

JÓVENES DELINCUENTES Y POLÍTICAS DE SEGURIDAD

Ma. Dolores MACHADO RUIZ*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Modelos de tratamiento de la delincuencia de menores y jóvenes: su evolución en el sistema jurídico español*. III. *La influencia de las nuevas tendencias penales en la justicia actual de menores*. IV. *La situación de los jóvenes adultos tras la reforma introducida por LO 8/2006 a la Ley Penal del Menor*.

I. INTRODUCCIÓN

La criminalidad de menores y jóvenes ha dependido tradicionalmente de los presupuestos ideológicos y jurídicos que han condicionado la exigencia de responsabilidad penal en cada momento histórico.

Resulta lógico que fuera el tránsito de un derecho penal marcadamente objetivo (responsabilidad por el hecho dañoso), característico de las leyes germánicas y romanas más antiguas, a otro de carácter subjetivo (responsabilidad fundada en la causalidad psíquica), el que fijara el momento en que comienza a otorgarse relevancia penal a este hecho natural.¹ Un proceso que ter-

* Profesora titular de derecho penal. Universidad de Almería.

¹ Cfr. Cuello Calón, E., *Derecho penal. Parte general*, Barcelona, Bosch, 1964, t. I, p. 402.

mina verificándose en la Edad Media,² y que tuvo como primer exponente el derecho penal romano que es el que comienza a fijar límites a la imposición del castigo penal por razón de la edad.³

A partir de esos precedentes, ha sido patente la preocupación por garantizar un periodo de edad en el que fuese imposible reconocer la existencia de responsabilidad criminal, y otro durante el cual fuera indispensable excusar o atenuar los actos cometidos por esos menores. Esta idea de no considerar justiciables a los que están en la infancia se convierte en un principio general que aún rige en nuestra regulación.⁴ No sucede lo mismo con esa segunda etapa de edad en la que la decisión acerca de una posible

² Muestra de ello, es que en nuestro antiguo derecho penal existe ya una doctrina general acerca de la etapa de la vida en que la persona debe comenzar a responder de las acciones ante la ley penal. Así en las *Partidas* como en el *Libro de las costumbres* de Tortosa admiten la minoría de edad como causa de exención o de atenuación de la responsabilidad penal. Se consideraba entonces irresponsable al menor de diez años y medio, porque le excusa “la mengua de razón y sentido” y se contemplaba una gran mitigación de la pena hasta los catorce o incluso los diecisiete años de edad. Posteriormente, aunque la regla general siguió siendo estimar la memoria de edad como eximente o atenuante, en muchas ocasiones los menores, especialmente los adolescentes, fueron tratados con excesiva crueldad. Cfr. Groizard y Gómez de la Serna, Alejandro, *El Código Penal de 1870. Concordado y comentado*, 2a. ed., Madrid, Ministerio de Justicia e Interior, Secretaría de Estado de Justicia, 1902, pp. 234 y 237.

³ Es conocida su clasificación de los menores en tres periodos: uno, de irresponsabilidad absoluta (de edad inferior a siete años: *infans*); otro, de irresponsabilidad hipotética, a deducir de la presencia o ausencia de discernimiento en el menor (entre siete y catorce años: *impuber*) y un tercero, de responsabilidad atenuada (ente catorce y dieciocho años: *minor*).

⁴ Así se deduce de nuestra actual regulación tanto del Código Penal de 1995 (artículo 19) como de la LO 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal del menor, modificada por LO 7/2000 del 22 de diciembre y por LO 8/2006 del 4 de diciembre (en adelante LORRPM), en la que se declara en la Exposición de Motivos la irrelevancia de estas infracciones y, por tanto, la falta de necesidad de la intervención del aparato judicial sancionador del Estado para estos casos. Asimismo, se establece la edad mínima para exigir responsabilidad por esta Ley en los catorce años (artículo 1.1). Los países de nuestro entorno cultural lo sitúan básicamente entre los trece y catorce años, siendo no obstante mayoritario este último.

responsabilidad penal va a quedar en manos del legislador o de los jueces, dependiendo de cual sea el modelo de justicia de menores elegido en cada etapa histórica.

Ese paulatino cambio que experimenta el tratamiento de la criminalidad de menores está íntimamente vinculado a las circunstancias socio-económicas y políticas presentes en cada momento, así como a las ideas de protección, de justicia y de seguridad que van a marcar el paso de un modelo a otro hasta llegar a la situación actual. El análisis de cada uno de esos contextos en los que se desarrolla la justicia de menores resulta, sin duda, imprescindible para comprender tanto esa variable respuesta jurídica frente al menor y joven infractor, como el generalizado y progresivo endurecimiento que esa respuesta presenta en nuestros días.

II. MODELOS DE TRATAMIENTO DE LA DELINCUENCIA DE MENORES Y JÓVENES: SU EVOLUCIÓN EN EL SISTEMA JURÍDICO ESPAÑOL

En España, los sistemas empleados en la determinación de la edad a partir de la cual se pueda exigir responsabilidad penal son tres: el del discernimiento, el biológico-cronológico y el mixto (biológico-discernimiento). Cada uno comportará un tratamiento diverso de la delincuencia juvenil que si, en el caso del discernimiento, sólo supuso una pena atenuada a partir de cierta edad, será a partir del sistema biológico cuando empiecen a desarrollarse las legislaciones propias de la justicia juvenil. Surgirán entonces los grandes modelos que iban a presidir la justicia de menores: el tutelar, el educativo y el de responsabilidad.⁵

⁵ De todos ellos, sólo el modelo educativo no llega a implantarse en nuestro país donde sigue aún vigente el modelo tutelar. Véase un resumen de sus notas más características, en Giménez-Salinas, E. y González Zorrilla, C., "Jóvenes y cuestión penal en España", *Jueces para la democracia*, abril de 1988, p. 17. Albrecht, A., *El derecho penal de menores*, Barcelona, PPU, 1990, pp. 173 y 174. García Pérez, O., "Los actuales principios rectores del derecho penal juvenil: un análisis crítico", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Segunda Época, núm. 3, 1999, pp. 51-54.

Pues bien, es a mediados del siglo XIX, en el marco del sistema penal clásico, en el que la culpabilidad aparece concebida como juicio de reproche y la pena como retribución, cuando nuestros códigos penales se adscriben al sistema del discernimiento⁶ en la determinación de la responsabilidad penal del menor de edad.⁷ Esta prueba se caracterizaba por la indagación, a partir de una cierta edad (entre nueve y quince años), de la madurez del menor en cada caso para que en el supuesto de afirmarse quedara justificado que el derecho penal debía intervenir. Se trataba de comprobar por parte del juez, con la ayuda de expertos, que en el caso concreto el menor criminal “e[ra] capaz de conocer el precepto de la legislación positiva y go[zaba], por tanto, de la facultad de determinarse conforme a él o de separarse de su cumplimiento”.⁸ Por tanto, la ausencia siempre de discernimiento en el menor de

⁶ Este sistema va a ir incorporándose a todos los sistemas de la codificación continental europea, así como a los del *Comon Law*. En ese sentido, Groizard y Gómez de la Serna, A., *El Código Penal de 1870*, cit., nota 2, p. 237, para quien “la necesidad en que se han encontrado todos los legisladores de establecer y declarar que, por no haber llegado a aquella edad en que se considera que la razón alcanza en cada uno su natural integridad, no deben ser justiciables... Autorizada en la Europa moderna por el jurado inglés, adoptada en 1791 en Francia para los asuntos sometidos al jurado criminal, extendida luego a todo el conjunto de sus leyes penales, y después proclamada por la mayor parte de los códigos de las demás naciones, es hoy un verdadero canon de la ciencia del derecho penal”.

⁷ Los textos de 1822 (artículo 23), de 1848 (artículos 3o. y 8.2) y de 1870 (artículos 3o. y 8.2) acogen este viejo criterio romano y, a partir de él, dividen la responsabilidad penal del menor de edad en tres periodos distintos: el primero, hasta los siete (1822) o nueve años (1848 y 1870), en que se presume *iures et de iure* la inexistencia de discernimiento y la irresponsabilidad se considera absoluta; el segundo, hasta los diecisiete (1822) o quince años (1848 y 1870), en que se presume también la irresponsabilidad pero *iusuris tantum*, de modo que si se prueba que se ha obrado con discernimiento, se afirma una responsabilidad atenuada del menor y, finalmente, una tercera etapa, hasta los dieciocho años (1848 y 1870), en el que la culpabilidad del menor está completa si bien se le reconoce a la edad carácter atenuante (artículo 9.2). Respecto a esta última etapa, véase Hidalgo García, J. A., *El Código Penal conforme a la doctrina establecida por el Tribunal Supremo*, Madrid, 1908, t. I, pp. 67 y 146.

⁸ *Ibidem*, p. 67.

nueve y, en su caso, en el de quince años, justificaba sin reservas que se les declarara sujetos “no culpables”, gracias al argumento de que no habían actuado libremente,⁹ al contrario de lo que sucedía con los demás delincuentes que sí lo habían hecho.¹⁰

La eximente de minoría de edad quedaba así justificada respecto al niño y adolescente porque les “falta la madurez mental y moral como falta la madurez física”, decía Cuello, lo que suponía afirmar que “no [podían] comprender la significación moral y social de sus actos y, por consiguiente, no pose[ían] capacidad para responder por ellos penalmente”.¹¹ Pero, superada esa fase, cuando la ausencia de imputabilidad era relativa y dependía de cada persona en particular, la exención se condicionaba a su efectiva comprobación mediante la prueba del discernimiento en el caso concreto. Y si ese menor era declarado responsable, el examen sobre su discernimiento “aspiraba a que la pena fuese proporcionada al grado de culpabilidad del agente en la comisión del delito, para que éste no recibiera mayor cantidad de dolor o sufrimiento que el que mereciese por su hecho”.¹²

Junto a esos fundamentos teóricos, la existencia de la pena retributiva como única consecuencia jurídica del delito determinaba que si el menor era declarado irresponsable, su conducta ilícita quedaba sin respuesta jurídica alguna¹³ y se le podía man-

⁹ Así, Jiménez de Asúa, L., *Derecho penal*, 3a. ed., Madrid, Reus, 1924, p. 98, para quien “el menor carece de la conciencia y libertad necesarias para que le puedan ser imputados los actos que realice”.

¹⁰ Decía Pacheco en su comentario al Código Penal de 1822 que “la intención y la libertad; el conocimiento y el poder, son las bases fundamentales de la imputabilidad de los delitos... si se le imputa el mal que ha causado y se le hace responsable de él; consiste en que se cree desde luego que lo ha verificado, libremente, intencionadamente, con voluntad y conocimiento” (*Estudios de derecho penal. Lecciones pronunciadas en el Ateneo de Madrid en 1839 y 1840*, 3a. ed., Madrid, Sánchez Editores, 1868, p. 72).

¹¹ *Cfr.* Cuello Calón, E., *Derecho penal, cit.*, nota 1, p. 458.

¹² *Ibidem*, p. 460.

¹³ Esto es, en el caso de que se probase que el menor obró sin discernimiento, la autoridad judicial tenía la obligación ineludible de dar cumplimiento a la regla 4 del artículo 51 del Reglamento Provisional para la Administración de

dar con su familia con encargo de vigilarlo y educarlo. Y si no había persona que se encargara de su vigilancia y educación, se disponía su ingreso en un establecimiento de beneficencia destinado a la educación de huérfanos y desamparados, de donde no podía salir, sino al tiempo y con las condiciones prescritas para los acogidos.¹⁴ De este modo, según Groizard, uno de nuestros grandes comentaristas clásicos, “la nueva ley satisface los intereses del menor y de la sociedad, no encontrados sino concordantes en este punto”.¹⁵

Ese tratamiento que recibían los menores infractores y que se asimilaba al de los huérfanos, abandonados o maltratados, era propio de una época de grandes cambios sociales (inicios de la Revolución Industrial, grandes movimientos migratorios del campo a la ciudad, alto índice de desocupación, miseria, etcétera) que iba a generar una gran masa de niños y jóvenes abandonados, pobres e infractores que malvivían en contextos urbanos y que era necesario salvar de ese “entorno amoral”. Las organizaciones caritativas, religiosas y de beneficencia de iniciativa privada serán las encargadas de “inculcar a los niños abandonados y delincuentes la ética y los valores de la clase media tradicionales” para suplir esa falta de educación moral y garantizar así su desarrollo social.¹⁶

Por otra parte, esa previsión legal tuvo una enorme importancia para el futuro tratamiento del menor infractor, en cuanto que con

Justicia, que declaraba que en cualquier estado de una causa en que aparezca inocente el procesado, no sólo se le ponga en libertad sin costas algunas, sino que también se sobresea desde luego respecto a él.

¹⁴ Así lo establece la Ley de las Cortes Constituyentes de 17 de junio de 1870, de la que surge el Código Penal de 1870, que vuelve a recoger en su artículo 8.3 las medidas correccionales previstas en el Código de 1822 (artículo 24) y que posteriormente desaparecen en el de 1848.

¹⁵ *Cfr.* Groizard y Gómez de la Serna, Alejandro, *El Código Penal de 1870*, cit., nota 2, p. 240.

¹⁶ En ese sentido, *cfr.* Pueyo, Andrés y Antequera Fariña, M., “Inteligencia y desarrollo moral del niño delincuente: consideraciones psicológicas y jurídicas”, *Derecho penal y criminología como fundamento de la política criminal. Estudios en Homenaje al profesor Alfonso Serrano Gómez*, Madrid, Dykinson, 2006, p. 58.

ella no se trataba sólo de suplir el vacío legal existente en relación a esos menores criminales irresponsables, sino más bien de poner de manifiesto que había sujetos que no podían ser declarados culpables y respecto de los cuales era necesario tomar medidas para evitar la conmoción social que produciría su impunidad.

A la necesidad de reaccionar frente a esa criminalidad de sujetos no culpables, se unirá el rechazo hacia los fundamentos de una construcción dogmática que se sentía superada por las formulaciones deterministas de la Escuela positiva de finales del XIX. “La conducta humana, se decía, está determinada por la personalidad física [temperamento] y por la psíquica [carácter], ambas producto a su vez de la herencia psicológica y fisiológica, y además por el influjo del medio físico y social en que el hombre vive”. Como resultado de “la negación del libre arbitrio y de la responsabilidad moral que [era] su consecuencia, fundamenta[ba] esta doctrina la responsabilidad penal en la responsabilidad social, cuya fórmula [era]: El hombre es imputable y responsable por el hecho de vivir en sociedad”.¹⁷

Ello provocaría una nueva fundamentación de la intervención punitiva de signo defensorista, en la que la responsabilidad penal ya no descansaba en la culpabilidad humana como expresión del libre albedrío, sino en la necesidad social de defenderse de las acciones dañosas provenientes de quienes representaban un peligro para la comunidad. La pena retributiva, dirigida al delincuente culpable y orientada a la realización de la justicia, no resultaba adecuada para satisfacer esas nuevas exigencias de protección de la sociedad. Nacían así las denominadas medidas de seguridad

¹⁷ Cfr. Cuello Calón, *Derecho penal*, cit., nota 1, pp. 405 y 407, quien destaca que esa “peligrosidad como fundamento de la reacción social... no constituye una novedad, es más que centenario, pues Feuerbach ya se ocupó de ella”. En efecto, Feuerbach ya hablaba de la peligrosidad en 1799 como probabilidad existente en una persona de cometer delitos en el futuro. Al respecto, véase ampliamente Maqueda Abreu, M. L., “Peligrosidad criminal: análisis del concepto, origen, evolución y significación actual”, *Peligrosidad criminal y medidas de seguridad. Estudios jurídicos. Ministerio fiscal*, Madrid, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, 1999, pp. 11 y ss.

cuya esencia, se afirmaba, era preventiva porque trataban de impedir delitos de parte de quien había demostrado ser peligroso.¹⁸

La incorporación en los diversos ordenamientos jurídicos de las medidas de seguridad para los inimputables marcaría el comienzo de esta nueva etapa de la evolución penal caracterizada por una superación de las concepciones puramente retributivas hacia concepciones mixtas o puramente preventivas de la pena y de la culpabilidad. Cada vez eran más los que pensaban que la pena-castigo tal y como se establecía y ejecutaba en los códigos y en las prisiones, “tal vez fuera la más alta expresión de la justicia” desde el punto de vista de la retribución, pero “ante el criterio social de la moderna escuela de la defensa, no sirve para nada”, decía Jiménez de Asúa. Ello iba a condicionar el abandono de la cuestión del discernimiento, en cuanto que se entendía que “los menores son siempre incapaces de derecho penal, no porque no tengan imputabilidad, sino porque la pena no produciría ningún efecto (beneficioso) en ellos”.¹⁹ Idea ésta que ya estaba en la mente de algunos autores cuando proponían retrasar la imposición de las penas en toda su extensión hasta los veintiún años, bajo el argumento de que “no deja de ser importante y justo, sobre todo tratándose de la pena de muerte, a cuya ejemplaridad perjudica el interés que inspira siempre un joven sobre el cadalso”.²⁰

Este cambio de perspectiva en la consideración de la delincuencia juvenil dará paso al nacimiento de una nueva fórmula de determinación de la responsabilidad penal del menor: el llamado sistema biológico-cronológico.²¹ Se seguía fundamentando la exención de responsabilidad penal en la inimputabilidad de los

¹⁸ Cfr. Jiménez de Asúa, L., “Las penas y las medidas de seguridad”, en Zavalía, V. de (ed.), *El criminalista*, Buenos Aires, Pannedille, 1958, t. II, p. 182.

¹⁹ En ese sentido, cfr. Jiménez de Asúa, *Derecho penal*, cit., nota 9, p. 100.

²⁰ Cfr. Groizard y Gómez de la Serna, A., *El Código Penal de 187*, cit., nota 2, p. 238.

²¹ Su antecedente más inmediato podría considerarse que fue el sistema establecido en las Partidas que fijaba la edad merecedora de una completa disculpa y la que debía ser objeto de una mera atenuación.

menores de edad, pero esa incapacidad ya no se fundaría en su falta de discernimiento, sino en que el sujeto no había cumplido la edad que la ley establecía para exigir responsabilidad penal. Esto es, se iba a declarar automáticamente incapaz al menor delincuente con base en un criterio objetivo: la edad. Se entendía así que las causas de exclusión de la culpabilidad —entre ellas, la minoría de edad— no eran evidencia de la falta de libertad del sujeto en esas situaciones, sino expresión de la no necesidad que el Estado tenía de acudir a la pena para reaccionar frente a un comportamiento delictivo.²² Lo que no significaba que el menor delincuente dejara de responder socialmente, sino que debía ser sometido por razón de su peligrosidad, a medidas de seguridad dirigidas a su reeducación y corrección.

Por otra parte, esas medidas de seguridad más atentas a la personalidad del menor delincuente que al hecho delictivo cometido, justificaban el enorme interés despertado por los estudios criminológicos como medio para conocer los factores determinantes de su actuar. A esas investigaciones aludía Dorado Montero cuando afirmaba que “el derecho penal ha desaparecido con respecto a los niños y a los jóvenes delincuentes, y se ha convertido en obra benéfica y humanitaria, en un capítulo, si se quiere, de la pedagogía, de la psiquiatría y del arte de buen gobierno juntamente”.²³ Según estas aportaciones, las causas determinantes de la criminalidad de menores se encontraban en la presencia de factores, no tanto biológicos cuanto provenientes de su entorno social, llegando a aseverarse que había una delincuencia social que los hacía instrumentos suyos.²⁴ Todo ello condujo a un tratamiento de la criminalidad de menores más social que jurídi-

²² Cfr. González Zorrilla, C., “Minoría de edad penal, imputabilidad y responsabilidad”, *Documentación Jurídica*, vol. I, núms. 37-40, enero-diciembre de 1983, p. 166.

²³ Cfr. Dorado Montero, P., *Los peritos médicos y la justicia criminal*, Madrid, Reus, 1906, p. 211.

²⁴ En ese sentido, cfr. Dorado Montero, P., *El derecho protector de los criminales. Nueva edición de los estudios de derecho penal preventivo*, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1915, p. 222.

co, en el que ya no se trataba de alcanzar la más alta expresión de justicia, sino de incidir sobre esos factores ambientales para lograr apartar al menor del medio que propiciaba su conducta delictiva y, a través de su reeducación, condicionar su comportamiento futuro a las exigencias de la comunidad.²⁵

Este sistema será el que acogerían nuestros códigos penales. Desde el de 1928, que introduciría por primera vez las medidas de seguridad en nuestra legislación penal, hasta el derogado Código Penal de 1973.²⁶ En estos textos legales se establecía una edad (dieciséis años) en la que los menores infractores quedaban fuera del derecho penal y de la jurisdicción de los tribunales penales comunes; y otro periodo (dieciséis a dieciocho años) en el que se les sometía a un tratamiento penal que resultaba atenuado por razón de edad.²⁷ En este último caso, el de los jóvenes delincuentes, el dato cronológico no suponía una afirmación automática de su imputabilidad, sino más bien el reconocimiento de una presunción *iuris et de iure* de imputabilidad disminuida. Se entendía entonces, en palabras de nuestros comentaristas, que “dada la función negativa de la edad en la legislación española, el

²⁵ Sobre la influencia que disciplinas como la psicología han tenido en el tratamiento jurídico de la delincuencia infantil y juvenil, véase Pueyo, Andrés y Antequera Fariña, M., “Inteligencia y desarrollo moral del niño delincuente...”, *op. cit.*, nota 16, pp. 56 y ss, quienes afirman que “la psicología como disciplina científica es coetánea al surgimiento y desarrollo de las legislaciones propias de la justicia juvenil... Esta circunstancia explica muchos de los cambios en las teorías y modelos explicativos que la psicología ha propuesto para comprender el fenómeno de la conducta antisocial infantil y juvenil”.

²⁶ En su artículo 80. establecía: “están exentos de responsabilidad penal... el menor de dieciséis años...”.

²⁷ En otras legislaciones ese tratamiento penal era de tipo puramente reformador. Era el caso, por ejemplo, de la ley inglesa *Children and Young Persons Act* de 1933, de la ordenanza francesa de 2 de febrero de 1945 modificada por ley de 24 de mayo de 1951, de la belga de 15 de mayo de 1912 y de la alemana de 4 de agosto de 1953. A ese sentido respondía, en cierta medida, el artículo 65 de nuestro Código Penal reformado, texto refundido de 1944, que autorizaba a los tribunales para sustituir la pena atenuada correspondiente a los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años, por internamiento en instituciones reformadoras. *Cfr.* Cuello Calón, *Derecho penal, cit.*, nota 1, pp. 158 y 461.

joven menor de 18 años siempre se beneficiará de la circunstancia atenuante”,²⁸ independientemente de que hubiera alcanzado ya la total madurez. Constituía, pues, una presunción siempre ventajosa para el joven delincuente tanto porque no impedía la apreciación, junto a la atenuante de edad juvenil, de otras circunstancias que determinasen un *minus* de su imputabilidad como, además, porque tal circunstancia acabaría siendo de aplicación automática por parte de la jurisprudencia.²⁹

De este modo, a través de un criterio estrictamente biológico de determinación de la responsabilidad penal basado en ciertos límites de edad, se extrae la delincuencia de menores del derecho penal y se prescinde de su castigo en favor de una tutela protectora ajena a toda idea de culpabilidad. Surge así uno de los modelos predominantes en el tratamiento del menor infractor: el modelo de protección o tutelar.³⁰

La perspectiva de la defensa social, así como de las primeras corrientes humanizadoras y pietistas, van a ser las que impulsen ese nuevo sistema de carácter protector que, adoptando procedimientos de naturaleza educativa, pretendían lograr la corrección de quienes, pese a su irresponsabilidad y consiguiente inimputabilidad penal por su minoría de edad, no dejaban de ser, en definitiva, autores de un hecho calificado y castigado como delito por la ley penal.³¹

El nuevo derecho tutelar de menores nace así, en la idea de que el menor criminal “jamás debe ser castigad[o], sino siempre protegido[o], bien haya mediado culpa por parte de él, bien no, y

²⁸ Cfr. Córdoba Roda, J. y Rodríguez Mourullo, G., *Comentarios al Código Penal*, Barcelona, Ariel, 1972, t. I, arts. 1-22, p. 431.

²⁹ En ese sentido, véase SSTs del 14 de diciembre de 1947, del 7 de julio de 1955, del 9 de noviembre de 1968, entre otras.

³⁰ Cfr. mi trabajo sobre “Minoría de edad e imputabilidad penal”, *Actualidad Penal, La Ley*, núm. 3, 20 al 26 de enero de 2003, pp. 105 y ss.

³¹ Cfr. Mendizábal Oses, L., *Derecho de menores. Teoría general*, Madrid, Pirámide, 1978, p. 357. El primer país en adoptar un sistema de protección para los menores delincuentes fue Noruega en 1896, posteriormente le siguieron la Ley de Protección de los Países Bajos de 1901, la de Inglaterra y Alemania en 1908, y la de Francia y Bélgica en 1912.

que, por consecuencia, para tal clase de personas, las penas no tienen sentido y huelgan absolutamente”, como señalaba Dorado Montero.³² Según ello, el modelo tutelar se propondría sustituir los ámbitos de la responsabilidad penal y de la pena por los de la peligrosidad o necesidad de protección del menor infractor a través de medidas educativas y curativas, de acuerdo con el pensamiento positivista de la época. Ello explica la consideración del “carácter anormal o patológico de los niños delincuentes y su equiparación a un enfermo” al que se tiene que curar mediante la reeducación. Las prácticas correccionales basadas en las ideas religiosas de la reeducación moral iban a quedar así desplazadas por otras de orientación pedagógica y médica. Tales medidas exigían apartar a los menores de las influencias nocivas de su entorno social y familiar, al que consideraban causa principal de la delincuencia juvenil. Había que “internarlos por su bien”, convirtiéndose el reformatorio “en pieza clave de todo el sistema reformador”.³³

Siendo así que el objeto de atención era el menor, no su conducta antisocial, y el fin de esta tutela no era la retribución por la infracción, sino su corrección, era comprensible que ese tratamiento fuera adecuado tanto para menores delincuentes como también para desatendidos o desamparados. Y lo que era aún más importante: “todo estaba permitido y no había ninguna necesidad de respetar las garantías jurídicas, consideradas superfluas, puesto que no se trataba de actuar represivamente”,³⁴ sino de corregir.

³² Cfr. Dorado Montero, P., *El derecho protector de los criminales*, cit., nota 24, p. 223.

³³ Cfr. Giménez-Salinas, E. y González Zorrilla, C., “Jóvenes y cuestión penal en España”, *op. cit.*, nota 5, p. 17.

³⁴ *Ibidem*, p. 17. También, Pueyo, Andrés y Antequera Fariña, M., “Inteligencia y desarrollo moral del niño delincuente...”, *op. cit.*, nota 16, p. 60, quienes destacan que “en este momento histórico y con la mejor intencionalidad, se establecen medidas de intervención, guiadas por expertos (pedagogos, psicólogos, etcétera) y tutelados por jueces (más adelante el Tutelar de Menores amparará esta actuación desde el Estado), pero sin garantías jurídicas y a veces sin una relación proporcional con el acto antisocial motivo del internamiento”.

Es el momento en el que empiezan a surgir las primeras jurisdicciones especializadas para menores a finales del siglo XIX,³⁵ alcanzando su más alta manifestación en la primera mitad del siglo XX.

En España la creación de una jurisdicción de menores al margen del derecho penal surgió como complementaria del Código Penal con la Ley de Bases de 1918, y el Reglamento que la desarrolló apareció el 10 de julio de 1919, comenzando a actuar en 1920 el primer Tribunal Tutelar de Menores en Bilbao y después, en 1923, en otras ciudades como Valencia y Almería, para extenderse de forma paulatina por todo el país.³⁶ La progresiva instauración de esos tribunales determinó que a los menores de quince años que hubieran cometido delitos en lugares donde no estuvieran funcionando, se les aplicaría las normas del Código Penal, con la consecuente desigualdad que esto suponía. El Código Penal de 1932 intentó solucionar esta situación decretando, en el párrafo 3 de su artículo 8.2, que en las provincias donde no hubiera tales tribunales, los jueces de instrucción aplicarían las normas de esa institución y, en caso de considerar necesario el internamiento del menor, lo efectuaría en algún asilo o establecimiento destinado a la juventud.

El problema quedó definitivamente resuelto en el Código Penal de 1944 que, además de declarar exento de responsabilidad al menor de dieciséis años, añadía que “cuando el menor que no haya cumplido esta edad ejecute un hecho castigado por la ley —es decir, una acción constitutiva de delito o falta—, será entregado a la jurisdicción especial de los tribunales tutelares de

³⁵ El primero de esta clase nace en Estados Unidos, concretamente en el estado de Illinois que, por Ley de 10. de julio de 1899, estableció en Chicago un Tribunal con el nombre de *Children's Court of de Cook Country*.

³⁶ Al respecto, *cfr.* Dolz Lago, M. J., *Comentarios a la legislación penal de menores*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, pp. 32 y 33, quien apunta como antecedente histórico más lejano a la figura del “Pare d’Orfens” (Padre de huérfanos), instituido en Valencia en 1337 por Pedro IV de Aragón, que no se limitaba a los niños necesitados de protección y educación, sino que también hacía las veces de tribunal en el caso de menores delincuentes.

menores”.³⁷ Este Tribunal tenía facultades tanto protectoras o de asistencia social como reformadoras o punitivas, sin ningún límite mínimo de edad para poder ejercerlas. Más tarde, unas y otras se separaron con la creación de los juzgados de menores por la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985, que mantuvo un procedimiento en el que no se respetaban aún las garantías procesales esenciales: presunción de inocencia, derecho a no declarar y a no declararse culpable, la asistencia y defensa letrada, entre otras.³⁸

Con todo, ese sentido tutelar y protector respecto de los menores delincuentes se mostraba insuficiente en determinados casos. Muestra de ello era la posibilidad contemplada en la segunda parte del artículo 8.2 del Código Penal, texto revisado de 1963, en la que la jurisdicción tutelar podía declinar su competencia ante la inconveniencia de sus medidas en atención, bien al tiempo transcurrido desde la ejecución del hecho, bien a las circunstancias del menor.³⁹ La cuestión que se suscitaba entonces era qué hacer con esos menores, puesto que la legislación vigente no contenía medida de seguridad alguna de índole gubernativa. Y es que las únicas medidas de esta clase existentes eran las contenidas en la Ley de Vagos y Maleantes de 1933 que era entonces

³⁷ Artículo 8.2. En el mismo sentido, se establecía en el artículo 9o. de la Ley del 13 de diciembre de 1940, sobre Tribunales Tutelares de Menores, texto refundido por Decreto de 11 de junio de 1948 (en adelante LTTM) y el artículo 1o. de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social del 4 de agosto de 1970. El Decreto de 1948 ha sido la legislación vigente hasta las modificaciones introducidas por la LO 4/1992 del 5 de junio, que dio nueva denominación a la Ley de Tribunales Tutelares de Menores, al llamarla Ley Orgánica Reguladora de la Competencia y Procedimiento de los Juzgados de Menores (en adelante LORCPJM).

³⁸ De esta opinión, Giménez-Salinas Colomer, E., “Justicia de menores y ejecución penal”, *Poder y control*, núm. 0, 1986, pp. 223 y ss.

³⁹ El artículo 8.2, inciso segundo establecía que “en los casos en que excepcionalmente la jurisdicción tutelar declinare su competencia respecto a un mayor de dieciséis años por entender que por el tiempo transcurrido desde la ejecución del hecho, realizado antes de cumplirlos, o por razón de las circunstancias del menor, no ha de ser conveniente la adopción de las medidas que pudiera aplicarle, confiará el menor a la autoridad gubernativa para que ésta adopte las medidas de seguridad que la legislación autorice”.

la vigente.⁴⁰ La única alternativa que restaba, por tanto, era la de someter a esos menores a las existentes sanciones gubernativas, a pesar de que ello suponía un contrasentido para los fines reeducativos y de beneficio del menor al que decía dirigirse la nueva legislación de menores. Era evidente, pues, el marcado carácter represivo que tal previsión tenía para el menor delincuente.

Del mismo modo, comenzaba a tomarse conciencia de que el tratamiento dispensado en los centros de internamiento de menores perdía con frecuencia el carácter educativo y tutelar que los inspiraba, adquiriendo una naturaleza cada vez más sancionadora. Probablemente esa consideración de la medida correccional como una auténtica sanción para el menor infractor encontraba su justificación en la orientación prevencionista que marcó el desarrollo de las teorías acerca del fundamento y la función de la pena, que hacía coincidir los fines preventivos (de prevención general y especial) de penas y medidas de seguridad.

Este contexto no hace sino mostrar la absoluta inoperancia del sistema protector, más preocupado en cumplir con los fines que la política de defensa social demandaba que en atender las necesidades de reeducación que se predicaban en relación a esta clase de delincuencia y que exigirían una verdadera política de la juventud.⁴¹ Su consideración como un derecho penal específico para el menor que se limitaba a sustituir la sanción penal por una medida de seguridad, determinará su sustitución por un nuevo modelo en el tratamiento de la criminalidad de menores: el modelo educativo.⁴²

⁴⁰ Más tarde, ésta fue sustituida por la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 1970 que, aparte de sólo ser aplicable a los mayores de dieciséis años (artículo 1o.), su imposición estaba confiada a la autoridad judicial.

⁴¹ De esta opinión, Mendizábal Osés, L., *Derecho de menores...*, cit., nota 31, p. 363. También, del mismo autor: "La política de la juventud en la raíz de la defensa social", *Revista del Instituto de la Juventud*, Madrid, núm. 57, 1975, pp. 7 y ss.

⁴² El sistema educativo que se presenta como un producto del estado de bienestar social en Europa en los años 60 y 70, se configura como la antítesis del modelo tutelar, en cuanto que persigue no intervenir en interés del menor a

Este sistema no llegó a implantarse en nuestro país que seguía anclado al sistema antigarantista de tutela y de protección. Al contrario, paradójicamente esos años se caracterizaron por un endurecimiento en la represión de la delincuencia de menores.⁴³

Su definitiva crisis se produjo, sobre todo, a raíz del caso Gault en Estados Unidos en 1967, donde se demandaba la aplicación del sistema de garantías procesales para los menores y la necesidad, por tanto, de acoger un nuevo enfoque relativo a su tratamiento penal que extendiera a los mismos las garantías constitucionales.⁴⁴ Al mismo tiempo, esta preocupación por los derechos y garantías de los menores iba a cuestionar también el modelo educativo, debido a su incompatibilidad con algunos de los principios fundamentales que se vinculaban al aseguramiento de un proceso justo, como el mandato de certeza o la presunción de

través de una labor eminentemente educativa frente a los métodos represivos. De modo que el menor sigue quedando fuera del alcance de la maquinaria penal a través de mecanismos de diversión y mediación (conciliación, reparación judicial y extrajudicial, etcétera) que evitan su paso por los juzgados y persiguen reintegrar al menor a la comunidad social. Estas innovadoras técnicas aparecen en Estados Unidos y son incorporadas, en mayor o menor medida, en algunos de los ordenamientos penales europeos como Holanda, Bélgica y Países Nórdicos, donde se desarrollan alternativas fuera del sistema penal. Sobre los efectos perniciosos que este modelo supuso para los menores infractores sometidos a él, véase Albrecht, A., *El derecho penal de menores*, Barcelona, PPU, 1990, pp. 173 y 174. También, García Pérez, O., “Los actuales principios rectores del derecho penal juvenil: un análisis crítico”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Segunda Época, núm. 3, 1999, p. 51.

⁴³ En esta época tan sólo se presenciaron ocasionales disposiciones sobre aspectos muy concretos, tales como la Orden del 16 de mayo de 1950 para la creación de un Vicesecretariado de Tribunales Tutelares de Menores, la Orden del 10. de diciembre de 1955 para la reorganización de las estadísticas de esos tribunales y el Decreto del 26 de febrero de 1976 para establecer que el cargo de juez unipersonal fuera desempeñado por funcionarios de las carreras judicial y fiscal. Al respecto, véase Martín Ostos, J., *Jurisdicción de menores*, Barcelona, Bosch, 1994, p. 85.

⁴⁴ En ese sentido, véase Barbero Santos, M., “Delincuencia juvenil. Tratamiento”, *Delincuencia juvenil*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 1973, pp. 141 y ss. También, Machado Ruiz, Ma. Dolores, “Minoría de edad e imputabilidad penal”, *op. cit.*, nota 30, p. 112.

inocencia.⁴⁵ Esa constante falta de garantías motivó su rechazo mayoritario⁴⁶ y el nacimiento de una nueva orientación de las leyes juveniles en toda Europa sobre las bases de un nuevo modelo: el modelo de responsabilidad o de justicia.

En nuestro caso, el tránsito al modelo de responsabilidad estuvo marcado por el cambio de régimen político que se produce con la Constitución de 1978. La definición del Estado como social y democrático de derecho que acoge nuestra norma suprema sienta las bases teóricas y legislativas de la intervención penal, en la que se pretenden conjugar los aspectos garantísticos y las consideraciones de utilidad y configuración social. Este sistema de garantías había de cuestionar la legitimidad no sólo de la regulación existente en materia de medidas de seguridad —en concreto, la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social—, sino también de la legislación tutelar, dado que sus medidas carecían de cualquier límite garantista que a todo menor delincuente debe asegurar un Estado de derecho.

Era comprensible, pues, el fracaso del modelo de protección en orden a ofrecer una solución racional al conflicto planteado por el delito entre el menor criminal y la sociedad. Se asumía así

⁴⁵ Lo pone de manifiesto García Pérez, cuando se refiere a la imposibilidad de predecir cuál será la consecuencia a imponer al menor por idénticos hechos, así como a la mayor atención al programa que se ajusta mejor al menor criminal que a la previa constatación de su culpabilidad (“Los actuales principios...”, *op. cit.*, nota 5, pp. 53 y 54).

⁴⁶ Así, Silva Sánchez, J. M., “El régimen de la minoría de edad penal (artículo 19)”, *El nuevo Código Penal. Cinco cuestiones fundamentales*, Barcelona, Bosch, p. 181, para quien la desjudicialización no sólo supone “una importante disminución de garantías, sino también una significativa pérdida de los efectos de prevención general negativa y positiva”. No obstante, esa búsqueda de soluciones extrajudiciales para los menores delincuentes serán posteriormente las bases de un nuevo modelo, el denominado de las “4D”. Este nombre lo toma de sus cuatro grandes propuestas: Despenalización a ultranza (descriminalización); Desinstitucionalización o soluciones desprovistas del elemento público o de poder, en lo posible; Derecho a un proceso justo, con todas las garantías, en caso de que éste finalmente llegue a existir (*due process*) y, por último, Desjudicialización mediante la aplicación de medidas sustitutivas o alternativas de la pena (diversión).

que los efectos de un sistema que no reconocía la capacidad del menor de atribuirse una acción delictiva y de responder por ella, podían llegar a ser más perniciosos y lesivos que los derivados de un proceso penal.

La responsabilidad —se decía— existe siempre, lo único que varía son las formas de respuesta que dicha responsabilidad supone y el ámbito en el que tales respuestas se producen. Por ello, cuando... la actual justicia de menores se ampara en la no responsabilidad de los menores, la respuesta aparece mixtificada, enmascarada y no sólo no ahorra a los jóvenes los procesos de estigmatización y de castigo, sino que tampoco contribuye en nada a su proceso de maduración personal y a su reinserción social.⁴⁷

Todo ello resultaba propiciado por la nueva imagen que se le asignaba al menor en la regulación legal. En efecto, el menor había pasado de considerarse sólo como un “objeto” de tutela, protección, intervención educativa y reinserción social a ser también un sujeto de derechos. Esto iba a tener importantes consecuencias, en tanto que el menor dejaba de ser un sujeto “frágil” determinado a delinquir a causa de un desarrollo socio-ambiental defectuoso y necesitado de protección, para pasar a reconocérsele capacidad para controlar de forma autónoma sus actos y las consecuencias de los mismos. De este modo, la responsabilidad del joven delincuente pasa a un primer plano,⁴⁸ distinguiéndose claramente a los niños abandonados, huérfanos, es decir, víctimas que deben ser atendidos por los servicios sociales, de los delincuentes que quedan sometidos al sistema de justicia juvenil.

En esa misma línea, las investigaciones criminológicas que tomaban la socialización (interacción individuo-medio) como base de la conducta prosocial, ponen de relieve que en la mayoría de

⁴⁷ *Cfr.* Giménez-Salinas, E. y González Zorrilla, C., “Jóvenes y cuestión penal en España”, *op. cit.*, nota 5, p. 25.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 19, quienes apuntan que “apreciar la responsabilidad del joven, no significa abandonar el principio educativo que debe presidir el derecho de menores”.

los menores la comisión de un delito tiene un carácter episódico, pues dejan de cometerlos de forma espontánea cuando llegan a la adultez. Asimismo, aseveran que se trata de un fenómeno normal y generalizado, en cuanto que la mayoría de los adolescentes, con independencia de su clase social, realizan hechos delictivos. Cabía deducir, pues, que la vieja idea de que los comportamientos delictivos por parte de un menor representaban un síntoma de la existencia de un déficit educativo y, por tanto, de la necesidad de intervenir para paliarlo era errónea.⁴⁹ Se cuestionaba, pues, el principio de que la criminalidad producida por un niño, un adolescente o un joven fuera el “reflejo indiscutible de una «anormalidad o déficit», ya sea moral, educativa o psicológica del autor...”. Se consideraba “una herencia del pasado de modelos criminológicos obsoletos”. La conducta individual va a ser concebida como “el resultado de la interacción entre factores ambientales... y los factores individuales que... no necesariamente se entienden como patologías o trastornos mentales, sino que hacen referencia a las principales características de [su] personalidad”. La socialización va haciendo entonces, en palabras de Andrés Pueyo y Antequera Fariña, que “los individuos regulen aquello que es aceptable o no en función de su edad cronológica y rol social”, presentándose gran parte de ese comportamiento antisocial e incluso delictivo de los jóvenes como “sucesos concomitantes normales con el desarrollo infanto-juvenil normal”.⁵⁰

⁴⁹ Sobre ello, *cfr.* Fierro, A., “Desarrollo social y de la personalidad en la adolescencia”, *Psicología evolutiva*, Madrid, Alianza, 1986, pp. 122 y ss. En la misma línea, Marcelli, D. *et al.*, *Manual de psicopatología del adolescente*, Barcelona, Masson, 1986, p. 36. Rechea, C. *et al.*, *La delincuencia juvenil en España. Autoinforme de los jóvenes*, Castilla, Universidad de Castilla-La Mancha, Ministerio de Justicia e Interior, 1995, pp. 37 y 62. Particularmente interesante resultan las perspectivas cognitivas y sociales sobre la relación edad-delinuencia en Birkbeck, C. H., “El significado de la adolescencia para la criminología”, *Derecho penal y criminología...*, *cit.*, nota 16, pp. 162-167.

⁵⁰ *Cfr.* Andrés Pueyo, Andrés y Antequera Fariña, M., “Inteligencia y desarrollo moral del niño delincuente...”, *op. cit.*, nota 16, pp. 66-68, quienes, no obstante, destacan que “esta norma no funciona bien para un grupo reducido de individuos que son detectables de forma precoz desde la primera infancia

Este cambio en la percepción del menor criminal no supone la falta de reconocimiento de su status específico y diferenciado frente al adulto criminal. Más bien se trata de reconocer su existencia como agente social capaz de responsabilizarse ante los significados jurídicos atribuidos a su acción, lo que va a afectar, en gran medida, su consideración como sujeto incapaz o capaz de culpabilidad.⁵¹

En efecto, desde este punto de vista se hacen discutibles y susceptibles de un cuestionamiento racional las afirmaciones de inimputabilidad del menor de edad. El criterio biológico no se acomoda a la concepción preventiva de la culpabilidad del moderno derecho penal, expresada en la capacidad de motivación por la norma del autor de un hecho antijurídico.⁵² Se entiende que la ausencia de motivabilidad al mandato normativo sólo puede afirmarse por debajo de determinada edad, que puede situarse en los doce o trece años según las modernas aportaciones de la psicología del desarrollo infantil y juvenil, teniendo en cuenta además que, por debajo de esa edad, no parece conveniente que los menores entren en contacto con un proceso penal.⁵³ Siendo esto así, la exclusión taxativa y general de la responsabilidad penal a los menores de dieciséis años, al modo en que la contemplaba

(asociado a importantes problemas de desarrollo y salud mental) y que van a constituir el núcleo más problemático y más difícil de gestionar entre los delinquentes juveniles”.

⁵¹ En ese sentido, *cfr.* Machado Ruiz, Ma. Dolores, “Minoría de edad”, *op. cit.*, nota 30, pp. 114 y 115.

⁵² Ésta se presenta como una de las opciones posibles y además ampliamente aceptada. Sobre ella, véase Toledo, Octavio de y Ubieto, E., *Sobre el concepto del derecho penal*, Madrid, Universidad Complutense, 1981, pp. 126 y ss. En otro sentido, manteniendo un tratamiento metodológico de la libertad humana no empírico, ni metafísico, entre nosotros, Cobo del Rosal, M. y Vives Antón, T. S., *Derecho penal. Parte general*, 5a. ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, p. 543.

⁵³ En ese sentido, Sánchez García de Paz, I., *Minoría de edad y derecho penal juvenil*, Granada, Comares, 1998, pp. 132 y ss. También, González Zorrilla, C., “Minoría de edad penal, imputabilidad y responsabilidad”, *Documentación jurídica*, vol. I, núms. 37-40, enero-diciembre de 1983, p. 178.

el Código Penal derogado, entiende que no puede deberse a las mismas razones que a las del modelo del discernimiento. De ahí el rechazo doctrinal mayoritario a la declaración de inimputabilidad del menor que califican de artificio o ficción jurídica.⁵⁴

No se acepta que, a partir de una determinada edad (dieciséis o dieciocho), todo menor carezca en general de capacidad suficiente para motivarse por las normas —o de distinguir lo justo de lo injusto, según la doctrina clásica—.

Se entiende, pues, que los límites de edad que establece el criterio biológico no se fundamentan ya en presunciones *iure et de iure* de imputabilidad/inimputabilidad, sino en decisiones de política criminal acerca de la necesidad preventiva de una intervención penal frente a los menores infractores de cierta edad.⁵⁵

Conforme a ello, el nuevo modelo, tomando como punto de partida la responsabilidad del menor sobre sus actos delictivos, propone diseñar un régimen específico de responsabilidad penal que, sin abandonar el principio educativo, respete todos los principios y garantías materiales como procesales propias de aquél, entre los que se encuentra el principio de culpabilidad. Una responsabilidad que ya no se fundamentará en la inadaptación o anormalidad del menor delincuente, sino en la responsabilidad por el hecho, siendo necesaria su imputabilidad para atribuir, siquiera en forma atenuada —atendiendo al proceso de

⁵⁴ De esta opinión, Córdoba Roda, J. y Rodríguez Mourullo, G., *Comentarios al Código Penal*, Barcelona, 1976, t. I, p. 167. También, Bustos Ramírez, J., “Imputabilidad y edad penal”, *Criminología y derecho penal al servicio de la persona. Libro-Homenaje al profesor Antonio Beristain*, San Sebastián, Instituto Vasco de Criminología, 1989, p. 476.

⁵⁵ Con esta opinión, Movilla Álvarez, C., “Notas sobre una reforma de la justicia de menores”, *Poder Judicial*, núm. 16, 1985, p. 43, para quien la solución no puede venir por una vuelta de tornillo a esas polémicas e indemostrables concepciones de la “responsabilidad” o la “irresponsabilidad”, hijos a su vez de teorizaciones psicologistas sobre la imputabilidad y la culpabilidad, sino indagar, para llegar a consecuencias de política penal, cual debe ser la reacción social legalizada en relación a un sector de ciudadanos que no han entrado aún en un sistema normal de relaciones o no las han asumido totalmente.

aprendizaje en el que se encuentra—⁵⁶ la infracción de la norma al menor.

Constituye, pues, un planteamiento que integra la culpabilidad y los fines de la pena, y que sostiene que ni las exigencias de prevención general (negativa o positiva) ni las de prevención especial, justifican la imposición de la pena común al menor criminal, en cuanto que el sometimiento del menor infractor a un tratamiento específico (derecho penal juvenil) no hace que se resienta la reacción social frente al delito. Se trata, por tanto, “de una decisión de política-criminal general acerca de la preferencia de la intervención punitiva específica (pena juvenil) frente a la pena común”.⁵⁷

Este sistema será el que finalmente se imponga como instrumento jurídico más coherente para reaccionar frente a la criminalidad de menores, tanto en derecho comparado⁵⁸ como en las resoluciones y acuerdos internacionales.⁵⁹

⁵⁶ Con esta opinión, García Pérez, “Los actuales principios...”, *op. cit.*, nota 5, p. 68.

⁵⁷ *Cfr.* Silva Sánchez, J. M., “El régimen de la minoría de edad penal (artículo 19)”, *op. cit.*, nota 46, p. 180.

⁵⁸ Véase al respecto, Sánchez García de Paz, *Minoría de edad penal, cit.*, nota 53, pp. 43 y ss. También, De Urbano y De la Rosa, *Comentarios a la Ley orgánica de responsabilidad del menor*, Madrid, Aranzadi, 2001, pp. 28 y 29.

⁵⁹ En los diversos textos internacionales que, en las dos últimas décadas, se han preocupado del tratamiento de los menores que cometen hechos delictivos, proponen un modelo de justicia penal juvenil en el que se combinan los aspectos educativos con los procedentes del derecho penal de adultos. En ese sentido, véanse las Reglas mínimas para la administración de justicia de menores (Reglas de Beijing) por Resolución 40/33 del 29 de noviembre de 1985, las Recomendaciones del Consejo de Europa sobre reacciones sociales ante la delincuencia juvenil del 17 de septiembre de 1987, núm. 87 (20) y sobre delincuencia juvenil y transformaciones sociales núm. 78 (62), Convención sobre los derechos del niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 (ratificada por España el 31 de diciembre de 1990), Directrices para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de RIAD) por Resolución 45/112 y Reglas para la prevención de los menores privados de libertad por Resolución 45/113 del 14 de diciembre de 1990, de las Naciones Unidas y la Carta Europea de los Derechos del Niño de 1992.

1. *El Código Penal de 1995*

Hemos visto que en todo el proceso de codificación en España, la minoría de edad ha sido entendida como una de las causas que excluyen, sin admitir prueba en contrario, la responsabilidad penal. Este panorama va a cambiar sustancialmente con el Código Penal de 1995.

El artículo 19 de este texto legal dispone que “los menores de dieciocho años no serán responsables criminalmente con arreglo a este Código”, añadiendo un matiz importante en su párrafo segundo donde establece que “cuando un menor de dicha edad cometa un hecho delictivo podrá ser responsable con arreglo a lo dispuesto en la Ley Penal que regula la responsabilidad penal del menor”. Asimismo, de forma excepcional en el artículo 69 admite la posibilidad de aplicar las disposiciones de la Ley Penal del menor a los mayores de dieciocho y menores de veintiuno “en los casos y con los requisitos que ésta disponga”.

La minoría de edad queda así fuera de la presunción *iures et de iure* de ausencia de responsabilidad criminal conforme al Código Penal de adultos. Los menores de dieciocho años van a quedar sujetos, a partir de entonces, a una futura ley penal juvenil. Se entiende que no son motivables en los mismos términos que los adultos, pese a ser imputables, de modo que deben someterse a un modelo de responsabilidad atenuada.⁶⁰

Por otra parte, al elevarse la mayoría de edad penal de dieciséis a dieciocho años, se consigue una equiparación con la mayoría de edad civil y política, adaptándose el texto punitivo a la norma fundamental⁶¹ y eliminándose con ello una situación claramente desigual mantenida por el antiguo Código.

⁶⁰ En ese sentido, García Pérez, O., “La evolución del sistema de justicia penal juvenil. La Ley de Responsabilidad Penal del Menor de 2000 a la luz de las directrices internacionales”, *Actualidad Penal*, núms. 31-48, Madrid, 2000-3, p. 683. También, Sánchez García de Paz, I., “La nueva Ley reguladora de la responsabilidad penal del menor”, *Actualidad Penal*, núm. 33, septiembre de 2000, p. 710.

⁶¹ Concretamente, el artículo 12 y la Disposición Adicional Segunda de la Constitución.

El establecimiento de los dieciocho años como frontera de la responsabilidad penal a los efectos de la imposición de una pena convencional de adulto, se debe, fundamentalmente, al retraso en el reconocimiento de su madurez en las modernas sociedades industrializadas. Se trata, por lo de más, de una decisión que se corresponde con la línea marcada por la Convención sobre los derechos del niño, que lo define como “todo ser humano menor de dieciocho años”. En esa franja de edad se entiende que “una pena juvenil... sería una pena necesaria en términos preventivos y, por tanto, legítima”.⁶² En cambio, la identificación de la juventud (los dieciocho y veintiún años) como un periodo de cambio entre el adolescente y el adulto, más cercano a éste último, permite afirmar que son imputables y responsables penalmente, salvo que el grado de madurez del joven en el caso concreto aconseje su sometimiento a la jurisdicción penal juvenil.⁶³

De este modo, nuestra normativa se coloca entre los sistemas jurídicos continentales que reconocen la responsabilidad penal del menor en un cierto margen de edad, conforme a un derecho penal juvenil. No obstante, se aparta de otros sistemas, como el germano, en la consideración del menor como sujeto imputable a partir de la edad establecida en esa ley penal juvenil, “que, en nuestro caso... se ha querido que sea a los 14 años”,⁶⁴ aunque ello tenga consecuencias penales diferentes.⁶⁵

⁶² Cfr. Silva Sánchez, J. M., “El régimen de la minoría de edad penal (artículo 19)”, *op. cit.*, nota 46, p. 181. También se refiere a la prolongación de la etapa de la adolescencia en las sociedades industrializadas, García Pérez, “Los actuales principios...”, *op. cit.*, nota 5, pp. 66 y 67.

⁶³ En ese sentido, cfr. Pueyo, Andrés y Antequera Fariña, M., “Inteligencia y desarrollo moral del niño delincuente...”, *op. cit.*, nota 16, pp. 64 y 68.

⁶⁴ Cfr. Bueno Arús, F., “Aspectos sustantivos de la nueva Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores”, *La nueva Ley de Responsabilidad Penal del Menor*, Universidad Pontificia de Comillas (ICADE), 2000, p. 4.

⁶⁵ En cambio, en Alemania, la responsabilidad penal de los jóvenes (catorce a dieciocho años) requiere la demostración positiva de capacidad, que deberá ser examinada y fundada en cada caso, sin que exista respecto a ellos ningún indicio de culpabilidad. Así lo establece el artículo 3o. de la Ley de Tribunales

2. *La ley reguladora de la responsabilidad penal del menor*

El derecho español va a acoger el sistema de responsabilidad a partir de la Ley Orgánica 4/1992 de 5 de julio, sobre la reforma de la Ley Reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores. Las causas que motivaron esta necesaria reforma de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores estuvieron muy relacionadas con la entrada en vigor de la Constitución española de 1978 que puso de manifiesto la necesidad urgente de configurar un nuevo modelo de justicia penal juvenil compatible con los derechos y libertades fundamentales que proclamaba.

Este vacío legal será finalmente subsanado por la Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero, que culmina la adaptación iniciada por la Ley de Juzgados de Menores de 1992 al modelo de responsabilidad y a las directrices internacionales, al tiempo que da cumplimiento a lo previsto en el Código Penal.

Esta Ley acoge un sistema mixto en la determinación de la responsabilidad penal del menor que se caracteriza por la combinación de criterios biológicos y de discernimiento. De una parte, se establece un límite de edad (catorce años) en el que se entiende inconveniente la intervención penal, excluyéndose la responsabilidad y, de otra, se prevé una franja de edad (dieciocho a los veintiún años), los denominados jóvenes adultos, en la que habrá de examinarse individualmente su imputabilidad para decidir si deben ser sometidos al derecho penal de adultos o al juvenil. Es la franja de edad intermedia la de los menores que no han alcanzado los dieciocho años, la que ocupa el centro dispositivo de la ley.

para la Juventud, que dispone que sólo tiene responsabilidad jurídico-penal el menor "si según su desarrollo moral y mental posee suficiente madurez para captar lo injusto y actuar de acuerdo con esa comprensión". Sigue, por tanto, manteniendo el antiguo sistema del discernimiento en la determinación de la responsabilidad penal del menor. Véase Jescheck, H. H., *Tratado de derecho penal. Parte general*, 4a. ed., trad. de Manzanares Samaniego, Granada, Comares, 1993, p. 392.

La exclusión de responsabilidad penal para los menores de catorce años se justifica en la Exposición de Motivos de la Ley en la

convicción de que las infracciones cometidas por los niños menores de esta edad son en general irrelevantes y que, en los escasos supuestos en que aquéllas pueden producir alarma social, son suficientes para darles una respuesta igualmente adecuada a los ámbitos familiar y asistencial civil, sin necesidad de la intervención del aparato judicial sancionador del Estado.

Pareciera así que la fijación de esa edad mínima responde más que a la presunción absoluta de su inimputabilidad, a consideraciones utilitaristas y relacionadas con la conveniencia de evitar en lo posible la estigmatización penal del niño delincuente. Probablemente, porque “a menudo los niños (sobre todo, entre diez u once años) están también del todo en situación de poder motivarse por [las] prohibiciones, de modo que la culpabilidad en sí habría de afirmarse”.⁶⁶

Asimismo, son criterios de política criminal los que justifican la necesidad preventiva de una intervención penal en una determinada franja de edad (catorce a dieciocho años e incluso hasta los veintiuno). El recurso a la pena juvenil no puede seguir fundamentándose en la cuestión estricta de su imputabilidad, sino que debe basarse en una decisión valorativa que partiendo del reconocimiento de su imputabilidad —aunque menor a la de los adultos— justifique su empleo en orden a alcanzar fines de prevención especial; esto es, la reinserción y el mayor interés del menor, evitando así que vuelvan a incurrir en el futuro. Se trata, pues, de encontrar el tipo de respuesta penal más adecuada a las necesidades del adolescente y, en su caso, del joven hasta los veintiún años, que permita responsabilizarlos por el delito cometido. De ahí la conveniencia de que la respuesta penal frente a

⁶⁶ Cfr. Roxin, C., *Derecho penal. Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Madrid, Civitas, 1997, p. 847.

sus actos delictivos cuente con rasgos propios y diferenciados a la de los adultos.⁶⁷

No parece, sin embargo, ser ésta la idea que inspira la reforma efectuada por LO 7/2000 a la LORRPM, antes de su entrada en vigor. Su orientación preventivo-general resulta evidente, desde el momento que hace primar la gravedad del delito frente a las circunstancias personales, familiares y sociales del menor. De este modo, los criterios educativos y preventivos especiales en la imposición de las medidas desaparecen frente al protagonismo que se otorga a esas consideraciones de prevención general ya existentes pero, en menor medida, en su formulación originaria. Muestra de ello es la existencia de medidas como el internamiento en régimen cerrado⁶⁸ o la necesidad de atender la “gravedad y circunstancias de los hechos” a la hora de dictar sentencia⁶⁹ o la exigencia de ausencia de “violencia o intimidación

⁶⁷ Su Exposición de Motivos así lo declara cuando afirma que la naturaleza y finalidad del procedimiento ante los Juzgados de Menores, se encamina “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”.

⁶⁸ Sobre todo, en relación a los casos de extrema gravedad de esta delincuencia de menores como, por ejemplo, menores reincidentes o responsables de hechos graves. Más aún, con base en las modificaciones introducidas a la ley por la LO 7/2000, que establece la obligatoriedad de ese internamiento a través del artículo 9.5 que prevé además que “sólo podrá hacerse uso de lo dispuesto en los artículos 14 y 51.1 de esta ley —que recogen la posibilidad de dejar sin efecto la medida, modificar su duración o sustituirla por otra— una vez transcurrido el primer año de cumplimiento efectivo de la medida de internamiento”. De este modo, en el primer año de internamiento la gravedad de los hechos determina la exclusión de los intereses preventivos especiales para atender únicamente las demandas de prevención general.

⁶⁹ Artículo 40.1. Igual ocurre en materia de concurso de delitos (artículos 11 y 12) que exige que se imponga obligatoriamente una medida o varias al responsable de los mismos. Como bien señala García Pérez, de la circunstancia de la comisión de más de una infracción no cabe deducir automáticamente que sea necesario el recurso a una sanción para evitar que el menor vuelva a delinquir, “La evolución del sistema de justicia penal juvenil...”, *op. cit.*, nota 60, p. 687.

graves en la comisión de los hechos” para adoptar las formas de desjudicialización,⁷⁰ entre otras.

Este cambio de rumbo de la ley en favor de los intereses de la sociedad parece corresponderse con la alarma social generada con la aparición de varios hechos graves de delincuencia juvenil que son difundidos ampliamente por los medios de comunicación. Me refiero a los casos del crimen de la catana en el 2000, en el que un joven de dieciséis años mató a sus padres y a su hermana con síndrome de Down; el de San Fernando del mismo año, donde dos jóvenes de dieciséis y diecisiete años asesinaron a una compañera de colegio de dieciséis años, influenciadas por una película de terror norteamericana titulada “Jóvenes brujas”, que obtuvo un cierto éxito en nuestro país; o el crimen de Sandra Palo en 2003, en el que cuatro individuos —tres de ellos menores de dieciocho años—, violaron, asesinaron y quemaron en Madrid (Leganés) a Sandra de veintidós años.⁷¹

⁷⁰ El artículo 19.1 lo exige para sobreeser el expediente por conciliación o reparación, o el artículo 18 cuando hace depender la posibilidad de desistir de la incoación del expediente ya iniciado de que los hechos sean constitutivos de delitos menos graves sin violencia o intimidación en las personas o faltas. Por tanto, aunque desde un punto de vista preventivo especial fuera aconsejable optar por una de estas formas de desjudicialización, la gravedad del hecho lo impide.

⁷¹ Véase un comentario sobre el desarrollo de estos sucesos y sus repercusiones en Vázquez González, “La influencia de la alarma social en el nuevo rumbo de la justicia penal juvenil en Occidente”, *Derecho penal y criminología como fundamento de la política criminal. Estudios en homenaje al profesor Alfonso Serrano Gómez*, Madrid, Dykinson, 2006, pp. 499 y 500, quien apunta acertadamente a estos hechos como causantes de una sensación de impunidad frente a comportamientos graves cometidos por menores, lo que dio lugar a una actitud social de rechazo a la Ley y a un clamor favorable a su reforma por una ley más punitiva. Hechos más recientes difundidos repetitivamente por las noticias siguen justificando la necesidad de un derecho penal juvenil más punitivo y represivo. Concretamente, la muerte de una indigente en un cajero automático a la que prendieron fuego varios chicos mayores de edad, entre los que se encontraba un menor de catorce años en Madrid, o los últimos acaecidos en Córdoba en octubre de 2007, uno se refiere a dos chicos de dieciséis y a una chica de dieciocho años que quemaron la casa de un enfermo en silla de ruedas después de darle una paliza. Y el otro, el de dos menores y un joven de dieciocho años

Sin duda, el temor creado por estos crímenes unido a la campaña publicitaria llevada a cabo por las familias de las víctimas solicitando un mayor rigor punitivo y protagonismo a las víctimas en el proceso a través de la acusación particular,⁷² van a contribuir de forma relevante a la materialización de criterios de seguridad ciudadana en detrimento de ese “superior interés del menor” que originariamente inspiró a la ley;⁷³ sobre todo, en relación al núcleo más duro de esa criminalidad (reincidentes, homicidas, terroristas, etcétera). Ello explica el notable incremento experimentado por la medida de internamiento en régimen cerrado para esa delincuencia juvenil más grave,⁷⁴ así como la introducción de medidas dirigidas a sancionar con más firmeza y eficacia hechos graves (especialmente homicidios y agresiones sexuales), tales como “la posibilidad de prolongar el tiempo de internamiento, su cumplimiento en centros en los que se refuercen las medidas de seguridad impuestas y la posibilidad de su cumplimiento a partir de la mayoría de edad en centros penitenciarios”.⁷⁵

detenidos como presuntos autores de una agresión sexual a una menor de edad que grabaron y amenazaron con difundirla por Internet si no accedía a mantener nuevamente relaciones sexuales.

⁷² La LO 15/2003 del 25 de noviembre, de modificación del Código Penal, introdujo finalmente en el proceso de menores la figura de la acusación particular en el artículo 25 LORRPM.

⁷³ Tiene razón Feijoo Sánchez, cuando califica a la LO 7/2000 de “... una reforma populista [que] atenta a la alarma social que producen ciertos delitos y a la presión de la opinión pública (víctimas potenciales) más que a las necesidades educativas y de inserción social de los menores con peligrosidad criminal que informan la Ley de Responsabilidad Penal de los Menores” (“Sobre el contenido y la evolución del derecho penal español tras la LO 5/2000 y la LO 7/2000”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 4, 2001, p. 31).

⁷⁴ Un internamiento que puede alcanzar los ocho años (cuatro para menores de dieciséis) o, incluso, los diez (cinco para menores de dieciséis), si el sujeto fuera responsable de más de un delito, algunos 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 CP.

⁷⁵ Así se establece en la Disposición Adicional sexta introducida en la LORRPM por la LO 15/2003 del 25 de noviembre, que modifica el Código Penal.

No se entiende muy bien ese binomio eficacia-mayor rigor de las medidas privativas de libertad, cuanto de lo que se trata es de conseguir que el menor no vuelva a delinquir. Ese fin rehabilitador difícilmente se alcanza con el recurso indiscriminado a sanciones tan graves como el internamiento cerrado, prolongando su ya excesiva duración o posibilitando su ejecución en idéntico régimen a la de los adultos delincuentes,⁷⁶ si además es posible constatar que no han aumentado de forma relevante esos delitos violentos, según los datos publicados por el Ministerio del Interior en los últimos años,⁷⁷ sólo cabe justificar la “eficacia” de tales previsiones en orden a preservar la confianza social en el funcionamiento del sistema de menores. Lo que supone, para algunos, decirle al menor delincuente “ya no podemos hacer nada contigo. Allá te pudras”.⁷⁸

Ante este panorama, poco parece quedar ya de ese rechazo inicial unánime a equiparar la responsabilidad penal del joven a la del adulto, que justificaba el diseño de una respuesta penal adecuada a la fase evolutiva que caracteriza a la etapa de la adolescencia. Son, consecuentemente, otros intereses ajenos al interés del menor y joven infractor los que prevalecen ahora. Me refiero

⁷⁶ Al respecto, señala García Pérez, que en un estudio que se realizó recientemente en Alemania analizando el nivel de reincidencia, la principal conclusión a la que se llegó es que el índice de reincidencia es tanto más alto cuanto más grave es la sanción: “entre los menores que sufrieron internamiento volvieron a delinquir el 73% en los cuatro años siguientes a su cumplimiento; en el caso del internamiento con remisión condicional, la cifra se quedó en el 57. 4%, en las otras sanciones ese nivel se elevó hasta el 60.1% y finalmente en los supuestos de desjudicialización previstos en los artículos 45 y 47 (*Jugendgerichtsgesetz*) fue del 40.7%” (“La introducción del modelo de seguridad ciudadana en la justicia de menores. La ley de responsabilidad penal del menor: situación actual”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, vol. XXV, 2005, p. 404).

⁷⁷ Una referencia a esos datos traducidos en gráficos, en García Pérez, “La introducción...”, *op. cit.*, nota 76, pp. 406 y 407.

⁷⁸ Son palabras del Defensor del Menor de la Comunidad de Madrid, Nuñez Morgades, quien califica estas medidas de inhumanas en una entrevista al diario *El País*, 21 de enero de 2006, p. 28.

a la supervaloración de la seguridad y a su salvaguarda a través del derecho penal tanto de adultos como juvenil.⁷⁹

III. LA INFLUENCIA DE LAS NUEVAS TENDENCIAS PENALES EN LA JUSTICIA ACTUAL DE MENORES

En la misma línea que sus antecesoras, la última modificación introducida por LO 8/2006 a la LORRPM, es claramente expresiva del avance punitivo que está experimentando el tratamiento de la delincuencia juvenil en nuestro país.

Se trata, en definitiva, de una consecuencia más del protagonismo creciente que están adquiriendo en el panorama sociopolítico actual las modernas políticas de seguridad que, en las últimas décadas, se han desarrollado en los países anglosajones. Tales políticas parecieran retomar esa tendencia de signo defensiva que surgió a finales del XIX, para satisfacer las nuevas exigencias de protección de la sociedad frente a quienes no siendo culpables representaban un peligro para la comunidad. Si bien sus fundamentos ya no descansan en la idea de responsabilidad social ni en la búsqueda de medidas distintas a las penas orientadas a la realización de justicia (las medidas de seguridad dirigidas a la prevención especial). Al contrario, son el mantenimiento de la estabilidad social y, con ella, la obtención de la confianza institucional, sus principales objetivos, y la prevención general positiva de integración y la prevención especial negativa de inocuización, sus medios para conseguirlo.

⁷⁹ En ese sentido, Bernuz Beneitez afirma respecto a la LO 7/2000, que “la reforma no aspira a realizar funciones de prevención especial positiva y de integración social, sino más bien de prevención especial negativa y de inocuización y apartamiento del menor. Al tiempo que pretende lograr funciones de prevención general positiva y negativa más propias del derecho penal de adultos que de una jurisdicción de menores” (“Justicia de menores española y nuevas tendencias penales”, en <http://criminnet.ugr.es/recpc>, RECPC 07-12 2005, p. 12:10).

Nuestro derecho penal —especialmente el juvenil—, al igual que el del resto de países de nuestro entorno europeo, no va a permanecer ajeno a esa “cultura institucionalizada de control” que inevitablemente parece imponerse bajo el auspicio de quien es sin duda su máximo valedor: Estados Unidos.⁸⁰

Seguramente en el éxito de esta campaña por la ley y el orden tiene mucho que ver el contexto socio-económico presente. La acelerada industrialización, los niveles cada vez más altos de competitividad, de disciplina y aislamiento social, los imparables flujos migratorios y los sentimientos xenófobos que despiertan en la comunidad, las repercusiones económicas y políticas del proceso de globalización que caracterizan el modelo social de la que se ha calificado por muchos como “sociedad del riesgo” en la que vivimos, vienen a mostrar “las escasas aportaciones que el pensamiento garantista convencional, atrapado en actitudes principialistas, viene realizando a la acomodación de la intervención penal a los nuevos problemas y necesidades sociales”. Frente a ello, sigue este autor, “el plus de legitimidad dialéctica del que se han beneficiado, al menos, en principio, las propuestas securitarias... lo han obtenido por el hecho de haber tenido éxito en presentar sus iniciativas como un aspecto más del fenómeno de la expansión del derecho penal vinculada a la consolidación de [esa] moderna sociedad del riesgo”.⁸¹

Ante esa manifiesta incapacidad del Estado llamado “de bienestar” para asumir la gestión de los nuevos retos sociales, las

⁸⁰ Expresión utilizada por Maqueda Abreu, Ma. L., “La intensificación del control y la hipocresía de las leyes penales”, *Libro Homenaje al profesor Gimbrénat Ordeig* (en prensa), quien acertadamente apunta que no se trata de “una iniciativa aislada ni, desde luego, ingenua” que se impone a buen paso en Europa y otros países bajo la influencia de los Estados Unidos. Véase ampliamente de la misma autora, (“Políticas de seguridad y Estado de Derecho”, *Serta, In memoriam Alexandri Baratta*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 2004, pp. 1295 y 1296).

⁸¹ Cfr. Díez Ripollés, J. L., “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado”, *Libro Homenaje al profesor doctor Rodríguez Mourullo*, Madrid, Thomson, Civitas, 2005, pp. 268 y 269.

instancias de poder —independientemente de su orientación política—,⁸² con el apoyo inestimable de determinados medios de comunicación que les sirven a modo de “esclavos”,⁸³ presentan a la criminalidad como principal factor desencadenante de todos los males y miedos que insistentemente dicen sentirse en la vida social cotidiana. De este modo, el miedo al delito adquiere un valor importante para los políticos que, en palabras de Warr, “están dispuestos a explotarlo como un instrumento político”⁸⁴ en sus campañas electorales, para conseguir un mayor número de votos, en lugar de paliar la situación de inseguridad que los propios políticos con la ayuda de los medios de comunicación “dirigen a delincuentes y sectores marginales (por ejemplo, toxicómanos, delincuentes juveniles o inmigrantes)”.⁸⁵

Cuando, en realidad, son otras causas, muy diversas a la criminalidad, las responsables de ese temor ciudadano como antes se apuntaba. Así lo ponía ya de manifiesto Díez Ripollés, cuando afirmaba que la difusión de ese sentimiento de inseguridad

⁸² En ese sentido, habla, con razón, de una “rara unanimidad”, Silva Sánchez, J. M., *La expansión del derecho penal*, 2a. ed., Madrid, Civitas, 2001, p. 23. Asimismo, Maqueda Abreu, Ma. L., “Políticas de seguridad...”, *op. cit.*, nota 80, p. 1291, apunta ese apoyo global por parte de fuerzas conservadoras y menos conservadoras a la actual campaña por la ley y el orden.

⁸³ *Idem*. Así los califica Maqueda Abreu, aludiendo a la expresión utilizada por Beck (*La sociedad del riesgo, Hacia una nueva modernidad*, Barcelona, Paidós, 2002) para destacar que “prevalece la percepción de la criminalidad como amenaza y se constituye en expresión simbólica de esos sentimientos de temor gracias a la labor interesada de unos medios de comunicación empeñados en servir de apoyo a una política estatal igualmente interesada en administrar la «seguridad interna»”.

⁸⁴ *Cfr.* Warr, M., “El miedo al delito en los Estados Unidos: líneas para la investigación y la formulación de políticas”, en Barberet y Barquín (eds.), *Justicia penal en el siglo XXI. Una selección de Criminal Justice 2000*, trad. de M. Arroyo, Granada, Comares, 2006, p. 213, quien destaca que la campaña electoral de Richard Nixon, con su énfasis en la ley y el orden, fue la primera en capitalizar el delito y el miedo al delito para obtener un beneficio político.

⁸⁵ *Cfr.* Vázquez González, C., “La influencia de la alarma social en el nuevo rumbo de la justicia penal juvenil en Occidente”, *Derecho penal y criminología...*, *cit.*, nota 16, pp. 488 y 489.

“no parece guardar exclusiva correspondencia con tales riesgos”, sino que aparece potenciado por

la intensa cobertura mediática de los sucesos peligrosos o lesivos, por las dificultades con que tropieza el ciudadano medio para comprender el acelerado cambio tecnológico y acompasar su vida cotidiana a él, y por la extendida percepción social de que la moderna sociedad tecnológica conlleva una notable transformación de las relaciones y valores sociales y una significativa reducción de la solidaridad colectiva.⁸⁶

Pero da igual o no interesa que esa creciente amenaza atribuida a la delincuencia tenga o no respaldo empírico, porque “no son sus agresiones objetivas las que computan, sino su representación en la imaginación social”;⁸⁷ lo que origina unas “demandas de intervenciones socioestatales que permiten controlar tales riesgos y aplacar tales temores”. Y en la prevención de esas conductas peligrosas

la contundencia y capacidad socializadora del derecho criminal se consideran más eficaces... que otras medidas de política económica o social, o que intervenciones llevadas a cabo en el seno de otros sectores jurídicos como el derecho civil o el derecho administrativo, lo que conlleva que el principio de subsidiariedad penal qued[e] seriamente cuestionado.⁸⁸

Algo lógico, por otra parte, si tenemos en cuenta que los instrumentos jurídico-penales constituyen el medio más rentable —“legislar es barato y tiene un fuerte impacto electoral”— y eficaz a corto plazo para combatir ese sentimiento de inseguridad intere-

⁸⁶ Cfr. Díez Ripollés, J. L., “De la sociedad...”, *op. cit.*, nota 81, p. 269.

⁸⁷ Cfr. Maqueda Abreu, Ma. L., “Políticas de seguridad...”, *op. cit.*, nota 80, p. 1290. A ello se refería Baratta cuando aludía al conocido teorema de Thomas: “si se produce una determinada imagen de la realidad, esa imagen tiene efectos reales” (*Criminología crítica y crítica del derecho penal*, México, Siglo XXI, 1986, pp. 109 y ss).

⁸⁸ Cfr. Díez Ripollés, J. L., “De la sociedad...”, *op. cit.*, nota 81, p. 270.

sadamente inducido en las mentes de los ciudadanos frente al fenómeno criminal y asegurar la confianza en el funcionamiento del sistema.⁸⁹ El castigo pasa a cumplir así una función de satisfacción de determinadas necesidades psicológicas de sanción previamente inducidas en la colectividad,⁹⁰ dotándole de una eficacia más aparente que real e impropia de su naturaleza de *ultima ratio*.⁹¹

Un eficientismo penal que da noticia ya de la notable influencia de esas políticas de control en las decisiones jurídico-penales. Resulta comprensible, entonces, que la defensa de la seguridad, el orden y la estabilidad se presente hoy como una necesidad ineludible para esa “política criminal oficial”, que viene a mostrar la “capitulación incondicional ante la práctica política imperante en cada momento en la actividad del legislador o en la jurisprudencia”.⁹² En otras palabras, el derecho penal pasa a convertirse en el interesado instrumento político con el que se pre-

⁸⁹ Es en esos términos, afirma Muñoz Lorente, que ese recurso continuo al derecho penal simbólico resulta altamente beneficioso para el Estado, en tanto que “obtiene un alto beneficio o prestigio político... a bajo coste económico, aunque ello suponga un alto coste social, tanto en términos de libertad para los ciudadanos como en términos de exoneración del Estado para acometer otros programas sociales... más caros y más costosos” (“Obligaciones constitucionales de incriminación y derecho penal simbólico”, *Revista de Derecho y Proceso penal*, Aranzadi, núm. 6, 2001, p. 123).

⁹⁰ Al respecto, véase Silva Sánchez, J. M., *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Barcelona, Bosch, 1992, pp. 307 y 308, para quien “desde la perspectiva de una teoría legitimadora de la intervención penal, el estudio de las connotaciones psico-sociales del castigo debería tener como finalidad, más que un sometimiento a tales tendencias profundas, una crítica a las mismas, cuya consecuencia habría de ser la racionalización plena de la intervención punitiva”.

⁹¹ En el mismo sentido, González Cussac, J. L., “La contrarreforma penal de 2003: nueva y vieja política criminal”, *Revista Xuridica Galega*, 2003, p. 22. También, Carbonell Mateu, J. C., “Reflexiones sobre el abuso del derecho penal y la canalización de la legalidad”, *Homenaje al profesor Marino Barbero*, Cuenca, 2001, t. I, pp. 129 y ss.

⁹² En ese sentido, *cfr.* Silva Sánchez, J. M., “Retos científicos y retos políticos de la ciencia del derecho penal”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Segunda Época, núm. 9, 2002, p. 96 y, Schünemann, *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*, trad. de Cancio Meliá, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996, p. 14, respectivamente.

tende suplir las propias deficiencias del sistema.⁹³ Así lo evidencian las sucesivas reformas legislativas criminalizadoras con las que, en la última década, se ha endurecido de modo notable la justicia de adultos y la de menores.⁹⁴

El derecho penal se convierte así en la *prima ratio* con el que se quiere afrontar los más diversos problemas sociales, entre los que se incluye al delincuente que pasa a constituir una “fuente de riesgo”⁹⁵ y, por lo tanto, en el “enemigo”⁹⁶ de esa ansiada paz social.

Y entre esos nuevos etiquetados como “enemigos” se sitúan hoy también los menores, los jóvenes e incluso los niños delincuentes. En efecto, la tendencia indiscutible de la justicia de menores de otorgar un tratamiento no penal y, por lo tanto, más “benigno” para la delincuencia infantil empieza a cuestionarse a raíz de ciertos sucesos aislados perpetrados por niños que tienen una gran repercusión mediática. Concretamente, el de Liverpool en 1993, en el que dos chicos de diez años golpearon hasta la muerte a un niño de dos años (caso Bulger); el de Noruega en 1994, donde un niño de cinco y dos de seis años mataron a patadas y pedradas a una niña de cinco años; el de Arkansas en 1998, en el que dos niños de once y trece años, vestidos con uniforme de camuflaje y utilizando armas automáticas, perpetraron una sangrienta emboscada contra un colegio de enseñanza media, cau-

⁹³ Una vez más, véase Maqueda Abreu, Ma. L., “Políticas de seguridad...”, *op. cit.*, nota 80, p. 1290.

⁹⁴ Es una realidad en nuestro país, el endurecimiento del régimen de menores, sobre todo, a partir de las reformas legislativas a los delitos de terrorismo (LO 7/2000) y, más recientemente, con la efectuada en el 2006 (LO 8/2006).

⁹⁵ En ese sentido, Silva Sánchez, J. M., “Valores sociales y derecho penal”, *Persona y Derecho. Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y Derechos Humanos*, Universidad de Navarra, vol. 46, 2002, p. 160, para quien el hecho de que la seguridad sea uno de los bienes más apreciados en la representación social, conduce a estimar que al derecho penal le corresponde no sólo responder en la medida de la culpabilidad del sujeto, sino también hacer frente a éste como fuente de inseguridad.

⁹⁶ Así, Jakobs, G., *La ciencia del derecho ante las exigencias del presente*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000, pp. 29 y ss.

sando cuatro muertos y una docena de heridos; o el más reciente de Michigan en 2000, donde un niño de seis años disparó con una pistola semiautomática a una compañera de su misma edad delante de sus compañeros de clase.⁹⁷

La alarma social generada en torno a estos hechos especialmente perversos ha provocado que en países precursores en justicia de menores se produzca un cambio en la valoración social de los actos delictivos de los niños. Hasta el punto de pasar de considerarse que tales hechos “no conmueven a los ojos de los adultos la conciencia jurídica colectiva, y como la imposición de sanciones criminales contra los niños es preventiva y especialmente contraindicada, el legislador ha excluido con razón la responsabilidad”,⁹⁸ a catalogarlos como una amenaza relevante que exige una respuesta jurídica más dura y severa.⁹⁹ Es el caso de Inglaterra y Gales, donde las palabras pronunciadas en su día por la señora Thatcher, sobre la estrategia a seguir contra la delincuencia juvenil: “Hace falta menos debilidad y menos contemplaciones con los jóvenes..., más castigo, más dureza y más protección de la sociedad”,¹⁰⁰ parecen haber calado tanto que se ha

⁹⁷ Cfr. Diario *El Mundo* de 7 de diciembre de 1993, diario *ABC* de 25 de marzo de 1998 y diario *El País* de 2 de marzo de 2000. Al respecto, llama la atención sobre la existencia de comportamientos antisociales y violentos desde la infancia, Tremblay, R. E., “El desarrollo de la violencia juvenil: del nacimiento a la primera edad adulta”, *Derecho penal y criminología...*, *cit.*, nota 16, pp. 477 y ss.

⁹⁸ Cfr. Roxin, C., *Derecho penal...*, *cit.*, nota 66, p. 848.

⁹⁹ En ese sentido, Vázquez González, C., “La influencia de la alarma social en el nuevo rumbo de la justicia penal juvenil en Occidente”, *Derecho penal y criminología...*, *cit.*, nota 16, p. 489, apunta que a partir de esos graves sucesos, ampliamente comentados por los medios de comunicación, se ha producido una “demonización” de la juventud en la sociedad, que unida al auge de ideologías y políticas neo-conservadoras, han hecho replantearse el modelo vigente de justicia juvenil.

¹⁰⁰ A ellas alude Maqueda Abreu para señalar el modelo de referencia de esas políticas de seguridad. Esa célebre máxima se planteaba en el nuevo modelo que reemplazó al de bienestar, el modelo de justicia (“Políticas de seguridad...”, *op. cit.*, nota 80, p. 1295).

procedido a disminuir el límite mínimo de edad para exigir responsabilidad penal. Así se deduce del *Crimen and Disorder Act* de 1998, que en su sección 34 declara tajantemente que “la refutable presunción legal de que un niño de 10 años o más es incapaz de cometer un delito queda abolida desde este momento”.¹⁰¹ A partir de ese momento, la legislación inglesa establece que únicamente los menores de diez años no tienen responsabilidad penal y, a partir de esa edad, cualquier niño tiene capacidad para delinquir y se presume que es plenamente responsable de sus actos. Lo que inevitablemente determinará su sometimiento a los tribunales de menores, en los que se establece un tratamiento especial atendiendo a su edad, hasta los dieciocho años.

Esa necesidad de defensa social frente a esos actos delictivos no ha tenido repercusión por ahora en nuestra regulación de menores, donde se sigue manteniendo, como antes se apuntaba, el límite de los catorce años para exigir responsabilidad penal al menor.¹⁰²

En igual sentido, ha evolucionado la percepción social de la criminalidad de menores y jóvenes. La interesada imagen que se proyecta sobre determinadas infracciones callejeras o conductas consideradas antisociales protagonizadas, en gran medida, por adolescentes, como el fenómeno del botellón (consumo en luga-

¹⁰¹ C&DA 1998 (c. 37), section 34. En efecto, en este país existía la presunción de que los niños entre diez y trece años eran incapaces de cometer un delito (*doli incapax*), aunque la misma podía revocarse mediante la prueba del llamado *mischievous discretion* (conocimiento malicioso), si resultaba razonable que hubiera cometido el *actus reus con mens rea* (concurrencia de elementos externos objetivos e internos subjetivos del acto-delito) y tenía conocimiento de que lo que estaba haciendo era seriamente peligroso (*seriously wrong*) e injusto. Cfr. Vázquez González, C., “La influencia de la alarma social en el nuevo rumbo de la justicia penal juvenil en occidente”, *Derecho penal y criminología...*, cit., nota 16, p. 492.

¹⁰² El artículo 1.1 LORRPM declara que “esta Ley se aplicará para exigir la responsabilidad penal de las personas mayores de catorce años y menores de dieciocho por la comisión de hechos tipificados como delitos o faltas en el Código Penal o las leyes penales especiales”.

res públicos de bebidas alcohólicas),¹⁰³ faltas de urbanidad, violencia familiar (principalmente contra los progenitores),¹⁰⁴ u otras más contestatarias como las llevadas a cabo por jóvenes nacionalistas radicales (quema de símbolos como la bandera española o la fotografía de los reyes),¹⁰⁵ okupas, anti-globalización, que provocan inseguridad e incomodidad, los convierten en “portadores simbólicos de esa amenaza sentida para la paz individual”.¹⁰⁶ En ese sentido, resulta significativo el creciente temor que, en los últimos tiempos, ha provocado fenómenos como el de las bandas juveniles que, con base en sus rasgos distintivos (aparición, hábitos, etnia, etcétera), son asociadas automáticamente al “fantasma” de las bandas latinas,¹⁰⁷ o la alarma generada hacia el

¹⁰³ Una conducta que ya fue objeto de persecución en materia de drogas a través de la Ley de Seguridad Ciudadana 1/1992, sancionando como falta grave su consumo en lugares públicos (artículo 23). Parece que las iniciativas de nuestros ayuntamientos respecto al consumo público de alcohol va por los mismos derroteros. Una buena muestra de ello son las numerosas reglamentaciones urbanas que están apareciendo en ciudades como Barcelona, Madrid, Granada, Almería, entre otras, que prohíben estas y otras conductas como la prostitución callejera.

¹⁰⁴ A estas últimas se refiere un artículo sobre las consultas realizadas a la Unidad Familiar (diario *El País* de 3 de abril de 2006, p. 43), en el que se afirma que “mucho más alarmante es el comportamiento que el 23% de estos chavales (de 12 a 18 años) adopta en su casa: la tiranía que ejercen con sus padres deriva en ocasiones en violencia, que se traduce en agresiones, empujones o amenazas con las personas con las que conviven”.

¹⁰⁵ Esta última se produjo en dos ocasiones en Gerona este año. Una con ocasión de una visita oficial de los reyes a esta localidad catalana que motivó la detención y posterior puesta en libertad con cargos de uno de sus autores por un delito de injurias a la Corona. La otra en protesta por la actuación judicial derivada de la anterior que ha provocado la citación de nueve jóvenes independentistas catalanes. Cfr. Diario *El País* de 13 de octubre de 2007, p. 28.

¹⁰⁶ Cfr. Maqueda Abreu, Ma. L., “Políticas de seguridad...”, *op. cit.*, nota 80, p. 1290.

¹⁰⁷ Es el título de un artículo publicado en el periódico *El País* el 3 de junio de 2006, firmado por Feixa, Cerbino y Palmas, quienes acertadamente señalan que “no hay datos que permitan afirmar que la situación es tan alarmante como se plantea, más allá de ciertos pánicos mediáticos y algún caso grave pero aislado”. La criminalización de las pandillas “sólo puede comportar el regreso a la clandestinidad y el alimento de rencores sociales que, como sucedió en Fran-

problema del acoso escolar a raíz de la muerte de Jokin, motivada por los abusos proporcionados por sus compañeros de clase.¹⁰⁸ O finalmente, la percepción social de los actos de vandalismo urbano protagonizados por jóvenes como una posible antesala de una posterior actividad terrorista.¹⁰⁹

La respuesta institucional frente a ellos ha sido una mayor represión, disciplina y control para alcanzar esa ansiada protección que demanda la opinión pública. El Estado de derecho se transforma así en un Estado policial, en cuanto que impone y abusa de su fuerza institucional para “combatir la indisciplina y el desorden que representan los jóvenes marginados o simplemente inadaptados, en tanto que grupos de riesgo”. Los jóvenes inmigrantes sin papeles son un claro ejemplo de la arbitrariedad de esa intervención policial, como bien apunta Maqueda Abreu.¹¹⁰

Efectivamente, nuestro legislador —siguiendo la línea marcada por otras legislaciones próximas de tolerancia cero frente a la des-

cia, pueden acabar explotando en el futuro”. Véase ampliamente, Fernández Hernández, A. “Las bandas latinas en España: una problemática emergente”, *Estudios sobre la responsabilidad penal del menor*, Universitat Jaume I, núm. 9, 2006.

¹⁰⁸ Al respecto, véase un interesante estudio en Cuerda Arnau, M. L., “Acoso escolar y derecho penal de menores”, *Estudios sobre la responsabilidad...*, *cit.*, nota 107, p. 179, para quien las recomendaciones estrictamente jurídicas frente al acoso escolar iban referidas a la necesidad de incrementar los recursos y de profundizar en el proceso de protección procesal del menor-víctima, pero ninguna sugería la conveniencia de endurecer la respuesta penal.

¹⁰⁹ En su día, el diario *El País* del 5 junio de 2001, afirmaba que “los comandos Y de violencia callejera, creados a principios de los 90... se han convertido en el vivero natural de las actuales comandos de ETA... y han alcanzado puestos de responsabilidad en la nueva dirección de ETA..., han integrado este tipo de «lucha» como un «elemento más» dentro de la actividad terrorista de ETA”.

¹¹⁰ *Cfr.* Maqueda Abreu, Ma. L., “La intensificación del control...”, *op. cit.*, nota 80. Así lo declaran diez ONG que trabajan con menores, que denuncian las numerosas irregularidades que se cometen con los menores inmigrantes no acompañados, a los que no se les está dando permisos de residencia como exige la ley cuando llevan nueve meses tutelados en España y las repatriaciones no respetan las garantías previstas en la legislación estatal e internacional (*El País*, 14 de abril de 2006, p. 19).

viación juvenil—,¹¹¹ establece, a través de la reforma del 2006 a la LORRPM, una agravación de penas así como la imposición de condiciones más rígidas y severas de cumplimiento. Me refiero a la ampliación relevante de supuestos en que se puede imponer medidas de internamiento y prolongación de las mismas,¹¹² previsión de su cumplimiento en centros penitenciarios cuando el menor alcance la edad de dieciocho años si su conducta no responde a los objetivos propuestos o, de forma automática, a los veintiuno salvo que, excepcionalmente, existan circunstancias que aconsejen lo contrario,¹¹³ y se incrementan las circunstancias para decretar una medida cautelar así como la duración de la de internamiento.¹¹⁴

¹¹¹ Concretamente, las imperantes en Inglaterra y Estados Unidos. Las consecuencias de esa represiva política penal inglesa de la juventud son sanciones más duras para delitos de escasa gravedad y penas privativas de libertad de mayor duración, la imposición de penas de multa para una serie de conductas como proferir insultos, pintar *graffiti* o tirar papeles a la vía pública, o la autorización a la policía para dispersar a grupos de dos o más jóvenes en la calle. Además, el incumplimiento de algunas de estas medidas posibilita que se pueda conllevar una medida de internamiento (*Anti-social Behaviour Act* de 2003). En el caso de Estados Unidos, todos sus estados han posibilitado la transferencia de determinados jóvenes delincuentes al sistema de justicia penal de adultos, donde son juzgados y sentenciados como adultos, se ha incrementado la aplicación de pena capital por delitos cometidos antes de alcanzar la mayoría de edad o la prisión perpetua sin posibilidad de libertad condicional, incluso para jóvenes delincuentes menores de dieciséis años. Al respecto, véase Vázquez González, C., “La influencia de la alarma social en el nuevo rumbo de la justicia penal juvenil en Occidente”, *Derecho penal y criminología...*, *cit.*, nota 16, pp. 490-498.

¹¹² El artículo 9.2 amplía el internamiento en régimen cerrado a delitos castigados con pena grave, independientemente de su naturaleza privativa de libertad o no, a los delitos menos graves con violencia, intimidación o grave riesgo para la vida o integridad de las personas o, al resto de estos delitos, si se ejecutan en grupo o por miembros de una organización o bien que actúen a su servicio. Además, el artículo 10.1 establece que para esos hechos, la duración de todas las medidas y, en particular del internamiento en régimen cerrado, puede alcanzar hasta los tres años para los menores de catorce a quince años y hasta seis para los de dieciséis a diecisiete años.

¹¹³ Con anterioridad, esa edad se situaba a los veintitrés años, además de restringirse ahora a los internamientos en régimen cerrado (artículos 3o. y 14.2).

¹¹⁴ Se incluyen los casos de riesgo de atentar contra los bienes jurídicos de la víctima e incrementándose la medida cautelar de internamiento de tres meses

Un endurecimiento que se hace aún más llamativo cuando se trata del núcleo más grave de esa criminalidad (reincidentes o que han cometido delitos graves o terroristas). Buena muestra de ello es que en relación al terrorismo, la ley establece la imposición de, además de las medidas que correspondan, una medida de inhabilitación absoluta por un tiempo superior entre cuatro y quince años al de la duración de la medida de internamiento impuesta en régimen cerrado.¹¹⁵ Si tenemos en cuenta que tal medida puede ser de hasta tres años para los menores de dieciséis y de hasta seis para los menores de dieciocho, la inhabilitación absoluta puede oscilar entre siete y dieciocho años en el primer caso, y entre diez y veintiuno en el segundo. Tiene razón Fernández Hernández, cuando afirma que “esta medida está en las antípodas de las medidas educativas, además de quedar muy lejos de ser proporcional”. Máxime si se tiene en cuenta la pena prevista para esos actos terroristas cometidos por menores (que no pasan de ser incendios y estragos propios de los *kale borroka*) para los mayores de edad consistente en la aplicación de la pena prevista para el concreto delito cometido en su mitad superior. El resultado es que “los delincuentes entre 16 y 18 años, que teóricamente han de recibir un trato especial, se encuentran más gravemente sancionados que los mayores de edad”.¹¹⁶

Es evidente que se ha producido un cambio drástico en la representación social acerca de los delitos cometidos por menores y jóvenes, cuando se pierde de vista el fin preventivo-especial de sus medidas, el proceso incompleto de integración social en el que se encuentran o la responsabilidad social sobre sus actos delictivos, para centrarse en intereses como el daño social, la atención a sus víctimas o la pacificación de la alarma social. Ese superior interés del menor al que decían dirigirse estas medidas,

prorrogables por otros tres a seis meses más una prórroga de tres meses (artículos 3o. y 28.1).

¹¹⁵ Artículo 10.3 LORRPM.

¹¹⁶ Cfr. Fernández Hernández, A. “Las bandas latinas...”, *op. cit.*, nota 107, pp. 301 y 302.

debe medirse ahora “con el interés de la sociedad que reclama tanto el castigo del menor por el delito cometido como la justificación de una jurisdicción especializada en menores...”.¹¹⁷

En otras palabras, se pasa de la necesidad de adecuar la respuesta penal a la fase evolutiva del menor y joven delincuente, a la necesidad de satisfacer la idea del castigo justo para mantener la confianza de la opinión pública en la justicia de menores. Teniendo en cuenta, como bien señala Silva Sánchez, que bajo el término “justo”, no se entiende el valor absoluto de la justicia, propio de un sistema penal clásico estricto y proporcional, sino “la estimación social concreta acerca de cuál es la sanción justa en un determinado caso”. De este modo, “la «justicia» pasa a ser el eufemismo de la necesidad psicológico-social de pena, o de venganza”.¹¹⁸

Pareciera así que en los seis años transcurridos desde la entrada en vigor de la LORRPM hasta su última modificación, el fenómeno de la delincuencia juvenil hubiera adquirido una dimensión y repercusión social tan alarmante, que justificara el abandono de los motivos que en su día fundamentaron su aprobación. Lo expresa claramente la Exposición de Motivos de la Ley cuando se refiere a la

exigencia de una verdadera responsabilidad jurídica a los menores infractores... [que] al pretender ser... una intervención de naturaleza educativa, aunque desde luego de especial intensidad, rechaz[a] expresamente otras finalidades esenciales del derecho penal de adultos, como la proporcionalidad entre el hecho y la sanción o la intimidación de los destinatarios de la norma, se pretende impedir todo aquello que pudiera tener un efecto contra-
producente para el menor, como el ejercicio de la acción por la víctima o por otros particulares.¹¹⁹

¹¹⁷ Cfr. Bernuz Beneitez, “Justicia de menores...”, *op. cit.*, nota 79, p. 12:6.

¹¹⁸ Cfr. Silva Sánchez, *Aproximación...*, *cit.*, nota 90, p. 205.

¹¹⁹ Así fundamentaba la Exposición de Motivos la naturaleza de disposición sancionadora de la LORRPM.

Nada más lejos de la realidad. Así se desprende de los datos publicados por el Ministerio del Interior¹²⁰ y la Fiscalía General del Estado. Según estos últimos, durante los cinco primeros años de vigencia de la Ley (2001 al 2005) ha habido un descenso, incluso relevante, de los delitos que se atribuyen a los jóvenes entre catorce y dieciocho años. Las cifras que muestran las estadísticas son expresivas de esa disminución de la delincuencia juvenil: de 67, 824 han pasado a 66, 973, acusando un mayor descenso los atentados a la seguridad del tráfico (68.74%), a la salud pública (24.67%) o a la libertad sexual (24.12%).¹²¹ El propio Gobierno en la Exposición de Motivos de la Ley 8/2006, pese a alegar entre las razones de esta reforma “un aumento considerable de los delitos cometidos por menores”, con base en datos que no desvela, reconoce que no ha habido un crecimiento significativo de los delitos de carácter violento, terminando por apuntar como causa principal de la preocupación social y la falta de confianza en la regulación anterior en “la sensación de impunidad de las infracciones más cotidianas y frecuentemente cometidas por estos menores, como son los delitos y faltas patrimoniales”. Una afirmación que tampoco se corresponde con los datos que ofrece la memoria de la Fiscalía, según los cuales han descendido durante esos años los delitos contra el patrimonio (hurtos de apropiación y de uso y robos) en un 14.50% y sólo las faltas de esa naturaleza han experimentado un aumento de 6, 248 en 2001 a 8, 441 en 2005.¹²²

Todo ello evidencia el carácter marcadamente simbólico de esta reforma dirigida a combatir la indisciplina y el desorden que

¹²⁰ Los datos que publica no reflejan incremento alguno de la criminalidad de menores. En igual sentido, García Pérez, “La introducción...”, *op. cit.*, nota 76, pp. 405 y ss. Ampliamente, AA.VV., *Estudios sobre la responsabilidad penal del menor*, González Cussac y Cuerda Arnau (coords.), Universitat Jaume I, núm. 9, 2006.

¹²¹ *Cfr.* Memorias Anuales de la Fiscalía General del Estado (2002-2006), facilitadas y amablemente traducidas en porcentajes y gráficos por Jesús Gázquez, ex fiscal de menores de Almería.

¹²² Datos suministrados por Jesús Gázquez.

representan los jóvenes marginados o inadaptados como grupo de riesgo. Es innegable, pues, el paralelismo existente entre la evolución del derecho penal juvenil y el de adultos que, ante su incapacidad para cumplir directamente con la finalidad de protección de bienes jurídicos (función instrumental),¹²³ se dirige no sólo a legitimar el sistema establecido, sino también a cumplir fines “educativos” mostrando a la sociedad lo que es importante proteger. Y está claro que entre esos valores no se encuentra el interés del menor o joven delincuente, sino conseguir la protección de esa demandada seguridad en todos los ámbitos y cualquiera que sean los sujetos que puedan suponer un riesgo para su mantenimiento.

IV. LA SITUACIÓN DE LOS JÓVENES ADULTOS TRAS LA REFORMA INTRODUCIDA POR LO 8/2006 A LA LEY PENAL DEL MENOR

La mayor parte de los estudios criminológicos pone de manifiesto que la existencia de un rápido desarrollo biológico y psicosocial durante la adolescencia explica por qué, en comparación con los adultos, es mayor la proporción de adolescentes y jóvenes adultos que recurren a un comportamiento antisocial, aunque la mayoría cometen pequeñas infracciones y sólo unos pocos son responsables de actos violentos.¹²⁴ De ahí que se califique de crítica a esa etapa (entre dieciocho y veintiún años), pues aunque se supere la mayoría de edad civil, los jóvenes adultos presentan en gran medida las características de los adolescentes —y, por tanto,

¹²³ Cfr. Silva Sánchez, *Aproximación...*, cit., nota 90, p. 305. Véase también, del mismo, “Eficiencia y derecho penal”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. XLIX, fasc. I, enero-abril de 1996, p. 119.

¹²⁴ De esta opinión, cfr. Tremblay, R. E., “El desarrollo de la violencia juvenil: del nacimiento a la primera edad adulta”, *Derecho penal y criminología...*, cit., nota 16, p. 476, quien destaca además que “es un hecho criminológico bien conocido que el riesgo de cometer un delito físicamente violento es más elevado desde la mitad de la adolescencia hasta la adultez temprana”.

la existencia de una posible imputabilidad disminuida—, lo que justifica que se les dé un tratamiento parecido al de los menores.¹²⁵ Una idea que, si bien tiene su origen a principios del siglo pasado en Inglaterra, donde se reconoce la necesidad de instaurar un tratamiento especial para estas personas que se encuentran en una situación de tránsito entre la edad juvenil y la adulta, posteriormente sólo se establece un tratamiento especial hasta los dieciocho años.¹²⁶

Conforme a ello, la práctica totalidad de los sistemas de nuestro entorno jurídico va a ofrecer una respuesta penal diferenciada a este tipo de criminalidad, aunque con soluciones muy dispares. Se pueden destacar tres sistemas de tratamiento penal de los jóvenes adultos: unos los equiparan a los adultos, siendo juzgados por tribunales ordinarios y sometidos a las mismas sanciones, pero apreciándose atenuaciones por razón de la edad.¹²⁷ Otros los asimilan a los menores en general o en determinadas circunstancias, procediendo a aplicar un derecho penal más suave en sus consecuencias orientadas a la prevención especial y a través de una jurisdicción especializada.¹²⁸ Y, finalmente, están los que

¹²⁵ En ese sentido, *cfr.* García Pérez, O., “La evolución del sistema de justicia penal juvenil...”, *op. cit.*, nota 60, pp. 691 y 692. También, Sánchez García de Paz, *Minoría de edad penal, cit.*, nota 53, pp. 168 y 170 y ss.

¹²⁶ El primer reconocimiento legal de la misma aparece en la *Prevention on crimes Acts* de 1908.

¹²⁷ Así sucede en Suiza que en su artículo 100 bis establece la posibilidad de que el juez, en lugar de la imposición de una pena, dictamine medidas especiales o el ingreso del joven adulto (entre dieciocho y veinticinco años) en un establecimiento de educación o de trabajo. Además, la pena impuesta a jóvenes entre dieciocho y veinte años es atenuable si el autor no tenía plena comprensión del injusto del hecho (artículo 64 último párrafo).

¹²⁸ Es el caso de la JGG austriaca de 1988 que introduce a los jóvenes de dieciocho a diecinueve años en el derecho penal juvenil. Además, para los jóvenes entre los diecinueve y veinte o veintiún años se establecen atenuaciones de la pena (§34.1º y 36 del StGB) e incluso la posibilidad de que la ejecución de la pena esté a cargo de la jurisdicción juvenil (§55.3º a 6º). También en Alemania, las consecuencias jurídicas del derecho penal juvenil se aplican a los jóvenes adultos (entre dieciocho y veintiún años) en dos ocasiones, cuando el autor,

diseñan un tratamiento específico, distinto del menor y del adulto.¹²⁹ El resto no presta atención a estos delincuentes como el sistema francés, italiano, inglés y norteamericano.¹³⁰

En nuestro derecho se prevé por primera vez un régimen transitorio para los jóvenes adultos en el artículo 69 del Código Penal, que más adelante queda confirmado en el artículo 4.2 LORRPM. Aunque, desde el principio, esta regulación mostró claramente su tendencia a favor de exigencias de prevención general sobre el propio interés del joven adulto delincuente. Su aplicación quedaba así muy limitada al cumplimiento de unos criterios objetivos que se añadían al que debería ser el único dato a tener en cuenta, el grado de madurez del joven.¹³¹ Con ello, se afirma que no sólo se contradicen los fines que la propia ley trata de conseguir con su extensión a los jóvenes adultos criminales, sino que además

vulnera el principio de igualdad y el juez ordinario predeterminado por la ley: el primero en la medida en que dos individuos comprendidos en dichas edades y que cometiesen los mismos hechos en distintos territorios, podrían resultar sometidos a distinto

según su desarrollo moral y mental al tiempo del hecho resulte todavía equiparable al de un joven (&1.2º JGG), o cuando se trate de una infracción juvenil (&105 JGG).

¹²⁹ En esa línea se encuentra el sistema portugués, que dispone de un derecho penal especial para jóvenes con edad comprendida entre los dieciséis y los veintiún años (Decreto-Ley núm. 401/82).

¹³⁰ *Cfr.* ampliamente, Sánchez García de Paz, *Minoría de edad penal, cit.*, nota 53, pp. 117-119. También, Dünkler, M. F., "Les législations en vigueur relatives aux jeunes adultes délinquants", *Jeunes adultes délinquants et politique criminelle*, Conseil de l'Europe, Recherche criminologique, vol. XXX, 1994, pp. 83 y ss.

¹³¹ En efecto, este precepto establece que cuando el juez de instrucción competente, oídos el Ministerio Fiscal, el letrado del imputado y el equipo técnico, así lo declare mediante auto, previo cumplimiento de los siguientes requisitos: comisión de una falta o bien de un delito menos grave sin violencia ni intimidación en las personas, no haber sido condenado en sentencia firme por hechos delictivos cometidos tras cumplir los dieciocho años y, por último, es preciso que las circunstancias personales y el grado de madurez del joven hagan aconsejable el recurso a la ley.

régimen procesal y a diferentes consecuencias sancionadoras; y el segundo porque cuando un sujeto de entre 18 y 21 años de edad cometa un hecho delictivo, no se podrá establecer cuál es el órgano predeterminado por la ley ni en cuanto a la instrucción ni en cuanto al enjuiciamiento de los hechos, pudiéndose plantear un conflicto entre la jurisdicción de menores y la de adultos.¹³²

Una situación que se va paulatinamente agravando con cada una de las reformas de las que es objeto la LORRPM. Al principio, esas modificaciones los excluían del ámbito de la ley para determinados delitos muy graves.¹³³ Después, antes de su entrada en vigor, se suspendió temporalmente su aplicación por un plazo de dos años.¹³⁴ Posteriormente, antes de que finalizase ese plazo de suspensión (13 de enero de 2003), se vuelve a aplazar su puesta en práctica hasta el día 1o. de enero de 2007.¹³⁵ Para finalmente quedar excluidos, de forma definitiva y generalizada, de su régimen por la Reforma de 2006, en nombre de la idea de responsabilidad individual y, sobre todo, en aras de esa política de seguridad que la informa.¹³⁶

¹³² Cfr. Polo Rodríguez, J. J. y Huelamo Buendía, A. J., *La nueva ley del menor*, Madrid, Colex, 2000, pp. 19 y 20.

¹³³ Se refiere a los previstos en la nueva Disposición Adicional cuarta, introducida por LO 7/2000: los delitos de homicidio, asesinato, agresión sexual, delitos de terrorismo de los artículos 571 a 580 del Código Penal y aquellos otros sancionados en el Código Penal con pena de prisión igual o superior a quince años.

¹³⁴ Así se establece por la Disposición Transitoria Única de la LO 9/2000, sobre medidas urgentes para la agilización de la administración de justicia, que modifica la LO 6/1985 del Poder Judicial.

¹³⁵ Mediante la Disposición Transitoria Única de la LO 9/2002, de 10 de diciembre.

¹³⁶ Así puede deducirse de la Exposición de Motivos de la LO 8/2006, cuando alude a la necesidad del Gobierno de impulsar “las medidas orientadas a sancionar con más firmeza y eficacia los hechos delictivos cometidos por personas que, aun siendo menores, revistan especial gravedad...”, o que “el interés superior del menor... es perfectamente compatible con el objetivo de pretender una mayor proporcionalidad entre la respuesta sancionadora y la gravedad del hecho cometido..”, para preservar “otros bienes constitucionales a cuyo aseguramiento obedece toda norma punitiva o correccional”.

Todas estas modificaciones a la LORRPM reflejan claramente que lo que está en juego en estos casos no es tanto la protección del joven adulto criminal, cuanto la protección de los bienes jurídicos lesionados de la comunidad que es la que marca en estos casos la opción en favor del Código Penal.

En definitiva, nuestro legislador se ha decantado por las tendencias de seguridad imperantes dirigidas a un derecho penal juvenil más represivo y selectivo. Rechazando acogerse, con ello, a las tendencias más progresistas que reclaman un aumento del límite máximo de vigencia del derecho penal juvenil, en aras de una integración progresiva de los jóvenes adultos como una categoría diferenciada dentro del sistema juvenil. El sistema español se distancia así de las directrices internacionales tales como la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa (2003) 20, sobre nuevas formas de tratamiento de la delincuencia juvenil que, tras fijarse como objetivo la resocialización y reinserción de los menores delincuentes, propone tratar a los jóvenes de hasta veintiún años como menores y aplicarles medidas similares a las previstas para éstos, exigiendo como único requisito que presenten un grado de madurez y responsabilidad parecido al de un menor.

Lo aconsejable, por tanto, hubiese sido el mantenimiento en la ley del precepto que preveía su extensión a los jóvenes adultos,¹³⁷ posibilitando su aplicación —que nunca tuvo— con base únicamente en el grado de madurez del joven adulto delincuente, sin la limitación de unos requisitos más dirigidos a satisfacer exigencias de prevención general que a los intereses preventivos especiales de sus destinatarios. Por lo que su supresión por la Reforma de 2006 supone un serio revés a los objetivos que se pretendían alcanzar con la creación de un derecho penal juvenil: singularizar la respuesta penal a la fase evolutiva del infractor. Así se ponía de manifiesto en el voto particular al Informe del Consejo General del Poder Judicial al anteproyecto de esta reforma, en el que se criticaba la iniciativa gubernamental por

¹³⁷ El artículo 4o. LORRPM.

considerar que “supone un paso atrás en la no judicialización de pequeñas infracciones (delitos menos graves y faltas) que pudieran encontrar cauce de respuesta en el ámbito de la mediación y la solución extrajudicial en la línea de los modelos penales más avanzados de nuestro entorno”.

No cabe duda, pues, que los jóvenes adultos son los grandes perdedores de la nueva evolución que está experimentando la legislación y la práctica de la justicia de menores en nuestro país. Un derecho penal juvenil que ya no esconde sus verdaderas intenciones, acordes con el actual panorama securitario y penalizador, cuando excluye de su régimen a los jóvenes adultos y confunde e identifica sus funciones con las propias del derecho penal de adultos en su aplicación a los que aún quedan sometidos a su régimen. Cabe preguntarse, entonces, qué sentido tiene mantener una justicia de menores que cada vez más se aleja de las necesidades reales que demanda esta clase de criminalidad.