales bienes jurídicos colectivos da ocasión a abundantes riesgos y dificultades, derivados en su mayor parte de la ausencia de suficiente reflexión sobre su adecuado tratamiento. Entre todos estos riesgos, sin duda, destaca el que el Derecho penal se introduzca en ámbitos en los que no resulta eficaz, perdiendo de vista la nota de subsidiariedad frente a otro tipo de intervenciones sociales, jurídicas o no, que le es inherente. Un riesgo al que suele seguirle con frecuencia, y nuevamente, la caída en actuaciones puramente simbólicas.¹⁶

Pero no todo queda aquí, las nuevas tecnologías, sobre todo, han incidido en la configuración del ámbito de la delincuencia no intencional.¹⁷ Esto es —escribe Silva— las consecuencias lesivas del “fallo técnico” aparecen como un problema central de este modelo.¹⁸ Más que de resultados, ahora se habla de “riesgos”, de “peligros” para bienes jurídicos, con el consiguiente cambio en las reglas de la causalidad, culpabilidad y responsabilidad.¹⁹

¹³ Giddens, A. *Un mundo desbocado. Los efectos de la globalización en nuestras vidas*, Madrid, Taurus, 2001, p. 47.

¹⁴ *Idem*.

¹⁵ Zúñiga Rodríguez, L. *Op. cit.*, p. 258.

¹⁶ Díez Ripollés, J.L. *Op. cit.*, p. 53.

¹⁷ Sin olvidar, obviamente, que los avances tecnológicos también ofrecen a la delincuencia nuevos instrumentos y herramientas para delinquir con mayor velocidad y más impunidad, especialmente la criminalidad organizada.

Vid. infra, apartado III.2.B).

¹⁸ Silva Sánchez, J.M. *Op. cit.*, p. 22.

¹⁹ Zúñiga Rodríguez, L., *Op. cit.*, p. 259.

Ello explica que la actual configuración de los tipos penales sea predominantemente de “delitos de peligro”, incluso de “delitos de peligro abstracto”, pues es en el dominio del peligro, en la capacidad del actuar humano de contener el riesgo de su conducta, donde viene a centrarse lo injusto. El adelantamiento de la intervención penal parece, pues, justificado. Pero, ¿hasta qué punto? ¿Cuál es el riesgo permitido en cada conducta? ¿Cuál es el nivel máximo de riesgo por encima del cual se establece el injusto penal?²⁰

La respuesta es labor del Derecho administrativo, como encargado de delimitar, normativizar y reglamentar todos estos sectores de riesgos socialmente relevantes. Lo cual

3. *Sociedad compleja y organizada*

Nuestras sociedades también destacan por su enorme complejidad, pues la interacción individual ha alcanzado niveles hasta ahora del todo desconocidos. Son características definitorias del sistema social actual, entre otras: el desarrollo social de los últimos tiempos, la multiculturalidad como nota cada vez más característica, el vertiginoso proceso urbanístico que sufren las grandes ciudades, la división del trabajo y la proliferación

tiene una importante repercusión político-criminal: el necesario acudimiento a las leyes penales en blanco, pues la determinación de lo prohibido se desplaza a instancias extrapenales, con los problemas que tal técnica legislativa siempre conlleva. Además, a través de la técnica de los delitos de peligro, sobre todo abstracto, se puede atentar con facilidad contra el principio de seguridad jurídica, y se promueve un indebido alejamiento de las referencias materiales a las que no debe renunciar el Derecho penal y que pretende asegurar el principio de lesividad. Nos situamos, en consecuencia, frente a un sector prioritario de la política criminal, en el que —de acuerdo con Díez Ripollés—²¹ se deben centrar los esfuerzos y la reflexión.

de estructuras colectivas. Factores todos ellos que determinan el que las conductas lesivas ya no se produzcan como antes, por el comportamiento de una sola persona, sino por la interrelación de conductas en organizaciones sociales, especialmente empresas, que al tener una división funcional del trabajo —jerarquías— funcionan con una serie de principios como los de obediencia, confianza, etcétera, con el correspondiente contexto

²⁰ *Idem.*

²¹ Díez Ripollés, J.L. *Op. cit.*, p. 53.

de riesgo para bienes jurídicos.²² Esto es, la sociedad actual, de igual modo que se presenta mucho más compleja en su estructuración, se muestra mucho más delicada en su funcionamiento.²³

La creciente interdependencia de los individuos da lugar a que, cada vez en mayor medida, la indemnidad de los bienes jurídicos de un sujeto dependa de la realización de conductas positivas (de control de riesgos)

por parte de terceros. Y ello tiene como consecuencia —nos advierte Silva— la tendencia hacia una exasperación de los delitos de comisión por omisión, que incide directamente en su reconstrucción técnico-jurídica.²⁴ Y si a esto, además, le unimos el que la construcción de las sociedades es de persona jurídica, sin duda nos encontramos ante un programa bastante complejo a la hora de individualizar las correspondientes responsabilidades.²⁵

4. *Sociedad globalizada y criminalidad transnacional*

De igual modo, las nuestras son unas sociedades, sin duda, intercomunicadas, “globalizadas”, que se encuentran influenciándose unas a otras, determinándose en sus valores culturales y modos de vida, recíprocamente. La sociedad comunicativa moderna, que

acerca las distancias y a los individuos, crea nuevos tipos de relaciones sociales que hasta ahora no estamos en la capacidad de ordenar y controlar socialmente.²⁶ Esto es, y en palabras literales de Giddens, “para bien o para mal lo único cierto es que nos vemos

²² Por no mencionar el hecho de que la mayor densidad poblacional de las grandes ciudades aumenta el anonimato de los individuos, y con él mejoran las posibilidades de que la criminalidad se desarrolle. O de que la fragmentación social de la familiar por los cambios de roles, la incorporación de la mujer al trabajo, los desplazamientos de uno de los miembros de la pareja a otras áreas geográficas, producen necesariamente conflictividad social, conductas desviadas y criminalidad. *Vid.*, en Zúñiga Rodríguez, L. *Op. cit.*, p. 263. Y estos son unos aspectos de la globalización —nos recuerda Giddens— al menos tan importantes como los que se producen en el mercado global. *Vid.*, en Giddens, A. *Op. cit.*, p. 16.

²³ Mesa, R. *Op. cit.*, p. 122.

²⁴ Silva Sánchez, J.M. *Op. cit.*, p. 23.

²⁵ Zúñiga Rodríguez, L. *Op. cit.*, p. 263.

²⁶ *Ibidem*, p. 264.

propulsados a un orden global que nadie comprende del todo, pero que hace que todos sintamos sus efectos”.²⁷ Es más, cabría, incluso, aducir varias razones que tornan irreversible la globalidad:²⁸ el ensanchamiento del campo geográfico y la creciente densidad del intercambio internacional, así como el carácter global de la red de mercados financieros y del poder de las empresas multinacionales; la revolución en el terreno de la información y la tecnología de la comunicación; la exigencia de respetar los derechos humanos, en cuanto éstos son considerados como el principio de la democracia; la política mundial, cada vez más posinternacional y policéntrica; el problema de la pobreza global; la crisis del principio tradicional de soberanía; una nueva concepción de la estatalidad.

La globalización, qué duda cabe, está reestructurando nuestros modos de vivir, y de forma muy profunda. Está dirigida por Occi-

dente, lleva la fuerte impronta del poder político y económico estadounidense y —aquí comienza el problema— es altamente desigual en sus consecuencias.²⁹ Porque la globalización es un fenómeno, sobre todo, económico, que se define por la eliminación de restricciones a las transacciones y la ampliación de los mercados. Pero las fronteras no sólo se abren para los ciudadanos, sino también para la delincuencia —en especial la organizada— que, aprovechándose de los canales del comercio internacional libre y de los adelantos tecnológicos, mueve capitales, beneficios, personas y mercancías ilícitas de todo tipo.³⁰

La criminalidad de la globalización es, por tanto, criminalidad de sujetos poderosos, caracterizada no sólo por la magnitud de sus efectos económicos, sino también políticos y sociales, pues tiene una notable capacidad de desestabilización de los mercados y de

²⁷ Giddens, A. *Op. cit.*, p. 19.

²⁸ Gurrutxaga Abad, A. “Los nuevos retos de los derechos humanos”, en *Eguzkilore, Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, núm. extraordinario 12, 1998, p. 233.

²⁹ Al respecto, Giddens escribe: “La globalización, razonan algunos, crea un mundo de ganadores y perdedores, unos pocos en el camino rápido hacia la prosperidad, la mayoría condenada a una vida de miseria y desesperación. Las estadísticas al respecto son angustiosas. La porción de renta global de la quinta parte más pobre de la población mundial se ha reducido del 2,3% al 1,4% entre 1989 y 1998. La proporción que se lleva la quinta parte más rica, en cambio, ha aumentado. En el África subsahariana 20 países tienen menor renta per cápita en términos reales que a finales de los años sesenta. En muchos países poco desarrollados las normas de seguridad y medio ambiente son escasas o prácticamente inexistentes. Algunas empresas transnacionales venden mercancías que son restringidas o prohibidas en los países industriales —medicinas de poca calidad, pesticidas destructivos o cigarrillos con un alto contenido en nicotina y alquitrán—. En lugar de una aldea global, alguien podría decir, esto parece más el saqueo global”. *Vid.*, en Giddens, A. *Op. cit.*, pp. 27 y ss.

³⁰ Zúñiga Rodríguez, L. *Op. cit.*, p. 265.

corrupción de funcionarios y gobernantes.³¹ Lógico, pues, que constituya uno de los grandes retos de la actual política criminal. Porque, hoy por hoy, son más que evidentes las imperfecciones del sistema de imputación individual del Derecho penal, haciéndose absolutamente necesaria la creación de nue-

vos mecanismos de imputación que responden mejor a una criminalidad que es transnacional, organizada, empresarial. Dos frentes deben, sobre todo, trabajarse: el problema de la imputación en organizaciones complejas y el carácter transnacional del delito.³²

5. *Sociedad de la inseguridad y de los sujetos pasivos*

La nuestra también cabe ser definida como la sociedad de la inseguridad.³³ Entre sus causas, sin duda, se encuentran las dificultades de adaptación de la población a sociedades en continua aceleración. La actual revolución de las comunicaciones da lugar a un vértigo, derivado de la falta de dominio del curso de los acontecimientos, que sólo cabe traducirse en términos de inseguridad. Esto es, a las dependencias tradicionales hay que sumar ahora la subordinación tecnológica, probablemente más grave que las anteriores por la sutileza con que actúa y la asepsia con que es presentada su utilización. Porque, qué duda cabe —y coincidimos con Mesa—,³⁴ en

que el conocimiento sólo es liberador cuando se encuentra a la libre y entera disposición de todos. El saber en manos de unos pocos siempre será la característica definitiva en la articulación de un mecanismo de poder y de dominación.

De igual modo, a través de los medios de comunicación, donde lo lejano y lo cercano muchas veces pierden sus contornos, y donde la reiteración y actitud (dramatización, morbo) con la que se examinan determinadas noticias actúan como verdaderos agentes multiplicadores de los ilícitos y las catástrofes,³⁵ se provocan percepciones

³¹ Silva Sánchez, J.M. *Op. cit.*, p. 70.

³² Zúñiga Rodríguez, L. *Op. cit.*, p. 265.

³³ Silva Sánchez, J.M. *Op. cit.*, pp. 27 y ss.

³⁴ Mesa, R. *Op. cit.*, p. 143.

³⁵ A nadie se le escapa, por ejemplo, la “influencia” que en la conciencia social ejerce la proliferación de los programas caracterizados como *reality shows* en muchos medios de comunicación.

inexactas³⁶ que generan verdaderas situaciones de inseguridad.³⁷ Es más, incluso las propias instituciones públicas de represión de la criminalización contribuyen a esa difusión de la sensación de inseguridad, con la transmisión de imágenes sesgadas de la realidad.³⁸ Consecuencia de todo ello: la seguridad se convierte en una pretensión social a la que se supone el Estado y, en particular, el Derecho penal deben dar respuesta. Vivimos, por tanto, en una sociedad del miedo. Y ese miedo puede llegar a ser tanto o más dañino para la sociedad que el mismo delito, puesto que genera conductas en los ciudadanos

que pueden poner en peligro la seguridad de la población,³⁹ además de contribuir a un determinado consenso que continuamente legitime discursos basados en la ley y el orden, con el correspondiente peligro para la convivencia democrática.

Pero no todo acaba aquí, los aumentos de expectativas de los individuos en las sociedades del bienestar, el incremento del nivel de vida de las capas medias, y los medios de comunicación que sirven de dinamizador de esas expectativas, hacen que se produzca una “inflación de los derechos”, identifica-

³⁶ Llegando así más a una inseguridad “creada” que real. Porque deberíamos preguntarnos hasta qué punto esa sensación de inseguridad está en función del aumento de la criminalidad o más bien se trata de una “construcción ideológica”, una realidad más o menos inventada o cuanto menos “redibujada” convenientemente, en función de otros factores como la experiencia vivida por personas cercanas, las informaciones difundidas por los medios de comunicación, la insatisfacción ante el sistema penal, etcétera. En resumidas cuentas, una perspectiva distorsionada de la realidad social construida a partir de indicadores estadísticos de criminalidad y resortes emotivos de algunos medios de comunicación de masas. *Vid.*, en García Inda-Susin Betran. *Op. cit.*, p. 358.

³⁷ En palabras de Garapón: “Los medios, que son el instrumento de la indignación y de la cólera públicas, pueden acelerar la invasión de la democracia de la emoción, propagar una sensación de miedo y de victimización e introducir de nuevo en el corazón del individualismo moderno el mecanismo de chivo expiatorio que se creía reservado para tiempos revueltos”. *Vid.*, en Garapón, *Juez y democracia*, Barcelona, 1997, p. 94.

³⁸ Por ejemplo, la criminalidad de las minorías étnicas —sean extranjeros, o inmigrantes o gitanos— está a la orden del día en el discurso político. A fin de probar que los extranjeros delinquen más que los nacionales, los políticos con tendencia nacionalista o aun xenófoba (¡y ahora son numerosos!) comparan los delitos cometidos por los nacionales con los cometidos por los miembros de la minoría aludida. El resultado es muy distinto si —como lo han mostrado investigaciones criminológicas— la criminalidad de miembros de una minoría es puesta en relación con la de un grupo de nacionales del mismo grado de desventaja social: la tasa de criminalidad es más o menos igual, y la teoría según la cual estas minorías cometen más delitos que los otros, es descalificada como lo que es: un mito fundado en un prejuicio. *Vid.*, en Bartsch, H.J. “Política criminal contemporánea perspectivas europeas”, en *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, núm. 9, diciembre 1995, pp. 12 y 13.

³⁹ García Inda-Susin Betran. *Op. cit.*, p. 359.

dos con cualquier expectativa merecedora de tutela, como los derechos del medio ambiente, la calidad de vida, los derechos de los animales, etcétera.⁴⁰

Esto es, todos nos identificamos con la víctima del delito. En un momento cultural en el que la referida criminalidad de los poderosos preside la discusión doctrinal, pero también la actividad de los tribunales que trasciende a los medios de comunicación y, en consecuencia, la representación social del delito, es ciertamente comprensible que la mayoría tienda a contemplarse a sí misma más como víctima potencial que como autor potencial.⁴¹ La nuestra, en definitiva, es también una sociedad de “sujetos pasivos” donde se plan-

tea la preeminencia de la necesidad de “vivir” y, con ello, también la reducción de las fronteras del riesgo permitido. Consecuencia: de nuevo, el consiguiente incremento de la apreciación de deberes de cuidado y de la tipificación de delitos de peligro.⁴²

En resumidas cuentas, todos los fenómenos aducidos no parecen sino conducir a un cambio global en la representación de la criminalidad de signo claramente defensista.⁴³ Esto es, a un aumento progresivo e imparable en la criminalización de conductas y su represión. A una política criminal de expansión práctica del Derecho penal, en definitiva, que en poco o nada se parece a la necesaria restricción del mismo que la doctrina viene décadas predicando desde la teoría.

III. *El derecho penal y la nueva sociedad. Tendencias actuales*

1. *Delineamientos generales en nuestro país*

Seguramente —nos advierte Silva—⁴⁴ nunca se había hablado tanto en los círculos intelectuales de la necesidad de reconducir la intervención punitiva del Estado hacia un

Derecho Penal mínimo como se hace en nuestros días. Pero, irónicamente, también hacía mucho que no se constataba una tendencia legislativa de expansión del Derecho Penal

⁴⁰ Ferrajoli, L. *Derecho y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999, p. 106.

⁴¹ Silva Sánchez, J.M. *Op. cit.*, pp. 40 y 41.

⁴² *Ibidem*, pp. 31 y ss.

⁴³ *Ibidem*, p. 43.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 15.

como la que actualmente se vive. Y ésta es, tristemente, también una característica a constatar en el Código penal español de 1995.⁴⁵

A lo largo de su texto asistimos a la introducción de nuevos tipos delictivos y a la agravación general de las penas llamadas a sancionar los delitos ya existentes (sobre todo, los socioeconómicos). Una criminalización de ninguna manera contrarrestada con la lógica, y consecuente, descriminalización de aquellas figuras delictivas en nuestros días carentes de toda lógica. Una clara tendencia expansiva puesta aún más de manifiesto con las continuas reformas que, desde su nacimiento, nuestro texto punitivo viene experimentando,⁴⁶ y que en la que ahora

estamos “sufriendo” ha encontrado su clara “piedra de toque”.⁴⁷

Al respecto de esta tendencia, son ciertamente reveladoras las palabras de Sáez Valcárcel:

Quando uno se enfrenta al código penal desde la perspectiva de los materiales legislativos previos, el proyecto del gobierno, las enmiendas elaboradas por los grupos parlamentarios y las intervenciones de sus portavoces en la Comisión de Justicia, se sorprende ante la imposibilidad de identificar un discurso que permita calificarse, al menos, como liberal. La nota que distinguía las opciones en liza, no era que unas defen-

⁴⁵ Ya en su Exposición de Motivos se hace alusión a la existencia de “una antinomia entre el principio de intervención mínima y las crecientes necesidades de tutela de una sociedad cada vez más compleja” justificándose una “prudente acogida a nuevas formas de delincuencia”.

⁴⁶ Las reformas llevadas a cabo por LO 2/1998, de 15 de junio, relativa a los delitos de terrorismo; LO 11/1999, de 30 de abril, relativa a los delitos contra la libertad e indemnidad sexual; la LO 14/1999, de 9 de junio, en materia de protección a las víctimas de malos tratos; la LO 2/2000, de 7 de enero, en materia de prohibición del desarrollo y el empleo de armas químicas; la LO 3/2000, de 11 de enero, en materia de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales; y la LO 7/2000, de 22 de diciembre, en relación con los delitos de terrorismo; la LO 4/2000, de 11 de enero, y la LO 8/2000, de 22 de diciembre, en materia de extranjeros; y la LO 9/2002, de 10 de diciembre, sobre sustracción de menores.

⁴⁷ El pasado 17 de enero de 2003 el Consejo de Ministros aprobó una profunda reforma del CP español, afectante a 175 artículos de los 639 vigentes, y que al día de hoy aún se discute, no pareciendo que su contenido final vaya a variar mucho del propuesto. El catalogado en su momento como “Código penal de la democracia” se ha transformado en lo que el propio gobierno denomina “Código penal de la seguridad”. Una “remodelación” de nuestro texto punitivo caracterizada por una importante, e inadmisibles, agravación de las penas —llegando hasta los 40 años de prisión y, por si esto fuera poco, previendo su cumplimiento íntegro—, un incremento de las conductas delictivas y unas medidas de seguridad claramente xenófobas hacia los inmigrantes delincuentes. Una reforma, en definitiva, “hija” del oportunismo electoralista —están previstas elecciones municipales para el próximo mes de mayo—, y de la necesidad del gobierno de desviar la atención popular de un tema que, ciertamente, pone en entredicho su gestión: el del desastre ecológico, sin precedentes en España, ocasionado por el petrolero griego “Prestige” sobre las costas gallegas, asturianas y vascas.

dieran la intervención punitiva y otras se mostrarán más propicias a su restricción, sino la diversa naturaleza de los comportamientos que pretendían castigar. Aquéllos incidieron en los valores tradicionales, ya representados con exceso en el código penal, mientras que las izquierdas intentaron criminalizar ofensas a los valores colectivos que estuvieron en ascenso durante la década de los ochenta: los derechos de los trabajadores y de las mujeres, la protección del medio ambiente, los intereses de las minorías, la discriminación, el racismo y los delitos de cuello blanco. Pero, su espacio de debate es el mismo. Ninguna de esas opciones puso en cuestión la prisión ni la inflación del Derecho penal.⁴⁸

Pero, por supuesto, todo tiene un precio, y algunas de las consecuencias inmediatas de esta

política criminal, basada en tipificar todo aquello que la sociedad pide sin un juicio de maduración lógico y previo, son, como nos advierte Díez Ripollés:⁴⁹ la creación de delitos de casi imposible aplicación por un juez o tribunal respetuoso de las garantías penales;⁵⁰ la formulación de tipos delictivos superfluos o redundantes, con aparente ignorancia de lo ya existente,⁵¹ motivados por no más de una docena de conductas lesivas concentradas en el tiempo pero suscitadoras de una transitoria inquietud social;⁵² y, finalmente, pero no por ello menos importante, la producción de efectos contrarios a los deseados con relación a la protección de bienes jurídicos.⁵³ ¿Nos pasará lo mismo con la macroreforma que actualmente se está discutiendo? Mucho nos tememos que sí, pues esa “maduración” de la que habla este autor no está, precisamente, siendo la nota definitoria de la misma.

⁴⁸ Sáez Valcárcel, en *JPD*, núm. 26, julio, 1994, p. 4.

⁴⁹ Ellas como consecuencias negativas desde la perspectiva aquí manejada, pero sin olvidar los claros beneficios inmediatos que tal “política” significa para los que la acogen: “una imagen positiva y dinámica del legislador y de los poderes públicos en general; se enmascara, a través del prestigio del que goza la contundencia de la reacción penal, la ausencia de otras medidas de intervención social realmente eficaces; se acrecientan infundadamente y a bajo coste los sentimientos de seguridad de los ciudadanos; y se realizan labores de pedagogía social utilizando uno de los medios de control social más duros de los que dispone la sociedad sin necesidad de dar explicaciones”. *Vid.*, en Díez Ripollés, J. L. *Op. cit.*, p. 51.

⁵⁰ Esto ocurre, por ejemplo, en un buen número de las nuevas figuras introducidas entre los delitos contra la Administración pública, como respuesta a la corrupción política o administrativa, comenzando con los delitos de tráfico de influencias y continuando con algún supuesto de cohecho o malversación.

⁵¹ Como cabe comprobarse, por ejemplo, en la regulación de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (arts. 178 y ss), cuya reforma por LO 11/99 fue ciertamente, y en líneas generales, bastante desafortunada.

⁵² Es lo que sucede, por ejemplo, con el delito que castiga a los denominados conductores suicidas.

⁵³ Así ocurre con el nuevo delito de acoso sexual, medio de enganche de los partidos políticos para el feminismo, y que ha logrado que actualmente las amenazas condicionadas a la realización de un comportamiento sexual reciban un tratamiento privilegiado frente a las restantes, por lo que el acosador sexual ha mejorado notablemente su *status* social.

2. Actuales líneas de preocupación.

La delincuencia de la globalización.

El mundo en el que nos encontramos hoy no se parece mucho al que vivió Beccaria. Tampoco lo vivimos de la misma manera. En lugar de estar cada vez más bajo nuestro control, parece fuera de él. Es más, y de acuerdo nuevamente con Giddens, algunas de las tendencias que se suponían harían la vida más segura y predecible para nosotros, incluido el progreso de la ciencia y la tecnología, tienen a menudo el efecto contrario. La glo-

balización introduce otras formas de riesgo e incertidumbre, especialmente las relativas a la economía electrónica globalizada.⁵⁴ En definitiva, cabe aseverar que la globalización se muestra como un arma de doble filo, con importantes repercusiones en la criminalidad y, en consecuencia, en la forma de hacerle frente. Esto es, en la política criminal de las sociedades que, nos guste más o menos, estamos obligados a “sufrirla”.

A) Los movimientos migratorios.

La inmigración ilegal

La era de la globalización mundial trae consigo no sólo el fenómeno de la transnacionalización económica y política, sino también el de la propia transnacionalización humana a través de los flujos migratorios. Porque, desgraciadamente, y así nos lo recuerda Lucas, globalización no equivale a universalización,⁵⁵ y ello ha degenerado en una disparidad extrema en la situación eco-

nómica de los habitantes de los diversos Estados ubicados al Norte (paradigma de riqueza) y Sur (paradigma de pobreza) del territorio mundial, provocando con ello que los nacionales de los países pobres inicien una progresiva emigración hacia los países más ricos.⁵⁶ Y éste es un fenómeno que está afectando, incluso, a sociedades, y países que habían mantenido, hasta ahora, un gra-

⁵⁴ Giddens, A. *Op. cit.*, pp. 14 y ss.

⁵⁵ De Lucas, J. “La globalización no significa universalidad de los derechos humanos. (En el 50 aniversario de la Declaración del 48)”, en *JPD*, núm. 32, julio 1998, p. 3.

⁵⁶ Subijana Zunzunegui, I.J. “La inmigración ilegal y el código penal. En especial, el art. 188 del CP: Tráfico de personas para su explotación sexual”, en *Eguzkilore, Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, núm. 13, diciembre 1999, p. 26.

do de homogeneidad y estabilidad muy avanzados.

Esto es, la sociedad europea actual se ha convertido en una especie de *meeting-point* humano donde pugnan por convivir razas, religiones, lenguas, culturas, costumbres y tradiciones extraordinariamente variadas. Son estos, en consecuencia, unos tiempos de perplejidad que están provocando el cataclismo generalizado de poderosas creencias, valores y convicciones que habían mantenido y acompañado a la humanidad a lo largo de la Era moderna.⁵⁷

Y es que de la mano de la emigración, y desde una perspectiva penal y criminológica, viene un problema de adaptación, desviación sociodelictiva, desarraigo y marginalidad social, sujetas a problemas como el de la falta de empleo, educación y demás carencias sociales que en sí constituyen un problema de socialización. Porque la idea de conflicto es innata a la idea de diversidad. Las soluciones, en consecuencia, no pueden venir sino de la mano de interpretaciones integradoras. O lo que es lo mismo, de una política criminal de funciones integradoras y no al revés.⁵⁸

Porque, igual que si hay consenso en la comunidad internacional en torno a la conveniencia de reducir el rápido crecimiento de la población, no lo hay naturalmente respecto de la conciencia de suprimir, atenuar o intensificar las migraciones internacionales, ni puede haberlo. De igual modo, y lógicamente, es claro el consenso acerca de la conveniencia de atacar las causas de las migraciones involuntarias y de reducir o eliminar la necesidad de recurrir involuntariamente a la migración y, desde luego, de contener y frenar el racismo, el etnocentrismo y la xenofobia que, desgraciadamente, casi siempre florecen en torno a cual sea el movimiento migratorio.

Pero antes de nada, el consenso debe versar en combatir las causas que de manera creciente mueven a millones de personas a demandar asilo y refugio en otros países y de mejorar la suerte de los contingentes de asilados y refugiados. Un acuerdo que, finalmente, cabe extenderse a la conveniencia de reducir el volumen de las migraciones indocumentadas e ilegales y, desde luego, a incrementar la cooperación entre países receptores y países emisores, entre otros motivos para facilitar la integración de los inmigrantes, especialmente de los establecidos

⁵⁷ Jáuregui, G. "¿Uniformes o iguales? Pluralismo cultural y asimilación en los albores del siglo XXI", en *Eguzkilo-re, Cuaderno Vasco del Instituto de Criminología*, núm. extraordinario 11, diciembre 1997, p. 236.

⁵⁸ Pérez Arroyo, M.R. "Derecho penal y diversidad cultural: el condicionamiento cultural en el Derecho penal. Minorías étnico-culturales y Derecho penal. Especial mención al caso de Bolivia, Guatemala, Colombia y Perú", en *CPC*, núm. 72, 2000, pp. 749 y ss.

con título reconocido y facilitar el retorno de los que lo desean.⁵⁹

Porque —concordamos completamente con San Juan— realmente no existe un conflicto social entre inmigrantes y no emigrantes, entre mayorías y minorías. El problema

puede ser definido, simplemente, y como casi siempre, en términos de lucha de clases. El asunto de razas, etnias, inmigración y xenofobia no es más que oportunista literatura para explicar lo que no es más que un conflicto entre ricos y pobres. Entre Norte y Sur.⁶⁰

B) *La delincuencia organizada*

Hay una frase que dice “las grandes fortunas se hacen de las grandes desgracias” y ésta es, a nuestro juicio, una gran verdad. La presencia de los grupos humanos que anhelan la emigración, dada su deplorable situación vivencial en sus países de origen, y la implantación de políticas de control por parte de los países receptores, crean los factores propicios para la instauración progresiva de organizaciones criminales que tienen como finalidad crear redes de tráfico de seres humanos tanto para su explotación laboral como sexual. Es más, y así nos lo trae a la memoria Subijana, el carácter transnacional de estos fenómenos criminales pone de manifiesto la existencia de zonas de inmuni-

dad, dada la sujeción del proceso de criminalización y de enjuiciamiento jurisdiccional a los criterios de territorialidad, en línea con la concepción soberana de los Estados.⁶¹ Y el problema no acaba aquí.

El nivel de comercio mundial es hoy mucho mayor de lo que ha sido jamás, y la mayor diferencia está en el nivel de flujos financieros y de capitales. La enorme escala en la que se mueven las más diversas actividades económicas y culturales en las sociedades contemporáneas, traspasa ampliamente los límites nacionales. Y algunas manifestaciones de la criminalidad organizada representan este fenómeno de forma emblemática;

⁵⁹ Arango, J. “Población y migraciones internacionales”, en AA.VV. *Las Naciones Unidas en la nueva sociedad internacional*, Madrid, Fundación Friedrich Ebert, 1995, 168.

⁶⁰ San Juan, C. *Op. cit.*, p. 24.

⁶¹ Subijana Zunzunegui, I.J. *Op. cit.*, p. 27.

manifestaciones tales como los abusos de los circuitos financieros internacionales, o la explotación ilícita de la transmisión telemática de la información (especialmente, a través de Internet).⁶² Porque en la nueva economía electrónica global gestores de fondos, bancos, empresas y millones de inversores individuales, pueden transferir cantidades enormes de capital de un lado a otro del

mundo con el botón del ratón de un ordenador. Y al hacerlo pueden desestabilizar lo que podían parecer economías sólidas como sucedió en Asia.⁶³ Frente a este fenómeno la respuesta tradicional de los sistemas penales, qué duda cabe, muestra una inadecuación estructural. Y éste es un punto de inflexión que no nos puede seguir permaneciendo ajeno.

C) Criminalidad y nuevas tecnologías

El progreso científico y tecnológico, en todo caso, y estamos de acuerdo con MESA,⁶⁴ ni es intrínsecamente bueno, ni tampoco genuinamente perverso. Sin duda, es la manipulación humana, la que adjetiva, positiva o negativamente, unos medios que potencialmente tienen todos los elementos activos tanto para la liberación como para el aniquilamiento. Y no ha sido sino el ser humano quien, como siempre, ha hecho un uso desviado del mismo, afectando negativamente a otros seres humanos.

La parte “mala” de las nuevas tecnologías, son sin duda: los delitos contra la libertad informática (apoderamiento o interceptación de cualquier telecomunicación, incluido el correo electrónico; apoderamiento, utilización o modificación de los datos personales; el abuso informático de estos datos personales, etcétera); los delitos informáticos en la esfera patrimonial y económica (delitos de estafa o fraude informático, delitos informáticos en el ámbito de los delitos contra la propiedad intelectual, en el ámbito de la protección de los secretos de empresa o

⁶² Militello, V. “Iniciativas supranacionales en la lucha contra la criminalidad organizada y el blanqueo en el ámbito de las nuevas tecnologías”, en AA.VV. *Derecho penal, sociedad y nuevas tecnologías*, Madrid, Colex, 2001, p. 177.

⁶³ Giddens, A. *Op. cit.*, p. 22.

⁶⁴ Mesa, R. *Op. cit.*, p. 143.

información empresarial sensible, etcétera) y, sobre todo, los realizados a través de Internet (*hackers*, pornografía infantil, blanqueo de capitales, ciberterrorismo, etcétera).

La eclosión de la Red, concordamos con Morales Prats,⁶⁵ constituye uno de los problemas jurídicos más candentes en el panorama actual. Una realidad que requiere un tratamiento multidisciplinar, pues están implicadas tanto cuestiones técnicas de seguridad de Internet, como las relaciones entre responsabilidad civil y penal, la problemáti-

ca jurídica general de la tutela de datos personales y cuestiones relativas a la tutela de la propiedad intelectual e industrial en las redes telemáticas o, por último, cuestiones que afectan a las reglas del tráfico jurídico en el mercado virtual. A todo ello hay que sumarle la indudable dimensión internacional de Internet y sus especiales connotaciones (uso masivo, descentralización, automatismo, etcétera). Un elenco de problemas que, sin duda, trasciende a la disciplina estricta del Derecho penal. Un nuevo, y enorme reto para los juristas.

IV. Los nuevos retos de la política criminal

1. La necesaria contención del Derecho penal. El cambio de herramientas

Como hemos podido comprobar, nos situamos ante una criminalidad propia de una sociedad en continua transformación, y donde las herramientas penales hasta ahora utilizadas se muestran incapaces para hacerle frente.⁶⁶ Esto es, el Derecho positivo actual y

las instituciones jurídicas constituidas bajo su égida no consiguen ya dar cuenta de una realidad crecientemente heterogénea, pluralista y policéntrica.⁶⁷ Es más, cabe incluso aseverar que en la actualidad no existen teorías explicativas homogéneas de la delin-

⁶⁵ Morales Prats, F. "La intervención penal en la red. La represión penal del tráfico de pornografía infantil: estudio particular", en AA.VV. *Derecho penal, sociedad y nuevas tecnologías*, **op. cit.**, pp. 115 y ss.

⁶⁶ Entre otras cuestiones, y por ejemplo, las herramientas diseñadas como la teoría del delito, cuyas bases hunden sus raíces en concepciones causal-naturalistas del delito, no tienen nada que hacer frente a los nuevos retos criminales. Esto es, la dogmática penal se enfrenta a claros y, hasta ahora desconocidos, horizontes.

⁶⁷ Faria, J.E. "Las metamorfosis del Derecho en la reestructuración del capitalismo", en *JPD*, núm. 39, noviembre 2000, p. 6.

cuencia, el delincuente y el castigo, situándonos ante un escepticismo y eclecticismo absolutos.⁶⁸

Es ésta, en definitiva, una lucha entre lo viejo y lo nuevo a la que asiste la humanidad desde hace algunas décadas. Una lucha en que participan los viejos protagonistas de la antigua sociedad internacional y también aquellos que aspiran a ser sujetos de la sociedad en gestación; una lucha que, en cualquier caso, está dominada y compartida por métodos de actuación obsoletos y por normas de comportamientos nuevas, originales, en el medio internacional.⁶⁹

Sin embargo, e irónicamente, la visión del Derecho penal como único instrumento eficaz de pedagogía político-social, como mecanismo de socialización, de civilización, se traduce en su imparable expansión, sometién-dole a cargas que, ciertamente, no puede soportar.⁷⁰ Esto es, mientras las demás ramas del Derecho positivo viven momentos de desreglamentación, deslegalización y desconstitucionalización, en el ámbito del

Derecho penal se verifica justamente lo contrario: nos enfrentamos —escribe literalmente Faria— a la definición de tipos delictivos cada vez más intangibles y abstractos; a la criminalización de variadas actividades y comportamientos en innumerables sectores de la vida social; a la supresión de los límites mínimos y máximos en la imposición de penas privativas de libertad para aumentarlas indiscriminadamente; a la relativización de los principios de legalidad y tipicidad mediante la utilización de reglas con conceptos deliberadamente indeterminados, vagos y ambiguos; a la ampliación extraordinaria de la discrecionalidad de las autoridades policiales, permitiéndoseles con ello invadir esferas de responsabilidad del poder judicial; y finalmente, a la reducción de determinadas garantías procesales por medio de la sustitución de procedimientos acusatorios por mecanismos inquisitivos, con el progresivo amortiguamiento del principio de presunción de inocencia y la consecuente inversión de la carga de la prueba, pasándose a considerar culpable a quien no pruebe su inocencia.⁷¹

⁶⁸ Ruidíaz García, C. “Desviación, delito y censura social. Una mirada histórica de las transformaciones en la justicia social”, en *CPC*, núm. 62, 1997, p. 409.

⁶⁹ Mesa, R. *Op. cit.*, p. 113.

⁷⁰ “El giro ha sido tal —escribe Silva— que quienes en su día repudiaban al Derecho penal como brazo armado de las clases poderosas contra las “subalternas” ahora reclaman precisamente más Derecho penal contra las clases poderosas. Se produce, según se ha dicho, un fenómeno de fascinación de diversas organizaciones sociales por el Derecho penal, fascinación de la que carecen todos sus equivalentes funcionales”. *Vid.*, en Silva Sánchez, J.M. *Op. cit.*, p. 49.

⁷¹ Faria, J.E. *Op. cit.*, p. 11.

El fracaso en la consolidación de una moral social civil y autónoma ha conducido a que las opiniones sociales, de modo muy extendido, equiparen los contenidos del Derecho penal con los de esa moral social poco definida, y que en consecuencia exijan a la política criminal que se pronuncie sobre aspectos conflictivos éticos que no son propiamente su competencia.⁷² Esto es —concordamos con Cortina—,

“existe cierta tendencia en la ciudadanía a creer que los políticos son los encargados de moralizar, como si los ciudadanos, desde los distintos ámbitos de la vida social, no fuéramos los sujetos de nuestra propia historia”.⁷³

Unos políticos que, además, pasan por alto los resultados de las investigaciones criminológicas —como la influencia del urbanismo, la distribución de la riqueza, la falta de tra-

bajo, la especulación del suelo u otras realidades sociales y económicas contribuyentes a la criminalidad—, y que se limitan a reprimir más y mejor.⁷⁴ Esto es, se limitan a hacer de la criminalidad una causa en sí misma.⁷⁵

La moderna política criminal, por consiguiente, centra su respuesta en la utilización de la pena, como si no existieran otros mecanismos de control social más válidos, o al menos igualmente eficaces. Esto es, se sigue recurriendo a la receta de ayer (o anteayer) que las investigaciones de carácter criminológico o penológico ya han demostrado como poco eficaz: criminalizar más y encarcelar también más. Una creciente fe en la prisión ciertamente preocupante.⁷⁶ La prisión está todavía, o de nuevo, de moda, y se asiste a un crecimiento de la población penitenciaria sin precedentes.⁷⁷ Alguien dijo que las prisiones reflejan el estado de una sociedad; si es así, la situación sin duda es muy grave.⁷⁸

⁷² Díez Ripollés, J.L. *Op. cit.*, p. 48.

⁷³ Cortina, A. “La innovación y los valores éticos”, en AA.VV. *Innovación y cambio. Hacia una nueva sociedad*, (vol. I), Universidad de Deusto, Bilbao, 1996, pp. 58 y ss.

⁷⁴ Para ilustrar como los políticos pasan por alto estos datos, BARTSCH hace referencia a la declaración de un Ministro del Interior de un gran país occidental, que literalmente dijo: “la criminalidad sólo tiene una causa: el delincuente. Entonces tenemos que asegurar que los delincuentes sean suficientemente castigados”. *Vid.*, en Bartsch, H.J. “Política criminal contemporánea perspectivas europeas”, *Op. cit.*, pp. 145 y 15.

⁷⁵ García Inda-Ssusin Betran, *Op. cit.*, p. 361.

⁷⁶ Bartsch, H.J. *Op. cit.*, pp. 14.

⁷⁷ Las estadísticas ofertadas por la Dirección General de Instituciones Penitenciarias nos muestra un incremento sin precedentes de la población penitenciaria en nuestro país. Los últimos datos hablan de cifras superiores a los 52.000 internos, con un incremento anual de más de 2000 presos, lo que implicaría la construcción de una macrocárcel más al año.

⁷⁸ Bartsch, H.J. *Op. cit.*, p. 15.

Habrá, por tanto, que comenzar por reducir la poblaci3n penitenciaria, lo cual no será posible sin una transformaci3n fundamental de la política criminal actual. La discusi3n, por ello, se centra en c3mo conciliar el principio de intervenci3n mínima con la eficaz protecci3n de los bienes jurídicos surgidos en la nueva realidad; con la aparici3n de nuevas formas de criminalidad compleja, organizada, empresarial y transnacional; y con el hecho de que el Derecho penal se haya asumido como el primer instrumento de tutela de los derechos de los ciudadanos.⁷⁹

La soluci3n, ciertamente, no est  en despenalizar todas las figuras contenedoras de riesgos sociales, pues la perspectiva del riesgo es un hecho de la naturaleza, real, e innegable. En lo que sí hay que trabajar es en diseñar un sistema de imputaci3n

que, sin renegar de las garantías fundamentales, sea realmente eficaz en la funci3n social del instrumento penal como contenedor de los riesgos. Y esa labor no puede encomendarse, en exclusiva, al Derecho penal.⁸⁰ Porque no debemos olvidar que el Derecho penal tan s3lo es un instrumento de control social que, en la b3squeda del mantenimiento del orden social, únicamente pretende el acatamiento externo de las normas, sin aspirar a una adhesi3n interna moralmente valiosa.⁸¹ Es más —estamos completamente de acuerdo con Subijana—, no debemos nunca dejar de mirarlo con cierto recelo, pues muchas veces no es sino el medio empleado por el Estado como “política de transposici3n lineal al nivel normativo de postulados cimentados en razones de estricta política electoral”.⁸²

2. Una visi3n multidisciplinar del problema

Es, sin duda, necesario coordinar políticas criminales integrales, donde los aportes de otras disciplinas deberán, inexorablemente, tenerse en cuenta. En ese programa político criminal s3lo las conductas más graves deben quedar en el v3rtice penal, y en la base

diseñar una serie de políticas sociales, institucionales, econ3micas, educativas, públicas y privadas, para llevar a cabo una eficaz labor de direcci3n social y contenci3n de los riesgos.⁸³ O lo que es lo mismo, se debe recurrir con preferencia a las demás instancias

⁷⁹ Zúniga Rodríguez, L. *Op. cit.*, p. 272.

⁸⁰ *Idem.*

⁸¹ Díez Ripollés, J.L. *Op. cit.*, p. 49.

⁸² Subijana Zunzunegui, I.J. *Op. cit.*, p. 37.

⁸³ Zúniga Rodríguez, L. *Op. cit.*, pp. 272-273

de control social, la mayoría de las veces más idóneas para hacer frente al problema que el Derecho penal.⁸⁴

Porque una política criminal que respete el principio de intervención mínima, indefectiblemente, tiene que partir del principio de subsidiariedad. La respuesta al fenómeno criminal concreto deberá comenzar por un estudio científico del mismo, teniendo en cuenta sus variables,⁸⁵ los factores que lo promueven, y donde en consecuencia la intervención exclusiva y excluyente del Derecho penal se muestra como ilegítima. Porque la solución de los problemas sociales no se encuentra siempre, y no en primer término, en las normas y en la práctica jurídicas.⁸⁶ El control racional de la criminalidad más bien requiere el previo desarrollo de una justa y eficaz política social que incida, a tiempo, en los factores que favorecen y configuran el

crimen, y busque la instauración de una sociedad más sana. Una sociedad que al enfrentarse a sus conflictos y contradicciones eduque a sus miembros más en el respeto a los bienes jurídicos y la tolerancia de la desviación, que en el castigo, la intransigencia, la agresividad y el egoísmo. O lo que es lo mismo, y ahora en palabras de Ruidíaz, “más en la razón que en la pasión, en la libertad que en la pena”.⁸⁷

Y es que, de acuerdo una vez más con Zúñiga,

la complejidad de la sociedad, el desarrollo de las tecnologías, las comunicaciones de personas y del mercado en un mundo que ve caer sus fronteras, imperiosamente ha hecho caer los dogmas de la panacea de soluciones simplistas. El reto actual de la política criminal necesariamente importa la comunicación entre materias,

⁸⁴ Por ejemplo, en la delincuencia de menores, es ciertamente difícil mantener la necesidad de pena de personas que aún no han completado su proceso de socialización y éste normalmente se ha realizado en condiciones difíciles. En estos supuestos, las políticas sociales y los instrumentos informales, tales como la familia, la educación, etcétera, son los que necesariamente deben intervenir.

⁸⁵ Entre las que Díez Ripollés enumera: la información empírico-social sobre la realidad en la que se va a incidir; la configuración de las necesidades sociales que se pretenden satisfacer y las consecuencias sociales previsibles de la intervención; los análisis fiables del estado de la opinión pública y de la actitud de los grupos de presión o representativos de intereses; las manifestaciones de afectados; el cálculo de costes económicos de la reforma legal; los pronósticos sobre las dificultades de su puesta en práctica, etcétera. *Vid.*, en Díez Ripollés, J. L. *Op. cit.*, p. 50.

⁸⁶ Bueno Arús, F. “La discriminación racial y el Código penal español”, en *Eguzkilore, Cuaderno Vasco del Instituto de Criminología*, núm. extraordinario 11, 1997, p. 200.

⁸⁷ Ruidíaz García, C. “Desviación, delito y censura social. Una mirada histórica de las transformaciones en la justicia social”, *op. cit.*, p. 410.

el conocimiento interdisciplinar, el diálogo de equipos de trabajo, la confrontación con el Derecho comparado.⁸⁸

Porque ya no es de recibo que una sociedad de tales características se limite a le-

gislar penalmente a partir de iniciativas gubernamentales o parlamentarias coyunturales, cada vez más condicionadas por la rentabilidad electoral de determinados estados de opinión con frecuencia pasajeros.⁸⁹

3. El trasnochado concepto de territorialidad. La ineludible perspectiva internacional

La actual complejidad del fenómeno criminal, en definitiva, no puede ser atendida por conocimientos parcializados, como pueden ser disciplinas estancas. Sólo integrando diversos saberes se puede llegar a entender un poco más racionalmente el delito, el delincuente y la sociedad que los crea. Pero aún hay más, el carácter globalizador de las sociedades actuales nos obliga a comprender los problemas en clave internacional. Porque los problemas, por domésticos que parezcan, son de carácter planetario y, por ende, requieren respuestas y soluciones igualmente globales.⁹⁰ La necesidad de contrarrestar organizaciones criminales de signo transnacional y de dar una respuesta inmediata a sectores de opinión convulsionados por el impacto derivado del conoci-

miento, a través de los medios de comunicación, de hechos delictivos de específica gravedad, está generando una legislación, de signo sustantivo y procesal que, cada vez de forma más expansiva, está cuestionando principios generales del Derecho Penal y Procesal.⁹¹

Asistimos a una transformación paradigmática del Derecho penal. Una transformación alimentada no sólo por la expansión en progresión del crimen organizado, del terrorismo, del contrabando, del narcotráfico, de las operaciones de blanqueo de dinero ilícitamente obtenido, de los demás fraudes financieros y de las emigraciones ilegales, sino también por el carácter cada vez más transnacional de esos delitos, que constitu-

⁸⁸ Zúñiga Rodríguez, L. *Op. cit.*, p. 275.

⁸⁹ Díez Ripollés, J.L. *Op. cit.*, p. 49.

⁹⁰ Mesa, R. *Op. cit.*, p. 135.

⁹¹ Subijana Zunzunegui, I.J. *Op. cit.*, p. 37.

yen sofisticadas redes de transgresión. Y con ello se relativiza uno de los, hasta ahora, más importantes principios dominantes en el Derecho Penal: el de territorialidad.⁹²

El Estado-nación se está transformando ante nuestros ojos. A las naciones —escribe con razón Giddens no les queda otra salida que repensar sus identidades “ahora que las formas más antiguas de geopolítica se vuelven obsoletas”.⁹³ Las naciones afrontan hoy riesgos y peligros en lugar de enemigos, y este es un cambio enorme en su propia naturaleza. Bajo el impacto de la globalización, la soberanía se ha vuelto borrosa. Las naciones y Estados-nación siguen siendo poderosos, pero se están abriendo grandes déficit democráticos entre ellas y las fuerzas globales que afectan a la vida de sus ciudadanos. Y es que los riesgos ecológicos, las fluctuaciones económicas en la economía mundial o el cambio tecnológico global no entienden de fronteras.⁹⁴

Esto es, paulatinamente se está tomando conciencia de que la configuración mundial de los problemas sólo admite soluciones también mundiales.⁹⁵ Porque —recordemos— no son sino los desequilibrios mundiales los verdaderos detonantes del libre mercado. De la imposibilidad de seguir esquilmando los recursos naturales. De mantener sociedades insolidarias cuyos valores máximos son el bienestar y la seguridad, dando la espalda a millones de seres humanos que viven en extrema pobreza en el mundo. Y la criminalidad organizada, fundada en esos desequilibrios sociales, es buena muestra de todo ello. El tráfico de menores, tráfico de órganos humanos, de mujeres, de mano de obra, dan cuenta de que no se puede luchar contra este tipo de criminalidad si se mantienen esas diferencias entre los distintos mundos. Porque “mientras haya personas que compren a otras personas y personas que se vendan por necesidades económicas, existirá este tipo de criminalidad”.⁹⁶

⁹² Faria, J.E. *Op. cit.*, p. 10.

⁹³ Giddens, A. *Op. cit.*, p. 30.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 92.

⁹⁵ Y el problema del medio ambiente es buena prueba de ello. Al respecto, el desastre ecológico ocasionado por el petrolero “Prestige” en nuestras costas del norte del país, es un buen ejemplo de la necesidad de lucha internacional contra la criminalidad.

⁹⁶ Zúñiga Rodríguez, L. *Op. cit.*, p. 276.

4. La lucha por la Democracia y los Derechos Humanos

Porque la globalización está detrás de la expansión de la democracia. Tenemos, por tanto, que seguir democratizando las instituciones existentes y hacerlo de forma que respondan a las demandas de la era global. Se habla ya sin cortapisas de la necesidad apremiante de un nuevo orden internacional que reivindica bases distintas no sólo en el ámbito económico, sino también en el social, en el político y en el cultural.⁹⁷ Hay que recomponer el mundo y para ello hay que ser conscientes de que, como señala Toraine, la democracia no es sólo un lugar de negociación entre intereses opuestos, un mercado político; es ante todo un espacio público abierto en el que deben combinarse la memoria y el proyecto, la racionalidad instrumental y la herencia cultural.⁹⁸

Y es que estamos como en aquel momento de la humanidad en que se pensó que había que abolir la esclavitud, y debemos comenzar por abolir la pobreza si de ver-

dad queremos construir un orden planetario que se pueda abrir camino en un posible desarrollo.⁹⁹ Para ello quizás debamos resucitar el pensamiento de Beccaria, cubriendo sus lagunas y corrigiendo algunas de sus premisas, de acuerdo con los conocimientos adquiridos desde la experiencia y las transformaciones sociales acontecidas. Probablemente —compartimos con Ruidíaz— en la actualidad resulte difícil compartir aquella confianza en el triunfo de las ideas sobre la irracionalidad y el despotismo, tras las amargas experiencias históricas y algunas recientes, que muestran dramáticamente la dificultad y complejidad del avance de la humanidad y la fragilidad de las libertades. Pero precisamente es después de esos “súbitos retornos de barbarie que de cuando en cuando estallan en la historia de la civilización” cuando nos damos cuenta que Cesare Beccaria “no ha comenzado todavía a ser un antiguo” y que su voz resuena con renovada actualidad.¹⁰⁰

⁹⁷ Mesa, R. *Op. cit.*, p. 131.

⁹⁸ Toraine, A. “¿Qué es la democracia?”, en *Temas de hoy*, Madrid, 1994, p. 363. *Vid.*, en Jáuregui, G. “¿Uniformes o iguales? Pluralismo cultural y asimilación en los albores del siglo XXI”, *op. cit.*, p. 245.g

⁹⁹ Ruiz Tagle, A.M. “La necesidad de la cooperación internacional como instrumentos de desarrollo”, en AA.VV. *Las Naciones Unidas en la nueva sociedad internacional*, *op. cit.*, p. 163.

¹⁰⁰ Ruidíaz García, C. “Desviación, delito y censura social. Una mirada histórica de las transformaciones en la justicia social”, *op. cit.*, pp. 410-411.

Esto es, la especie humana se enfrenta a uno de los dilemas más acuciantes de su propia existencia. Se trata de elegir entre su autodestrucción o la utilización de los fabulosos conocimientos logrados hasta la fecha en su propio bienestar: desterrar la pobreza, el hambre, la muerte y el subdesarrollo del vocabulario humano cotidiano.¹⁰¹

“Porque la nueva sociedad internacional pacífica no será posible —escribe literalmente Mesa— mientras no haya desaparecido la desigualdad y la injusticia entre los pueblos, en tanto no se suprima la opresión y hasta que cada individuo, cada ser humano, no conquiste sus derechos y sus libertades fundamentales, como hombre y como pueblo; es decir, su propia dignidad humana”.¹⁰²

Porque no hay rebelión más justiciera que la de los pobres.¹⁰³ De modo que para poner remedio a su violencia es preciso poner remedio a su pobreza o, mejor dicho, a su exclusión social.¹⁰⁴

Porque ¿dónde han quedado los derechos humanos? Su unánime aceptación como condición *sine qua non* de legitimidad, que hace que ningún Estado pueda permitirse el lujo de aparentar ignorarlos —desde luego, formalmente—, viene acompañando hoy por la pérdida de su capacidad reivindicativa y crítica. Y, sin embargo, no podemos olvidarnos del desafío que plantean los flujos migratorios a su discurso y, por supuesto, a su actual institucionalización.¹⁰⁵ Porque, hoy por hoy, no son sino los inmigrantes quienes representan ese nuevo sujeto universal, ese nuevo grupo de desposeídos de todo salvo de su condición de seres humanos, que les permite convertirse en agentes de la lucha por vencer frente a la penúltima barrera a la que se enfrenta el viejo ideal emancipador de los derechos humanos.¹⁰⁶ Empecemos por aquí y más tarde nos encomendaremos a otras empresas más “¿cosmopolitas?” Y empecemos ya, porque, aunque ciertamente nunca seremos capaces de ser los amos de nuestra historia, sí “podemos y debemos encontrar maneras de controlar las riendas de nuestro mundo desbocado”.¹⁰⁷

¹⁰¹ Mesa, R. *Op. cit.*, p. 120.

¹⁰² *Ibidem*, pp. 135-136.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 156.

¹⁰⁴ García Inda-Susin Betran, *Op. cit.*, p. 362.

¹⁰⁵ De Lucas, J. “La globalización no significa universalidad de los derechos humanos. (En el 50 aniversario de la Declaración del 48)”, *op. cit.*, p. 4.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 6.

¹⁰⁷ Giddens, A. *Op. cit.*, p. 17.

Visión Multidisciplinar de la Delincuencia Juvenil. La Ley Penal del Menor en España*

NIEVES SANZ MULAS

1. El menor ante el Derecho penal

Respecto del menor existe, no cabe duda, una percepción social ciertamente contradictoria. El menor, de una parte, se presenta como un ser indefenso al que se debe dispensar una especial protección; pero, de otra parte, también es un ser peligroso para la sociedad, frente al que hay que adoptar medidas de protección. El menor es objeto, en definitiva, y desde el punto de vista jurídico-penal, de una valoración bipartita, que dirige su atención a aspectos frontalmente diferentes, y, sin embargo, enormemente

relacionados entre sí: el menor como *sujeto activo del delito*, y el menor como *sujeto pasivo del delito*. O lo que es lo mismo, el menor necesitado de reforma del menor necesitado de protección.¹

El interés que despierta todo lo relacionado con el menor, tiene su reflejo en los medios de comunicación, que magnifican casi a diario todas las cuestiones en las que un niño está afectado. Porque los asuntos de “menores y Derecho penal” venden, despiertan

* Extracto de la obra “La delincuencia juvenil en España. Visión multidisciplinar de un fenómeno preocupante”, en Monteiro Guedes Valente- Sanz Mulas, *Derecho de menores. Estudio luso-hispánico sobre menores en peligro y delincuencia juvenil*, Lisboa, Portugal, Âncora Editora, 2003.

¹ La separación de estos dos ámbitos en el ordenamiento español ha sido progresiva, tanto desde el punto de vista normativo, como jurisdiccional. Desde el año 1981 se sustrajo de la competencia de los Juzgados de Menores la materia de protección, manteniendo únicamente la competencia en materia de reforma. La protección se encomendó a los Juzgados de Primera Instancia. Con ello se quería evitar de modo absoluto cualquier peligro de confusión. *Vid.*, en Hernández Galilea, J.M. (coord.), *El sistema español de justicia juvenil*, Madrid, Dykinson, 2002, p. 34.

sensibilidades y provocan gran alarma social.² Así pues, no es infrecuente escuchar o leer noticias en las que un menor sea el protagonista, bien como víctima, bien como sujeto activo de una infracción criminal, cuando no ambas cosas.

Los ejemplos, tanto en España como en otros países, abundan: redes internacionales de pornografía y prostitución de menores; niños de diez y doce años que matan a otro de dos años en Liverpool; niños que violan a una niña de nueve años en los servicios de un colegio inglés; las preocupantes pandillas de

“chapulines” y “maras” en Latinoamérica; los niños que en Brasil son ejecutados cada noche, con intención de “limpiar” las calles; el joven de 17 años que hace un par de años asesinó a sus padres y a su hermana con una katana, pretendiendo simular a su héroe en un videojuego, en Murcia España, etcétera.

Estamos, qué duda cabe, ante un tema que despierta un gran interés. Un interés *in crescendo* hacia el menor, y que magnifica las consiguientes reacciones, pudiendo ser tan sobreprotegido como repudiado, según la perspectiva de que se parta: víctima o infractor.

1.1. *El menor como víctima*

Cuando los medios de comunicación informan acerca de los malos tratos físicos a que son sometidos algunos niños por los adultos, o publican cifras de aquellos que soportan la guerra, el hambre, la explotación

laboral y sexual, etcétera, la opinión pública se posiciona con evidente facilidad: el interés del niño. Su defensa en cuanto ser desvalido y necesitado de protección, se erige como principio fundamental.

² Al respecto, Fernández Dols escribe: “El término violencia juvenil tiene una significación política y periodística, pero escasamente científica. No hay una violencia infantil esencialmente distinta de la violencia adulta. Si la violencia juvenil se ha convertido en un tema autónomo es, sobre todo, porque la opinión pública occidental, se estremece más fácilmente cuando la violencia es protagonizada por jóvenes. Para la moral popular, el niño es inocente y el joven, próximo a la niñez, debe conservar esa inocencia hasta que los adultos quieran. La constatación de que, por suerte o por desgracia, los jóvenes no se ajustan a tal expectativa provoca fuertes reacciones emocionales en la opinión pública adulta, sabiamente explotadas por políticos y periodistas a partir de los años cincuenta”. *Vid.*, en Fernández Dols, J.M. “De la violencia y otros trapos sucios: una introducción a la psicología social” en AA.VV. *Violencia juvenil desde una perspectiva multidisciplinar*, Madrid, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Edersa, 1998, pp. 38 y ss.

Esto es, el consenso social se muestra unánime cuando el menor es víctima de estas situaciones de abandono y desamparo. El menor como sujeto pasivo del delito despierta todo tipo de sentimientos y ma-

nifestaciones que claman por un incremento en la protección de los menores, argumentando, sobre todo, que la regulación penal presenta lagunas en este terreno.

1.2. *El menor como infractor*

La cuestión, no obstante, cambia cuando el niño es infractor. Ese niño que antes de cometer una infracción era víctima del mundo adulto, después de su comisión es declarado culpable y merecedor de castigo por su acto. La opinión pública aquí también se revela, pero su reclamo es completamente distinto: clama “mano dura”, esto es, pide una respuesta ejemplarizante, por parte del ordenamiento jurídico-penal, para estos pequeños infractores. Y ésta es la tendencia vivida en Europa en los últimos años, con un aumento considerable del número de internamientos, a veces como respuesta a la presión social ante la comisión de graves pero aislados crímenes realizados por menores.³

En definitiva, y en dirección diametralmente opuesta a todo sentimiento protector, el menor como sujeto activo del delito es destinatario de requerimientos de un endurecimiento punitivo. En tal sentido, cabe plantearse cuáles son los elementos que han posibilitado el tránsito desde la comprensión y la protección del niño hacia su castigo y penalización. Las respuestas son varias, y van desde la indefensión de los ciudadanos honrados, la proliferación selectiva de noticias sobre una peligrosidad criminal más temprana,⁴ lo electoralista del tema —pensemos en la seguridad ciudadana—, hasta la visceralidad que se derrocha desde todas las instancias.

³ Agúndez Basterra, M. “Responsabilidad penal de los menores: una respuesta desde los Derechos Humanos”, en AA.VV. *Responsabilidad penal de los menores: una respuesta desde los derechos humanos*, Ararteko, 2001, p. 21.

⁴ Y es que, paradójicamente, junto a la noticia en grandes titulares de las infracciones cometidas por un adolescente, en una esquina de cualquier página, tímidamente aparece una reseña del tipo “la radiación de una planta nuclear rusa afectó a 450. 000 personas”.

2. *Aproximación al problema*

La delincuencia de menores, qué duda cabe, es un problema. Más concretamente, uno de los problemas sin resolver de las sociedades modernas. Y es que los ejemplos de delincuencia juvenil son demasiados, y, lo que es peor, en continuo aumento. En Estados Unidos, por ejemplo, a pesar de que el índice de delitos violentos se ha mantenido estable desde 1990 y la población general de adolescentes ha disminuido, los homicidios perpetrados por gente joven ha aumentado el 154% en los últimos diez años. De los 24.000 homicidios que aproximadamente eran denunciados en 1994, más de la mitad fueron cometidos por menores de 24 años de edad, y por lo menos 3.500 víctimas fueron ejecutadas por menores de 18 años.⁵

En España, al igual que en el resto de Europa, el nivel de delincuencia es menor que en Norteamérica, pero las tendencias son similares. En 1994, por ejemplo, y según datos del Ministerio del Interior, fueron asesinadas 1,014 personas y se denunciaron más de 100,000 robos. Se detuvo a más de 22,500

menores. Más de la mitad de los delitos juveniles cometidos incluían algún tipo de violencia física o intimidación, entre ellos 65 casos de homicidio.⁶ Sin embargo, hay que mirar más allá de las estadísticas y preguntarnos a qué se debe tal incremento, cuando, paradójicamente, el nivel de vida y la protección general de la infancia “parece ser” mucho mayor.

Como recordaremos, hace unos pocos años dos niños británicos conmocionaron la opinión pública del primer mundo —los abundantes niños famélicos del tercero ya no impresionan a nadie— y, en consecuencia, el Primer Ministro Británico expresó el cambio de paradigma: “menos comprender y más castigar”. Sin embargo, estos niños “sólo” habían hecho algo que normalmente ven varios miles de veces al año en las televisiones. Por ejemplo, los diversos estudios señalan que, cada semana, los niños contemplan una media de 670 homicidios, 419 tiroteos, 8 suicidios y 30 torturas.

Es el momento, en consecuencia, de que la sociedad en general, y los medios de comu-

⁵ “La atmósfera de miedo entre la juventud es tan intensa —escribe Armendáriz— que, según un estudio reciente, el 20% de todos los estudiantes de bachillerato en colegios públicos lleva consigo un arma blanca o de fuego con intención de usarla para defenderse si fuera necesario”. *Vid.*, en Armendáriz León, C. “Perspectivas criminológicas del fenómeno violento”, en AA.VV. *Violencia juvenil desde una perspectiva multidisciplinar*, *Op. cit.*, p. 62.

⁶ *Ibidem*, pp. 62-63.

nicación y las instituciones públicas de control social en especial, comiencen a plantearse una doble cuestión. Por un lado, ¿cuál es realmente el origen y las causas del fenóme-

no social de la delincuencia infantil? Y, por otro, ¿cuál es la responsabilidad de las estructuras sociales en la consolidación de este problema social?

3. Factores criminógenos

La violencia juvenil y su aparente crecimiento parece una obvia evidencia. O al menos así lo ponen de manifiesto las crónicas de sucesos y las líneas editoriales de muy diversos medios de comunicación de masas, que coinciden en apuntar la supuesta existencia de una escalada de la violencia juvenil, y especialmente durante el fin de semana: accidentes de tráfico, embriaguez, violaciones colectivas, peleas multitudinarias, gamberrismo futbolístico, agresiones racistas, vandalismo de los *jarraichus*, desmanes de *tribus urbanas*, etcétera.⁷ Pero, ¿a qué se debe?

La casi totalidad de los menores que cometen infracciones tienen, parece ser, algo en común: *un proceso de socialización carencial y frustrante*. Algunos de los elementos

sobre los que cabe analizar la génesis de sus conductas infractoras son: la desestructuración familiar,⁸ el fracaso escolar, la falta de equipamientos sociales, la ausencia de alternativas de ocio y tiempo libre que faciliten la socialización positiva, la privación de una calidad de vida aceptable por la pertenencia a un *status* económico bajo —factor este último que seguiremos encontrando en los adultos—. También, y del mismo modo que en las personas de más edades la utilización de un vehículo se muestra como frecuente hecho subyacente para la comisión de otras infracciones, mientras que el consumo de alcohol, y sobre todo del resto de drogas, no alcanza un porcentaje tan notable como entre los mayores, aparte del hecho que es más difícil detectarlo por tener ese consumo un carácter más esporádico.

⁷ Gil Calvo, E. "Escenas de una pasión inútil", en AA.VV., *Violencia juvenil desde una perspectiva multidisciplinar*, **Op. cit.**, p. 11.

⁸ Las investigaciones apuntan hacia la existencia de una relación entre hogares rotos y delincuencia, si bien ésta es débil. En todo caso, la diferencia entre proceder de una familia intacta o de una deshecha es importante, ya que la supervisión paterna es mayor en el primer caso que en el segundo, con las consiguientes desviaciones delictivas. **Vid.**, en Garrido Genovés, V. *Delincuencia y sociedad*, Madrid, Editorial Mezquita, S.A., 1985, pp. 17 y ss.

El aburrimiento, en concreto e irónicamente, es, sin duda, un factor a tener en cuenta para explicar muchas infracciones que no responden siquiera a una lógica criminal. Respondiendo a la descripción de delincuentes juveniles —al menos en lo que a la mayor parte de Europa se refiere— como “chicos con los estómagos llenos y los bolsillos vacíos”, hoy la distancia entre los objetivos de consumo y la imposibilidad económica de satisfacerlos es cada vez más grande. Y ello debido al imparable aumento de la oferta consumista dirigida a los niños de más corta edad a través de la televisión.

De igual modo, la falta de cualquier entusiasmo en nuestra sociedad, por el *déficit de oportunidades vitales*,⁹ conlleva el que ni tan siquiera los jóvenes de *status* económicos más pudientes se muestren ilusionados, y hasta los universitarios sean cada vez más escépticos porque ya tienen en cuenta su condición de

aspirantes a paros laborales. Todo ello trae como consecuencia la *quiebra de las aspiraciones más sólidas, materiales* (dificultad de obtener un puesto de trabajo, de acceso a vivienda...) y *morales* (el enriquecimiento como valor supremo), creando un vacío de frenos sociales preventivos cada vez a más personas.

Y así parece que nuestros ciudadanos más jóvenes, incluso los más desfavorecidos en su situación socioeconómica, se planteen el que no merece la pena trabajar porque lo único que les van a ofrecer son trabajos duros, de explotación, y con sueldos mínimos. Luego concluyen que no vale la pena, ante esa perspectiva, prepararse profesionalmente mediante un oficio. Con ese planteamiento la consecuencia es todo el tiempo libre, sin nada que hacer y sin dinero para satisfacer las propuestas consumistas que siguen llegando, y que es imposible satisfacer por los padres.

⁹ Un déficit de oportunidades vitales, por saturación de los canales de integración, que puede deberse tanto al exceso de ocupantes por superpoblación demográfica (al proceder los jóvenes actuales de la generación del *baby-boom*) como al defecto de plazas disponibles por estrangulamiento financiero (dada la galopante crisis económica internacional). Es lo que sucede hoy tanto en la enseñanza como en el empleo y la vivienda: exceso de jóvenes demandantes y escasez en la oferta de puestos o plazas que se colocan a su disposición. De ahí deriva, en definitiva, el fracaso de la educación y la devaluación de las titulaciones académicas, predestinadas al subempleo profesional. De igual modo, ésa es la génesis del rampante desempleo juvenil y sus consecuencias de trabajo precario, contratos-basura, segmentación ocupacional y salarios ínfimos, que imposibilitan iniciar carreras laborales estables, ascendentes y continuas. Consecuencia de todo ello: la incapacidad de acceder a la independencia doméstica, dado la escasez de la vivienda y su elevado precio, que condena a depender indefinidamente de la familiar originaria con el aplazamiento indefinido de la nupcialidad (formal o informal), principal puerta de acceso definitivo a la edad adulta. *Vid.*, en Gil Calvo, E. “Escenas de una pasión inútil”, en AA.VV. *Violencia juvenil desde una perspectiva multidisciplinar*, *Op. cit.*, pp. 13 y ss.

Es necesario, en definitiva, hacer un análisis de la realidad y quizás plantearse el asunto de otro modo: ¿no sería mejor buscar mecanismos de apoyo tendentes a colmar las carencias sociales y personales de estos menores? ¿No habría que hacer hincapié en la prevención y eliminar la penalización? Esto es, ¿no sería más efectivo buscar vías de pacificación, de diálogo, de educación y de inserción social en vez de ignorar penalizando y excluyendo? La razón nos dice que sí, pero la práctica, desgraciadamente, va por otros derroteros.

La intervención estatal para dar solución a los conflictos entre la sociedad y el menor

ha consistido, en términos generales, en la introducción de éste en el Derecho punitivo. El niño debe sentarse en el “banquillo” de los acusados en una sala de vistas, ante un juez represor, un fiscal acusador y un abogado defensor. Son sometidos a juicios en toda regla como si de adultos se tratara. Una intervención punitiva con la que no sólo se profundiza en el proceso de exclusión social de estos menores sino que garantiza la futura clientela de los centros penitenciarios. Y en España, si bien se ha mejorado notablemente con la nueva ley penal del menor, la filosofía que está en la base no es diferente.

4. La ley penal del menor en España

4.1. *Ámbito de aplicación*

El artículo 19 de nuestro actual Código Penal, donde se establece la mayoría de edad penal en los dieciocho años (a los efectos del código), es ya derecho vigente una vez producida la entrada en vigor de la Ley Penal del Menor. O lo que es lo mismo, de la LO 5/2000 de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores (en adelante LORPM).

En nuestro sistema la respuesta del Ordenamiento Jurídico frente al menor se sustancia

en una determinada franja de edad, por debajo de la cual ya no se exige al menor responsabilidad penal alguna, sino que se le confía a los organismos civiles y administrativos correspondientes para que se hagan cargo del mismo. Luego se pueden distinguir los siguientes límites de edad:

- *La edad por debajo de la cual no se exige ninguna responsabilidad penal, siendo el menor únicamente objeto de protección administrativa: los menores de 14 años.*

- *La franja de edad en la que el menor es objeto de una responsabilidad penal diferente a través de la aplicación de las medidas de seguridad previstas en la LRPM:* los menores de 14 a 18 años.
- *La edad en que comienza la mayoría de edad penal, siendo considerada la persona imputable y responsable penalmente:* los 18 años.
- *La franja de edad en la que, pese a ser imputables, y todavía en razón de la edad y de diferentes características del individuo que deben confluir, se posibilita la aplicación de la LRPM:* de los 18 a los 21 años.¹⁰

4.2. Principios rectores y sistema acogido

Según el Apartado 6º de la Exposición de Motivos, los principios que han guiado esta Ley son:

La naturaleza formalmente penal pero materialmente sancionadora-educativa del procedimiento y de las medidas aplicables a los infractores menores de edad.

Nuestro sistema penal, en consecuencia, se acoge al *sistema biológico puro* de determinación de la minoría de edad penal. Un criterio ya tradicional en nuestro Derecho, y que responde a un modelo político-criminal para el que priman los valores de certeza y seguridad jurídica, ante las dificultades que siempre entraña conocer —en cada caso— la madurez alcanzada.¹¹ Un sistema, de otra parte, en perfecta coherencia con el resto del Derecho Penal, donde se recurre frecuentemente al mismo sistema, y con el resto del ordenamiento, ya desde la Constitución. Además es la forma más acorde con la explicación en clave normativa político-criminal de la inimputabilidad.

Con la expresión “naturaleza formalmente penal pero materialmente sancionadora-educativa” parece quedar claro que el proceso penal tiene una naturaleza penal mientras que el derecho material aplicable es sancionador educativo. Esto es, el legislador ha querido incorporar al proceso de menores todas las garantías del proceso penal, con independen-

¹⁰ Posibilidad que, sin embargo, hasta ahora no se ha aplicado. Por LO 9/2000, de 22 de diciembre, sobre Medidas Urgentes para la Agilización de la Administración de Justicia, se suspendió por un plazo de dos años, debido a la presión de las Comunidades Autónomas enfrentadas a competencias ejecutivas en la materia que, simplemente, no estaban en condiciones de afrontar. Una suspensión que se ha visto de nuevo ampliada hasta el 1 de enero de 2007, esta vez según la disposición transitoria única de la LO 9/2002, de 10 de diciembre, de modificación del Código penal sobre Sustracción de Menores. Lo que, ciertamente, nos demuestra el poco interés por su efectiva aplicación práctica.

¹¹ Landrove Díaz, G. *Derecho penal de menores*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, p. 196.

cia de que las normas materiales que en él se aplican puedan merecer otra consideración, lo que podría, a su vez, entrar en contradicción con la denominación de la propia ley como Ley de Responsabilidad *Penal*. Salvo — intenta solventar Hernández Galilea— que las dos cosas, tanto el proceso como el derecho que se aplica, sean distintas.¹²

Esta Ley tiene, en todo caso, la naturaleza de disposición sancionatoria, pues desarrolla la exigencia de una verdadera responsabilidad jurídica a los menores infractores, aunque referida específicamente a la comisión de hechos tipificados como delitos o faltas por el CP y las restantes leyes penales especiales. Sin embargo, al ostentar una naturaleza educativa, hay que rechazar otras finalidades esenciales del DP de adultos, como la proporcionalidad entre el hecho y la sanción o la intimidación de los destinatarios de la norma, evitando todo posible efecto contraproducente para el menor.

El reconocimiento expreso de todas las garantías que se derivan del respeto de los derechos constitucionales y de las especiales exigencias del interés del menor. La especial intervención del Ministerio Fiscal.

Porque en el Derecho penal de menores ha de primar el superior interés del menor, es por ello que no existe aquí ni la acción particular de los perjudicados por el hecho criminal, ni la acción popular de los ciudadanos, porque en estos casos el interés prioritario para la sociedad y para el Estado coincide con el interés del menor (artículo 25 LORPM).¹³ Un interés que ha de ser valorado, con criterios técnicos y no formalistas, por equipos profesionales especializados en el ámbito de las ciencias no jurídicas, sin perjuicio de adecuar la aplicación de las medidas a principios garantistas generales tales como el principio acusatorio, el de defensa o el de presunción de inocencia.

En tal sentido, corresponde al Ministerio Fiscal, en virtud del artículo 6 LORPM, la defensa de sus derechos, así como la vigilancia de las actuaciones a efectuarse en su interés y la observancia de las garantías del procedimiento. Es por ello, en consecuencia, que dirigirá personalmente la investigación de los hechos y ordenará que la policía judicial practique las actuaciones necesarias para la prueba de aquéllos y de la participación del menor en los mismos, impulsando el procedimiento.

¹² Hernández Galilea, J. M. (coord.), *El sistema español de justicia juvenil*, **Op. cit.**, p. 72.

¹³ Excepción: cuando los hechos tipificados como delitos se atribuyan a personas que hayan cumplido los dieciséis años en el momento de la comisión de los hechos, con violencia o intimidación, o con grave riesgo para la vida o integridad física de las personas, el perjudicado podrá personarse en el procedimiento, tanto en la fase instructora como en la fase de audiencia proponiendo y participando en la práctica de pruebas (artículo 25 LORPM).

La diferenciación de diversos tramos a efectos procesales y sancionadores en la categoría de infractores menores de edad.

Como hemos adelantado, el sistema acogido en la Ley es el biológico puro, distinguiéndose dos tramos: de 14 a 16 y de 17 a 18 años, pues se estima que uno y otro grupo presentan diferencias características que requieren, desde un punto de vista científico y jurídico, un tratamiento diferenciado.

Por otra parte, la aplicación de esta Ley a los mayores de 18 y menores de 21, según lo previsto en el artículo 69 del CP, podrá ser acordada por el Juez atendiendo a las circunstancias personales y al grado de madurez del autor, y a la naturaleza y gravedad de los hechos (artículo 4 LORPM). Estas personas reciben, a los efectos de esta Ley, la denominación genérica de “jóvenes”.

Como situaciones especiales, con una respuesta específica, se habla de enajenación mental o concurrencia de otras circunstancias modificativas de la responsabilidad, en cuyo caso el MF debe promover la adopción de las medidas más adecuadas al interés del menor. En el caso de acciones u omisiones imprudentes se prohíbe expresamente su sanción con medidas de internamiento en régimen cerrado.

La flexibilidad en la adopción y ejecución de las medidas aconsejadas por las circunstancias del caso concreto.

El Juez de Vigilancia, a instancia de las partes, y oídos los equipos técnicos del propio Juzgado y de la entidad pública de la correspondiente Comunidad Autónoma, dispone de amplias facultades para suspender o sustituir estas medidas por otras, o permitir la participación de los padres del menor en la aplicación o consecuencias de aquéllas (artículos 14, 43 y ss. LORPM).

La competencia de las entidades autonómicas relacionadas con la reforma y protección de menores para la ejecución de las medidas impuestas en la sentencia y control judicial de esta ejecución.

La ejecución de las medidas corresponde a las entidades públicas de protección y reforma de menores de las Comunidades Autónomas, bajo el control del Juez de Menores (artículos 44 y 45 LORPM).

Especial incidencia en la reparación del daño causado y la conciliación del delincuente con la víctima y fijación de un sistema ágil para el resarcimiento de daños y perjuicios a los perjudicados o víctimas de los hechos delictivos.

Las primeras constituyen vías por las cuales se puede llegar a la no incoación o sobreseimiento del expediente (artículo 19 LORPM), o a la finalización del cumplimiento de la medida impuesta (artículo 51 LORPM).

4.3. Disposición adicional cuarta, introducida por la LO 7/2000, de 22 de diciembre, en relación con los delitos de terrorismo y demás delitos graves

No hay duda en que el sistema de justicia juvenil puede soportar sin que se vean afectados sus principios peculiares la comisión de delitos muy graves por sujetos de corta edad. Pero no es menos cierto que a medida que la edad del sujeto infractor se eleva la percepción social del sistema comienza a ser negativa, ejerciendo una presión sobre el legislador demandando un mayor protagonismo de la finalidad de la defensa social. Éste es el fenómeno que ha motivado las reformas sufridas por la LORPM, llevadas a cabo incluso antes de su entrada en vigor.¹⁴

Fruto de un acelerado y, en ocasiones, ácido trámite parlamentario es la Ley Orgánica de 22 de diciembre de 2000, de modificación del

En lo que al resarcimiento de daños y perjuicios se refiere, la Ley introduce el principio de responsabilidad solidaria con el menor responsable de sus padres, tutores, acogedores o guardadores.

CP y de la LORPM, en relación con los delitos de terrorismo. Con ella no sólo se modificaron los artículos 7 y 9 de la LORPM, sino que se introdujeron en la misma dos disposiciones adicionales.

La nueva *Disposición Adicional cuarta* contempla la aplicación de esta Ley a los delitos previstos en los artículos 138, 139, 179, 180, 571 a 580 y aquellos otros sancionados en el Código penal con pena de prisión igual o superior a quince años.¹⁵ Y los términos en los que se expresa, al respecto, son los siguientes:

- Lo dispuesto en el artículo 4 de la LORPM — posibilidad de su aplicación para mayores de 18 y menores de 21 años— no será fac-

¹⁴ “Lo que pone de manifiesto —añade Hernández Galilea— que la determinación de la edad de los sujetos sometidos al sistema de menores es un aspecto especialmente delicado. Cuando mayores sean los sujetos incluidos en el sistema de Justicia Juvenil, más difícil será justificar la necesidad de un tratamiento diferenciado”. *Vid.*, en Hernández Galilea, J. M. *Op. cit.*, p. 67.

¹⁵ Luego, ya no se limitan esas previsiones a los supuestos de terrorismo como sí hacia el texto prelegislativo.

tible para los mayores de 18 años imputados en la comisión de los delitos a que se refiere esta disposición adicional.

A los imputados en la comisión de los delitos mencionados en el apartado anterior, menores de dieciocho años, se les aplicarán las disposiciones de la LORPM, con las siguientes especialidades:

- La *competencia* para conocer de los delitos previstos en los artículos 571 a 580 del CP corresponderá al *Juzgado Central de Menores de la Audiencia Nacional*, cuyos autos y sentencias podrán ser apelados ante la Sala correspondiente de la misma Audiencia.

Los procedimientos de competencia de la Audiencia Nacional no podrán ser acumulados a otros procedimientos instruidos en el ámbito de la jurisdicción de menores, aunque sean los mismos los sujetos imputados.

Si el responsable es mayor de dieciséis años, el Juez impondrá una medida de internamiento en régimen cerrado de uno a ocho años, complementada en su caso, por otra medida de libertad vigilada, hasta un máximo de cinco años, con el cumplimiento de los requisitos establecidos en el párrafo segundo de la regla 5ª del artículo 9 de esta Ley Orgánica. En tal supuesto, sólo podrá hacerse uso de las facultades de modificación, suspensión o sustitución de la medida im-

puesta a las que se refieren los artículos 14, 40 y 51.1 de la LORPM, cuando haya transcurrido, al menos, la mitad de la duración de la medida de internamiento impuesta.

Si el responsable es menor de dieciséis años, el Juez impondrá una medida de internamiento en régimen cerrado de uno a cuatro años, complementada también, en su caso, por otra medida de libertad vigilada, hasta un máximo de tres años con el cumplimiento, de igual modo, de los requisitos establecidos en el párrafo segundo de la regla 5ª del artículo 9 de la Ley.

No obstante lo previsto en los dos párrafos anteriores, la medida de internamiento en régimen cerrado podrá alcanzar una duración máxima de diez años para los mayores de dieciséis años y de cinco años para los menores de esa edad, *cuando fueren responsables de más de un delito, alguno de los cuales esté calificado como grave y sancionado con pena de prisión igual o superior a quince años de los delitos de terrorismo comprendidos en los artículos 571 a 580 del CP.*

De igual modo, cuando se trate de estos delitos, y sin perjuicio de las medidas correspondientes con arreglo a esta Ley, también se impondrá la *medida de inhabilitación absoluta* por un tiempo superior entre cuatro y quince años al de la duración de la medida de internamiento en régimen cerrado impuesta, atendiendo proporcionalmente a la

gravedad del delito, el número de los cometidos y las circunstancias que concurren en el menor.

La ejecución de la detención preventiva, de las medidas cautelares de internamiento o de las medidas impuestas en la sentencia se llevarán a cabo en los establecimientos y con el control del personal especializado que el gobierno ponga a disposición de la Audiencia Nacional, en su caso, mediante convenio con las Comunidades Autónomas.

La ejecución de las medidas impuestas por el Juez Central de Menores o por la Sala correspondiente de la Audiencia Nacional será preferente sobre las impuestas, en su caso, por otros jueces o salas de menores.

Los hechos delictivos y las medidas previstas en esta disposición prescribirán con arreglo

a las normas contenidas en el Código penal y no con arreglo a las contenidas por la propia LORPM en su artículo 10.

La referencia del último inciso del apartado 4 del artículo 17 y cuántas otras se contienen en la presente Ley al Juez de Menores se entenderán hechas al *Juez Central de Menores* en lo que afecta a los menores imputados por cualquiera de los delitos a que se refieren los artículos 571 a 580 del Código Penal.

Por su parte, la nueva *Disposición Adicional quinta* se limita a establecer que el gobierno, dentro del plazo de cinco años desde la entrada en vigor de la propia Ley Orgánica, remitirá al Congreso de los Diputados un informe, en el que se analizarán y evaluarán los efectos y las consecuencias de la aplicación de la Disposición adicional cuarta, antes reproducida.

4.4. Análisis valorativo

Esta compleja Disposición Adicional cuarta supone una excepción notablemente endurecedora del régimen contenido en la regla quinta del artículo 9, previsto para los supuestos de extrema gravedad, que —a su vez— representa una excepción a las previsiones de la también excepcional regla cuarta, que habilita una duración de las medidas superior a los dos años. Demasiadas excepciones que pare-

cen haber hecho olvidar a nuestro legislador que la escalada represiva —sin eufemismos— se inicia en la referida regla cuarta respecto, exclusivamente, de las personas “que hayan cumplido los dieciséis años en el momento de la comisión de los hechos”. Y, sin embargo, la Disposición Adicional cuarta también resulta de aplicación a los menores de esta edad, en los términos antes referidos.

Además, con todo ello se rompe la coherencia interna del sistema contenido en la LORPM y, en último término, se quiebran los principios inspiradores de la misma, orientados a la integración social de los menores que cometen hechos delictivos, con independencia de la naturaleza de los mismos.

Parece haberse impuesto —escribe Manzanares— el criterio de que “un terrorista de diecisiete años sigue siendo, y lo es ante todo, un terrorista”... para concluir que la agravación de la respuesta penal a los terroristas de edad próxima a los dieciocho años no es sólo un imperativo de justicia y defensa social, sino también una consecuencia lógica de la generalizada lenidad del legislador español en esta materia.¹⁶

En efecto, con la expresión “habrá de imponer”, el artículo 9. 5º impide el arbitrio judicial y fuerza, por encima de las circunstancias del menor, a agravar la situación. Esto es, se ha de renunciar apriorísticamente al interés superior del menor para aplicar formalísticamente la ley. En estos casos,

procede siempre el internamiento y además con un mínimo de un año. Luego no es difícil concluir que la obligación de encerrar al menor obedece a planteamientos retributivos más que a otro tipo de consideraciones del menor.¹⁷

En resumidas cuentas, nos situamos frente a una exasperación del rigor punitivo que ha dejado de lado la evolución personal del menor y, por tanto, que se opone frontalmente al principio de resocialización. Es más, en términos generales puede, incluso, aseverarse que la reforma se enmarca dentro del llamado Derecho penal simbólico, más preocupado por el efectismo que por la eficacia preventiva. Y es que la exacerbación represiva de que hace gala más que fortalecer el Estado de Derecho, demuestra cierta desconfianza en su capacidad para vencer el terrorismo.¹⁸ Finalmente, lo que está claro, en todo caso, es que los problemas que suscita esta reforma son múltiples y, sin embargo, aún estamos por verificar su necesidad, ya que son más bien muy pocos los casos que hasta el momento han sido puestos a disposición de la AN.¹⁹

¹⁶ Manzanares Samaniego, J. L. “Reformas penales en materia de terrorismo”, en *Actualidad penal*, n. 48, 2000, p. 1016.

¹⁷ Segovia Bernabé, J. L. “Responsabilidad penal de los menores: una respuesta desde los derechos humanos”, en AA.VV. *Responsabilidad penal de los menores: una respuesta desde los derechos humanos*, **Op. cit.**, p. 72.

¹⁸ Agúndez Basterra, M. “Responsabilidad penal de los menores: una respuesta desde los derechos humanos”, en AA.VV. *Responsabilidad penal de los menores: una respuesta desde los derechos humanos*, **Op. cit.**, p. 24.

¹⁹ Giménez Salinas I COLOMER, E. “Principios orientadores de la responsabilidad penal de los menores”, en AA.VV. *Responsabilidad penal de los menores: una respuesta desde los derechos humanos*, **Op. cit.**, p. 38.

4.5. Valoración crítica. Los fines del Derecho penal de menores y la LORPM

Si bien el CP fija la edad penal en los 18 años, la Ley penal del menor traslada ese límite a los 14 años, límite a partir del cual —no nos engañemos— ya se exige responsabilidad penal (criminal); luego materialmente la edad penal no se ha equiparado a la edad civil (18 años). Detrás del ingenuo “fraude de etiquetas” —advierte Landrove—

se esconde el añejo paternalismo del que se pretende haber prescindido y las denominadas medidas son, en realidad, verdaderas penas juveniles, derivadas de la responsabilidad de los menores a quienes se aplican por la comisión de hechos constitutivos de una infracción penal y que pueden consistir, incluso, en internamiento en régimen cerrado.²⁰

El artículo 19 CP, por tanto, no zanja el asunto del problema del límite de edad penal, sino que hay que acudir a la legislación especial que se ocupa de la justicia juvenil —la Ley Penal del menor— para detectar, más allá de las etiquetas a las que recurra el legislador, a partir de qué edad concreta el menor entra, a todos los efectos, en la maquinaria del aparato represivo estatal más violento.

Esta edad se halla en los catorce años, luego para nada coincide con la edad civil, esto es, los dieciocho años. En consecuencia, y de acuerdo con Cuello Contreras, la semántica del texto penal es clara: hay una responsabilidad penal del menor.²¹

Sin embargo, en base al mismo artículo 12 de la CE (conforme al cual la mayoría de edad se alcanza a los dieciocho años), y al papel de *ultima ratio* del Derecho penal en un Estado social y democrático de Derecho (con una reducción efectiva de la intervención punitiva del Estado, de tal modo que quede como última instancia, respetando el orden y condiciones de los controles anteriores, y sólo cuando han fracasado éstos), sólo se puede concluir que mantener un límite de edad penal inferior a los 18 años, supone que en ese tramo (desde la edad penal hasta los 18) no se están respetando el orden y condiciones de los controles anteriores, se produce un salto y sustitución de niveles y, en suma, el DP pasa a ser, no *ultima ratio*, sino *prima ratio*.

De todas formas, estamos con Aparicio Blanco, es de justicia el reconocer que nuestra Constitución no establece los principios pro-

²⁰ Landrove Díaz, G. *Op. cit.*, p. 162.

²¹ Cuello Contreras, J. *El nuevo Derecho penal de menores*, Madrid, Cuadernos Civitas, 2000, p. 17.

pios de un Derecho penal de menores, ni impone un modelo político criminal concreto que obligue al legislador ordinario a la aplicación de una opción legislativa determinada; tampoco contiene disposición alguna relativa al fundamento y fines de la intervención estatal como respuesta específica a las infracciones juveniles.²²

En todo caso, y si bien lo ideal sería, lógicamente, poder prescindir de toda actuación represora sobre los menores, a la hora de analizar y sistematizar un régimen como el acogido, indefectiblemente, deben plantearse, de acuerdo con Cuello Contreras, tres grandes disyuntivas:²³

1º. El sistema de medidas previsto, al igual que los criterios para su determinación, y la ejecución de las mismas, ¿se orientan satisfactoriamente a la educación, sin cortapisas que puedan dar al traste con el fin perseguido?

Como respuesta cabría decirse que el sistema de medidas recogido en la LORPM es bastante adecuado en líneas generales al fin resocializador propuesto; pero con una gran excepción: *la configuración del régimen cerrado*, y ya no tanto por su mera existencia,

pues habrá casos en los que sea necesario incluso para acometer un plan educativo de algún tiempo separando al menor del entorno social del que procede, como por los términos defensistas en que está previsto para los mayores de 16 años, y todos los menores inmersos en delitos terroristas que hace probable que los tribunales de justicia hagan de él una utilización más punitiva que terapéutica. Y es que, ¿puede ser una privación de libertad en un centro cerrado una medida educativa en interés exclusivo del menor? La verdad es que difícilmente se pueden conjugar ambos extremos.

El régimen del internamiento cerrado es la concesión más importante y grave de la LORPM a la defensa social, en detrimento de la resocialización del menor, tratándose de una auténtica pena. De una sanción que por su dimensión criminógena y estigmatizadora, y por el desarraigo familiar y ambiental que provoca, plantea las mismas dudas que suscitan las paralelas penas privativas de libertad. Porque, previsiones terminológicas al margen —estamos de acuerdo con Landrove— nos encontramos ante una medida de contenido idéntico al de la pena de prisión prevista en el Derecho penal de adultos.²⁴

²² Aparicio Blanco, P. "Política criminal (Reflexiones sobre el Proyecto de Ley de Responsabilidad Penal de los Menores)", en *Política criminal*, Cuadernos de Derecho Judicial, 1999, pp. 159 y ss.

²³ Cuello Contreras, J. *Op. cit.*, pp. 42 y ss.

²⁴ Landrove Díaz, G. *Op. cit.*, p. 223.

Un régimen que se exagera cuando se trate de hechos de extrema gravedad, lo que para el LORPM constituye siempre la reincidencia, los delitos en la órbita del terrorismo, el asesinato y el homicidio doloso, y las agresiones sexuales, en cuyo caso a los cinco años de internamiento, uno de los cuales no es facultativo sino imperativo, que además, en ningún caso es sustituible por ninguna otra medida antes de su cumplimiento completo, se suman hasta otros cinco años de libertad vigilada con asistencia facultativa.

A nadie se le oculta que los delitos para los que viene previsto el internamiento en régimen cerrado son los que más alarma social producen —delitos con violencia o intimidación o grave riesgo para la vida o integridad de la persona y delitos de terrorismo—, pero éste es un límite excesivo al fin resocializador perseguido por la LORPM, “hasta el punto de que puede dar al traste con él”.²⁵ Y es que el temor está en que sean utilizados en el futuro por los tribunales para eludir sistemáticamente —descartar—, cuando concurren, las restantes medidas que siguen teniendo abiertas, salvo en el supuesto “extremadamente grave” contemplado en el artículo 9.5ª.II en

los términos estrictos en que el Tribunal no puede hacer otra cosa (internamiento durante un año como mínimo), pues todos los delitos, incluidos los violentos —y éstos a veces en mayor medida—, pueden ser indicativos de la falta de madurez que da sentido a todas las prescripciones de la LORPM.²⁶ Se echa de menos, en tal sentido, no poder contar con una norma correctora que dé respuesta adecuada a casos de déficit de imputabilidad, y más habida cuenta que en estos supuestos la Ley prescinde del principio de flexibilidad para establecer la imposición forzosa de una concreta medida.²⁷

Y es que la aplicación de estas medidas de internamiento en régimen cerrado debe ser restrictiva, evitando en lo posible toda medida no indicada desde la finalidad resocializadora. Para ello será necesario que los tribunales no sólo corroboren la naturaleza violenta o peligrosa de la infracción, sino que también, y sobre todo, comprueben si la medida de internamiento es la más aconsejada desde el punto de vista perseguido; lo que, claro está, “pasa por concebir el internamiento no como aprisionamiento sino como terapia social”.²⁸

²⁵ Cuello Contreras, J. *Op. cit.*, p. 61.

²⁶ *Idem.*

²⁷ Cezón González, C. *La nueva Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*, Barcelona, Bosch, 2000, p. 66.

²⁸ Cuello Contreras, J. *Op. cit.*, p. 62.

Esto es, el internamiento debe limitarse tanto por el tipo de delito cometido como por la exigencia, razonadamente apreciada en la sentencia, de que ninguna otra medida menos grave puede satisfacer las necesidades educativas del menor. La referencia a medios comisivos violentos o intimidatorios, o a conductas de riesgo para la vida o la integridad personal, parece atender únicamente a razones de alarma social ligadas a ciertos estereotipos sobre la delincuencia juvenil. Un inadmisibles matiz preventivo-general que, al mismo tiempo, explicaría el porqué no debe admitirse el internamiento simplemente en virtud de la naturaleza del delito.²⁹ Las medidas de internamiento constituyen la *ultima ratio* de la intervención educativa y así, y sólo así, deberían ser encaradas.³⁰ El derecho a la libertad adquiere en el ordenamiento de los menores una relevancia especial, y eso no debe nunca olvidarse.

En lo que a la ejecución de las medidas se refiere, e incluyendo su control judicial, la LORPM ha acertado claramente, pudiéndose decir que está claramente inspirada en la idea de resocialización. La dificultad, sin embargo, puede estribar en que los respon-

sables de las mismas sepan, quieran y puedan realizar el seguimiento día a día que requiere, porque si lo consiguen está garantizado en buena parte el éxito. Porque si la finalidad de la intervención sobre los menores es, como se dice, actuar sobre su desenvolvimiento personal, no cabe duda en que el éxito o el fracaso dependerá, sobre todo, de la correcta selección de la medida a aplicar y, por supuesto, de su adecuada ejecución.³¹

2º. El cauce procesal a través del cual determinar la medida aplicable y su posible modificación en el transcurso de la ejecución, ¿es suficientemente flexible e “informal” como para, al mismo tiempo, garantizar derechos fundamentales del justiciable y configurar la medida aplicada y su ejecución en aras al fin resocializador pretendido?

El proceso penal de menores contenido en la LORPM es probablemente el mayor éxito de la nueva Ley, pues garantiza derechos fundamentales del menor y es lo suficientemente flexible de cara a la resocialización, para lo que se configura muy informalmente y puede ser interrumpido prácticamente en cual-

²⁹ AA.VV. *Un proyecto alternativo a la regulación de la responsabilidad penal de los menores*, Valencia, Grupo de Estudios de Política Criminal, 2000, pp. 29-30.

³⁰ Miranda Rodrigues, A. “Repensar o direito de menores em Portugal- utopia o realidade?”, en *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 7, 1997, p. 384.

³¹ *Ibidem*, p. 383.

quier momento —salvo por la exigencia del cumplimiento de la mitad de la medida en caso de jóvenes implicados en delitos de terrorismo—. Es más, puede decirse que las posibles dificultades a plantearse en este sentido pueden venir más bien de que sus órganos y las partes no sean capaces de sustraerse a los métodos y fines adecuados a otros procedimientos penales, que poco tienen que ver con éste. Por eso es tan importante la formación de quienes van a intervenir en él. Esto es, el éxito de la ley depende, en gran medida, de la sensibilidad de los operadores jurídicos a la hora de ponerla en marcha, de interpretarla desde parámetros educativos.³²

3º. Por tratarse, al fin y al cabo, de Derecho penal, ¿está garantizado que la medida aplicable respete el principio de culpabilidad, sin subterfugios que permitan su vulneración en nombre de la idea de resocialización, evitando sobre todo discriminaciones entre menores que han cometido los mismos delitos pero presentan diferentes déficits de socialización (sobre todo las discriminaciones de origen clasista)?

Aunque pueda parecer chocante, dada la preferencia clara del fin resocializador de la LORPM, es una decisión sumamente prudente la prevista en el artículo 8.II, que, aun-

que referida sólo al internamiento, en cualquiera de sus modalidades, impide una medida de mayor duración a la que habría resultado de aplicar el CP, pues de esa manera se evitan abusos, en nombre de la resocialización, a costa del *principio de culpabilidad*, que no es sólo un principio de Derecho penal sino también de nuestra cultura jurídica, y una invitación a que cuando no baste con las medidas de la LORPM se reconduzca al menor al Derecho civil y tutelar de las Comunidades Autónomas, que debe constituir un *continium* con el de la intervención penal.

En resumen, las mayores críticas a la Ley Penal del Menor se concretan, de entrada, desde la imposibilidad de hacer realidad “el interés del menor” desde un modelo que, de origen, es “en interés de la seguridad ciudadana” o de la “defensa social”, porque es de naturaleza penal, a pesar de las etiquetas equívocas que puedan utilizarse. Es como si se quisiera ocultar que estamos ante un Derecho penal. No obstante, la Ley contempla un procedimiento, aplicable a los menores a efectos penales, una variante del proceso penal, en el cual han de respetarse los derechos fundamentales consagrados en el artículo 24 CE. Y ello porque sólo con la garantía de esos mínimos podrán reducirse al mínimo también los efectos estigmatizantes, es-

³² Segovia Bernabé, J. L. *Op. cit.*, p. 79.

pecialmente nocivos cuando se trata de menores, derivados de toda intervención penal del Estado. Y porque sólo de este modo se atiende tanto a la defensa social —interviniendo—, como a la eficacia preventiva —garantizando que esta intervención no lesione derechos fundamentales en nombre de la resocialización.

Asistimos, en todo caso, a un traslado al ámbito de los menores del armazón de garantías penales y procesales de los adultos, que, si se efectúa sin la adaptación previa a las especiales circunstancias y características de la justicia de menores, incurriría inexorablemente en una grave vulneración del principio de igualdad del artículo 14 CE, ya que aquí lo discriminatorio es aplicar tratamientos iguales a situaciones diferentes. Es el momento, por tanto, de aclarar que, cualquiera que sea el sistema acogido, el ámbito de la justicia juvenil en un Estado social y democrático de Derecho deberá hacer realidad la aspiración de terminar con la prisión en gran centro cerrado. Porque eso es algo que la sociedad, en un Estado democrático, debe como mínimo a sus menores.

Lógicamente, y para terminar, si ahora nos interesa el problema de la justicia de meno-

res en España, las coordenadas en las que tendremos que movernos serán las que configura nuestro propio ordenamiento, con la Constitución a la cabeza, nuestra realidad socioeconómica y la capacidad de nuestro sistema para afrontar materialmente el problema. Ninguna solución puede ser desgajada de este contexto, porque por buena que sea desde una perspectiva teórica, no será válida por ilegítima o por irrealizable.

Esto es, el resultado final dependerá de los recursos que efectivamente se pongan en juego y lo prioritario que sean las políticas genéricas de menores. Para que todo llegue a un buen fin es preciso contar con recursos sociales específicos e inespecíficos, y apoyo a los niños y a sus familias, así como políticas de calidad de vida, lucha contra la exclusión y protección social. Y es que la improvisación y la falta de inversiones que permitan aplicar el amplio elenco de medidas propuestas por la norma puede acabar provocando el fracaso estrepitoso de la ley, “justificando una nueva vuelta de rosca en la línea retribucionista que limitará, aún más, el campo efectivo de protección de los menores”.³³

Por último, es preciso recuperar la cordura. No podemos legislar a toque de emotivismo

³³ Segovia Bernabé, J. L. *Op. cit.*, p. 79.

y presión de los medios de comunicación social sin excesiva capacidad de matizar los mensajes por lo que se refiere al colectivo de los menores.³⁴ Esto es —y así nos lo recuerda Giménez Salinas—,³⁵ en las situaciones extremas, en los momentos de mayor crispación, cuando la ciudadanía, frente a una sensación

de impotencia, reclama ciertas actuaciones de los poderes públicos, estos deben abordar estas cuestiones con especial sensibilidad y prudencia. Porque no se puede legislar a golpe de acontecimiento y porque, precisamente, cuanto más grave es la situación, con mayor serenidad hay que afrontarla.

5. Tendencias político-criminales en la lucha contra la delincuencia juvenil

5.1. Planteamiento del problema

El tema de la delincuencia juvenil, al igual que ocurre a escala mundial, es objeto de gran preocupación en España y, al respecto, todos los estudios realizados giran alrededor de la necesidad de actuar en el campo de la prevención. Algo de lo que se hace eco nuestra actual Ley 5/2000, de 12 de enero, de Responsabilidad Penal del Menor, cuando en su Exposición de Motivos, a la hora de analizar el nuevo proceso penal de menores, establece que:

Hay que tener en cuenta la naturaleza y finalidad de aquel tipo de proceso, encaminado a la adopción de unas medidas

que, fundamentalmente, *no pueden ser represivas, sino preventivo-especiales*, orientadas hacia la efectiva reinserción y el superior interés del menor, *valorados con criterios que han de buscarse primordialmente en el ámbito de las ciencias no jurídicas.*

El dilema al que deberíamos enfrentarnos, de acuerdo con Cuello Contreras,

es el que nos arrojaría a elegir entre reaccionar contra el hecho delictivo del menor, sin importar tanto la naturaleza de la reacción como la reacción misma, y no

³⁴ *Ibidem*, p. 80.

³⁵ Giménez Salinas I Colomer, E. *Op. cit.*, p. 36.

reaccionar, es decir, confiando, dada la edad, en que el sistema educativo al que como otros chicos de su edad pertenece el menor, hará que la peligrosidad evidenciada por el delito desaparezca sin intervención específica alguna.³⁶

La realidad, sin embargo, nos muestra que no se discute tanto que haya que reaccionar o no —si bien aún son muchos los defensores de esta última vía—, sino sólo como reaccionar, llegando como mucho a la conclu-

sión de que no vale cualquier reacción, ni desde luego la misma que sería adecuada para el adulto, sino otra dirigida a la resocialización.³⁷ Todo lo cual, y ya de entrada,

demuestra —escribe con razón García Pablos— el erratismo político-criminal, esto es, la indefinición o ausencia de modelos claros en materia de jóvenes y menores y, en todo caso, la falta de voluntad política o la incapacidad para tomar las decisiones oportunas en el momento necesario.³⁸

5.2. Una necesaria visión multidisciplinar

Educar —escribe Miranda Rodríguez— equivale a formar, esto es, desenvolver armónicamente la personalidad, las facultades físicas, psíquicas, morales e intelectuales.³⁹ Qué duda cabe, por tanto, en que nos situamos ante un fenómeno que requiere de una visión multidisciplinar, y en el que, en consecuencia, deben trabajar de forma conjunta

profesionales de distintas áreas. Es por ello que la imposición de la correspondiente sanción deberá efectuarse, lógicamente, tras vencer la presunción de inocencia, pero sin, de ningún modo, obstaculizar los criterios educativos y de valoración del interés del menor que presiden este proceso. Esto es, debe hacerse un uso flexible del principio de

³⁶ Cuello Contreras, J. *Op. cit.*, pp. 30-31.

³⁷ *Ibidem*, pp. 32-33.

³⁸ García Pablos, A. “Presupuestos criminológicos y político-criminales de un modelo de responsabilidad de jóvenes y menores”, en AA.VV. *Menores privados de libertad*, Madrid, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, 1996, p. 256.

³⁹ Miranda Rodríguez, A. *Op. cit.*, p. 355.

intervención mínima bajo la perspectiva siguiente:⁴⁰

- Dotando de relevancia a las posibilidades de no apertura del procedimiento o renuncia del mismo.
- Posibilitando el resarcimiento anticipado o conciliación entre víctima y agresor.
- Y previendo la suspensión condicional de la medida impuesta o su sustitución durante la ejecución.

O lo que es lo mismo, en el ámbito de la justicia juvenil es necesario arbitrar fórmulas que permitan “no entrar” o “salir” del sistema cuando por la escasa entidad de la infracción, por las circunstancias personales del autor o por la realización de actos de conciliación o reparación a la víctima se entienda que la intervención judicial podría ser innecesaria o contraproducente con los fines de la socialización del joven.⁴¹

La práctica, sin embargo, lo único que finalmente nos dice es que desde los 14 años el menor infractor es considerado legalmente

“delincuente”, se le somete a un proceso penal, ante un Juez de lo penal, que le impone una pena —ya se llame pena juvenil, ya se le encubra con la denominación alternativa de “medida”—. Y es que por mucho que se “eufemice” la responsabilidad del menor —si es que se puede hablar de responsabilidad— y la naturaleza de la reacción contra su hecho delictivo, ambas se aplican *por el delito cometido*, con lo que resulta evidente que el denominado *efecto estigmatizante* “autor de delito” también contamina a todo lo que haga el menor.⁴²

Porque, escribe con razón Silva Sánchez, los derechos penales de menores evidencian que el Derecho penal preventivo, según el cual la sociedad no se alarma tanto por el hecho delictivo de un menor como por el de un adulto, no puede funcionar sin la “red” que representa saber que los menores, efectivamente, no responden por el CP *pero sí lo hacen conforme a un sistema alternativo*, más resocializador, pero al fin y al cabo preventivo, esto es, basado en la defensa social; lo que significa que hay un límite, por flexible y laso que sea, a partir del cual se antepone la defensa social a las necesidades

⁴⁰ Magro Servet, V. “La prevención en la delincuencia juvenil”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 481, 2001, pp. 1 y ss.

⁴¹ AA.VV. *Un proyecto alternativo a la regulación de la responsabilidad penal de los menores*, *Op. cit.*, p. 15.

⁴² Cuello Contreras, J. *Op. cit.*, p. 30.

educativas.⁴³ Luego, qué duda cabe, en que las mayores críticas a nuestra actual Ley penal del menor se concretan precisamente en eso: en la imposibilidad de hacer realidad “el interés del menor” desde un modelo que, de origen, es “en interés de la seguridad ciudadana” o de la “defensa social”, porque es de naturaleza penal, a pesar de las etiquetas equívocas que puedan utilizarse.

Un planteamiento teórico serio del problema de la delincuencia juvenil debe, sin embargo, mantenerse al margen de las corrientes sociales que cíclicamente se manifiestan exigiendo mayor seguridad ciudadana y reacciones penales más duras con los jóvenes delincuentes.⁴⁴ Y si la opción es por un Derecho penal del menor, debe tratarse de un derecho de las garantías. En definitiva, se trata de reconocer al menor como sujeto (y no como objeto) de Derecho, especialmente protegido por el ordenamiento jurídico, tanto en su vertiente sustantiva como procesal, lo cual debe conducir a un sistema jurídico del menor plenamente garantista.

Pero no olvidemos tampoco que éste es un campo en el que hay que trabajar, sobre todo, desde la perspectiva de la prevención. Al respecto, y según el Informe aprobado por el Pleno del Senado de 22 de noviembre de 1999, titulado “*El estudio de la problemática de los hechos y comportamientos violentos relacionados con los menores de edad*”, para una prevención eficaz de la violencia juvenil hay que trabajar, primordialmente, desde tres frentes: la familia, la escuela y el marco social en que los menores desarrollan su actividad. Sectores en los que, si concurren una serie de circunstancias (maltrato físico o psicológico, abuso del alcohol o drogas, marginalidad, pobreza, fracaso escolar, tribus urbanas, etcétera), se precisa de una actuación rápida para evitar que lo que tan sólo puede ser una época delicada o difícil se convierta en algo más preocupante y que desemboque en la aplicación de la Ley Penal del menor y todo el surtido de medidas previstas en su artículo 7. De ahí el desarrollo, entre otros, de programas específicos de rehabilitación y de reinserción de meno-

⁴³ Silva Sánchez, J. M. “El régimen de la minoría de edad penal (art. 19)”, en *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, Barcelona, J. M. Bosch Editor, 1997, p. 171.

⁴⁴ Y es, precisamente, por estas exigencias populares de endurecimiento que, aún no entrada en vigor, nuestra Ley Penal del menor fuera reformada mediante LO 72000, de 22 de diciembre, en lo que a los delitos de terrorismo se refiere, suponiendo una clara agravación de las “medidas” a adoptar con estos menores y una disminución de los “beneficios” penales y procesales sí reconocidos para los demás.

res drogodependientes⁴⁵ y con problemas de alcoholismo.⁴⁶

En todo caso, tal y como señala la *Circular de la Fiscalía General 1/2000, de 18 de diciembre*, es competencia necesaria del fiscal el que este empeñe su labor cotidiana a contribuir en que el propósito educativo que

inspira la Ley no se convierta en una mera declaración formal. Un papel educativo directamente entrelazado con la política reeducadora que debe afrontarse sobre los menores, insistiendo en el trabajo que debe hacerse en dos marcos importantísimos, y a los que ya hemos hecho referencia: la familia y la escuela.⁴⁷

⁴⁵ Mediante un Acuerdo de colaboración entre los Ministerios de Interior, Educación y Cultura y de Sanidad y Consumo se puso en marcha en 1997 una experiencia piloto de prevención de drogodependencias que tiene carácter plurianual y que se va prorrogando y perfeccionando. Esta experiencia va dirigida a alumnos de enseñanza primaria e incluye diversas actividades centradas en amplios programas de carácter educativo. Asimismo, dentro de esta mecánica de actuación se han editado manuales para los menores dirigidos a la prevención escolar, la prevención familiar y la prevención de los servicios sociales, y diferentes seminarios internacionales y encuentros profesionales sobre la prevención en general y la prevención familiar.

⁴⁶ Entre las vías que se están siguiendo para hacer frente al problema del alcoholismo juvenil, hay que destacar que en el año 1999 tuvo lugar en el Ministerio de Sanidad y Consumo un encuentro entre los representantes nacionales del PEAA (Plan Europeo de Actuación sobre el Alcohol) para consensuar un segundo Plan Europeo en la Lucha contra el Alcoholismo. El primer plan coincidió con la celebración de una Carta Social Europea sobre el alcohol, en el mes de diciembre de 1995, en el que los Estados miembros de la Región Europea de la Organización Mundial de la Salud, entre los que se encuentra España, se fijaron el denominado "objetivo 17 de salud para todos" por el que se proponía lograr una reducción del 25% en el consumo del alcohol antes del año 2000, objetivo que, según los datos ofrecidos por el PEAA, se alcanzó. Pero, para una lucha integral contra este problema, ciertamente, se necesita de la colaboración de todas las administraciones competentes (Bienestar Social, Empleo, Tráfico, Agricultura, Comercio, Justicia y Hacienda), porque no cabe duda en que las medidas preventivas siempre son la solución más eficaz para solucionar los problemas.

⁴⁷ Magro Servet, V. *Op. cit.*, p. 5.

6. Conclusiones

La incorporación de la infancia en conflicto social al Derecho penal, desde luego, no constituye avance alguno en materia de derechos humanos. El horizonte penal, con todo el garantismo que se quiera, no deja de ser un ámbito de difícil maridaje con la pedagogía, y formulado en un momento en que prima el neoretribucionismo no dejará de mostrar abiertamente su verdadera naturaleza.⁴⁸ Porque los menores no son simplemente adultos pequeños, sino personas con especiales necesidades de tipo educativo, es preciso a toda costa favorecer la participación social en el proceso de socialización de los mismos. Es por ello contraproducente que un menor sea aislado de su medio comunitario natural; sus conflictos han de ser abordados allí donde se generan y debe desarrollarse un amplio movimiento de solidaridad social para encarar una auténtica política preventiva de la delincuencia.⁴⁹

El problema de la delincuencia juvenil es con certeza un problema jurídico, pero antes que nada es un problema social, es por ello que se hace necesaria una mayor implicación

de toda la sociedad, potenciándose las alternativas comunitarias.

Porque la criminalidad de menores permite constatar la limitación e insuficiencias estructurales del Derecho como técnica de solución de los conflictos sociales. Porque el Derecho es sólo un lenguaje: el lenguaje de la seguridad jurídica, de la certeza, y de la igualdad. El Derecho arbitra así las soluciones, las instrumenta y da forma. Pero no la solución misma. Por decirlo de otro modo: el Derecho es la melodía, pero no la partitura, la forma, no el contenido.⁵⁰

En tal sentido, podría ser una política criminal adecuada aquella que, de acuerdo con García Pablos,⁵¹ reuniera cuatro estrategias:

Reflexión axiológica: El crimen se aprende. Más aún: el joven infractor imita, no crea. Luego una prevención eficaz de la criminalidad de jóvenes y menores obliga a dirigir la mirada hacia la sociedad de los adultos (vio-

⁴⁸ Segovia Bernabé, J. L. *Op. cit.*, p. 65.

⁴⁹ AA.VV. *Un proyecto alternativo a la regulación de la responsabilidad penal de los menores*, *Op. cit.*, p. 16.

⁵⁰ García Pablos, A. *Op. cit.*, p. 257.

⁵¹ García Pablos de Molina, A. *Tratado de criminología*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, pp. 924 y ss.

lencia, corrupción, insolidaridad, etcétera). Sólo, pues, una profunda revisión de los valores sociales proclamados y vividos por la sociedad adulta garantiza la prevención eficaz de la criminalidad de jóvenes y menores. La modificación radical de ciertos comportamientos de los adultos, de determinados ejemplos, será a medio o largo plazo, la estrategia preventiva más duradera y estable.

Aprendizaje observacional y mensajes antipedagógicos. La sociedad adulta debe evitar ciertos mensajes equívocos, susceptibles de una lectura criminógena por el joven o menor. Mensajes ambiguos o imprecisos como éxito, triunfo económico, valor, riesgo, etcétera, no debidamente matizados, pueden recibir una lectura simplificadora y sesgada por parte del joven o menor: una lectura criminógena, aunque no sea ésta la finalidad deliberada o consciente del mensaje.

Porque un mensaje que identifique triunfo y éxito económico, este último sin discriminar medios, modos o formas y procedimientos utilizados para acceder al mismo, puede ser —y de hecho es— un mensaje criminógeno. La sociedad, por ello, debiera subrayar que también triunfa el modesto funcionario que cumple ejemplarmente su trabajo, con dignidad, con autonomía, con profesionalidad, aun cuando su remuneración económica sea escasa y el trabajo realizado se diluya socialmente en el más gris anonimato. La so-

iedad que quiera prevenir la criminalidad de jóvenes y menores ha de condenar de forma inequívoca el éxito económico, rápido, fácil y mediocre, no asociado al esfuerzo digno, de algunos adultos supuestamente *triunfadores*.

Criminalidad subcultural y rearme axiológico positivo. Se trata, además, de llevar a cabo un magisterio positivo: de aportar al joven y al menor pautas de conducta y modelos que den un sentido a su existencia, de ofrecerle alternativas e incentivar su compromiso y participación. Pues muchas de las conductas irregulares de estos infractores son conductas subculturales, esto es, simbólicas: significan —o quieren significar— la huida, la evasión activa de una sociedad cuyo orden de valores no comparte el joven; o incluso el rechazo abierto y la rebeldía hacia las pautas de conducta y actitudes *oficiales* de la sociedad adulta. Es decisivo, pues, que la sociedad adulta sepa ofrecer una sugestiva alternativa de valores al joven y que éste pueda optar a favor de la participación y el compromiso por el cambio social, en lugar de supuestas actitudes de pretendida rebeldía o improductivo nihilismo que debieran desmitificarse.

Una nueva "cultura" servida por ambiciosas políticas sociales. La cultura ha cumplido tradicionalmente una función *moderadora* que ya no cumple. Todo lo contrario. La actual ¿cultura? Consumista, del vídeo y la consola, crea artificialmente necesidades, no sabe de

límites ni restricciones, y predica un hedonismo insaciable capaz de postergar la satisfacción del placer o planificar con sensatez el futuro a medio plazo. Jóvenes y menores son las primeras víctimas de esta cultura, antesala de toda suerte de frustraciones.

Porque una sociedad que entroniza el éxito, como valor supremo y destierra de su mirada cualquier atisbo de limitación, sufrimiento, fracaso..., ¿cómo puede generar individuos sanos que sepan asumir, como inherentes a su condición de ser humano, la limitación, el sufrimiento o el fracaso mismo? Habrá que comenzar, por consiguiente, por elaborar una nueva cultura. Una nueva cultura que ha de estar servida por una ambiciosa *política social*, en materia de educación, sanidad, vivienda, ocio, etcétera, pues la política social es y sigue siendo el instrumento más eficaz y justo de prevención del delito. Pues si, como parece cierto, los jóvenes y menores de los estratos sociales más deprimidos delinquen más, ello se debe no a que profesen valores genuinamente criminales (valores de clase) ni a la discriminación del sistema legal (discriminación, desde luego, real) sino al eterno problema de la de-sigualdad de oportunidades.

Porque, no hay duda en que educar no es una tarea fácil, y mucho menos cuando lo

que se pretende es sustituir modelos o conductas o hábitos ya asumidos. Pero éste, nos guste o no, es el objetivo a perseguir con la intervención sobre aquellos menores que realicen hechos calificados como delito por las leyes penales. El dilema entre educar o someter puede resolverse mediante un equilibrio entre los derechos individuales del menor y los derechos de la propia sociedad mediante una constante dialéctica social entre los conceptos de libertad y de justicia.⁵²

Esto es, se hace necesario un cambio de actitud de la comunidad y de las instituciones sociales, pues no se puede permanecer ajenos a que la mayor parte de los menores infractores pertenecen (y no por casualidad) a las clases sociales más desfavorecidas o desprotegidas, con graves carencias psíquicas, afectivas o sociales. Unas necesidades por las que, sin duda, habrá que comenzar.⁵³ En definitiva, lo más importante será diseñar respuestas diferentes de la “respuesta criminal” evitando todo lo que pueda ser contrario a tal fin. Y todo ello no puede esperar más. En especial, el coste presupuestario de las medidas que sería necesario activar no puede ser una excusa para retardar la decisión de adoptar una nueva legislación en esta materia que no se quede exclusivamente en el papel, como tantas veces ha ocurrido en nuestro país.⁵⁴

⁵² Miranda Rodrigues, A. *Op. cit.*, p. 356 y ss.

⁵³ *Ibidem*, p. 378.

⁵⁴ AA.VV. *Un proyecto alternativo a la regulación de la responsabilidad penal de los menores*, *Op. cit.*, pp. 16 y 17.

No se trata, en todo caso, de partir de la nada. Las estructuras materiales necesarias prácticamente ya existen, sólo es necesario mejorarlas reconvirtiéndolas de forma racionalizada. Y los operadores del sistema muestran grandes voluntades de cambio, lo cual es una puerta abierta a la esperanza, pero sin olvidar, como nos recuerda Miranda Rodrigues,⁵⁵ que es mu-

cho lo que hay por hacer. Si fuéramos capaces de conseguir algún resultado positivo con respecto a los jóvenes, o como mínimo crear una cultura que les permitiera afrontar la llegada al mundo adulto mejor preparados, seguro que habríamos iniciado un buen camino en la línea de una justicia más próxima, más humana y, por ende, más justa.⁵⁶

⁵⁵ Miranda Rodrigues, A. *Op. cit.*, p. 386.

⁵⁶ Giménez Salinas I Colomer, E. *Op. cit.*, p. 56.

7. Bibliografía

- AA.VV. *Menores privados de libertad*, Cuadernos de Derecho judicial, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1996.
- AA.VV. *Responsabilidad penal de los menores: una respuesta desde los derechos humanos*, Ararteko, 2001.
- AA.VV. *Un proyecto alternativo a la regulación de la responsabilidad penal de los menores*, Valencia, Grupo de Estudios de Política Criminal, 2000.
- AA.VV. *Violencia juvenil desde una perspectiva multidisciplinar*, Madrid, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Edersa, 1998.
- APARICIO BLANCO, P. "Política criminal (Reflexiones sobre el Proyecto de Ley de Responsabilidad Penal de los Menores)", en *Política criminal*, Cuadernos de Derecho Judicial, 1999, pp. 159 y ss.
- CEZÓN GONZÁLEZ, C. *La nueva Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*, Barcelona, Bosch, 2001.
- CUELLO CONTRERAS, J. *El nuevo Derecho penal de menores*, Madrid, Cuadernos Civitas, 2000.
- GARCÍA PABLOS DE MOLINA, A. *Tratado de criminología*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.
- GARRIDO GENOVÉS, V. *Delincuencia y sociedad*, Madrid, Editorial Mezquita, S.A., 1985.
- HERNÁNDEZ GALILEA, J. M. (coord.), *El sistema español de justicia juvenil*, Madrid, Dykinson, 2002.
- LANDROVE DÍAZ, G. *Derecho penal de menores*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001.
- MAGRO SERVET, V. "La prevención en la delincuencia juvenil", en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 481, 2001, pp. 1 y ss.
- MANZANARES SAMANIEGO, J. L. "Reformas penales en materia de terrorismo", en *Actualidad penal*, n. 48, 2000, pp. 1013 y ss.
- MIRANDA RODRIGUES, A. "Repensar o direito de menores em Portugal- utopia o realidade?", en *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 7, 1997, pp. 355 y ss.
- SANZ MULAS, N. *Alternativas a la pena privativa de libertad (Análisis crítico y perspectivas de futuro en las realidades española y centroamericana)*, Madrid, Colex, 2000.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M. "El régimen de la minoría de edad penal (artículo 19)", en *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, Barcelona, J. M. Bosch Editor, 1997.