

LA DELINCUENCIA JUVENIL: UNA REFLEXIÓN SOBRE SUS CAUSAS, PREVENCIÓN Y MEDIOS DE SOLUCIÓN JUDICIALES Y EXTRAJUDICIALES (1)

Por
Fco. Javier Jiménez Fortea
Profesor Titular de Derecho Procesal
Universitat de València

SUMARIO: 1.- Introducción. 2.- El perfil biopsicosocial del adolescente. 3.- ¿Qué se entiende por delincuente juvenil? 4.- Las causas de la delincuencia juvenil. 5.- La prevención de la delincuencia juvenil. 6.- Las respuestas a la delincuencia juvenil: En especial, los medios alternativos a la jurisdicción. 6.1.- Los distintos modelos de respuesta. 6.2.- Los medios alternativos a la jurisdicción. 6.3.- El modelo de Justicia penal juvenil español y su incidencia en los medios alternativos.

1.- Introducción.

La delincuencia juvenil es un fenómeno muy complejo, cuyo estudio exige un tratamiento interdisciplinar. Los psicólogos, los sociólogos, los asistentes sociales, los juristas..., todos tienen algo que decir al respecto. Es más, dentro de cada una de estas disciplinas, es susceptible de ser tratado desde diversos puntos de vista. Por ejemplo, en el campo del Derecho podría estudiarse, entre otras, desde una perspectiva penal, criminológica, o procesal. Así las cosas, solamente un equipo de investigación multidisciplinar estaría en condiciones de afrontar con posibilidades de éxito un estudio global de ese fenómeno. Estas páginas, por consiguiente, tienen dos limitaciones, que conviene poner de manifiesto.

La primera se refiere a su extensión. Hay que ser conscientes de que en un artículo doctrinal no puede hacerse una exposición completa del tema, sino tan solo una referencia a alguno de sus aspectos con la esperanza de que suscite el interés por profundizar en ellos. La segunda limitación se encuentra en la competencia profesional de quien lo suscribe. Nuestra condición de jurista ha determinado, sin lugar a dudas, el planteamiento y desarrollo de las diversas cuestiones. Ahora bien, ello no supone considerar una ciencia superior a otra en el tratamiento de la delincuencia juvenil, puesto que, como hemos dicho, sólo la interdisciplinariedad permite afrontar este problema en toda su dimensión.

¹ Este artículo se publicó en *Escritos del Vedat*, vol. XXXIX, 2009, págs. 221-258.

De hecho, y a pesar del valor que el Derecho tiene como medio para solucionar los conflictos sociales, esta clase de criminalidad pone en evidencia sus límites, obligándole a abandonar los instrumentos tradicionales y a crear mecanismos nuevos que acojan las sugerencias de otras ciencias, como la Psicología. Ejemplos de ello son la determinación de la edad a partir de la cual se le puede considerar responsable penal a una persona, las medidas alternativas al internamiento en un centro que se pueden imponer a un menor, o la posibilidad de la mediación para poner fin al proceso.

En cuanto a la importancia social y político-criminal del tema basta destacar, por una parte, el debate que se genera siempre que se comete un hecho grave por un menor o el drama humano que supone cuando las víctimas de esos hechos son igualmente menores. Y por otra, la incapacidad, a veces la falta de voluntad, de los poderes públicos y de la sociedad en general para erradicar sus causas y/o encontrar y aplicar los medios necesarios para intentar recuperar a cada menor infractor².

Desde un punto de vista cuantitativo, sin embargo, la trascendencia de esta clase de delincuencia es más difícil de concretar, porque muchos países no cuentan con estadísticas policiales y judiciales al respecto o no están actualizadas. Además, adolecen de datos relevantes como la extracción social, nivel de educación, situación

² La importancia de esta clase de delincuencia la resume GARCÍA-PABLOS ["Presupuestos criminológicos y político-criminales de un modelo de responsabilidad de jóvenes y menores", en *Menores privados de libertad* (dir. Martínez-Pereda Rodríguez, J. M.), Madrid, 1996, págs. 252-257] en cinco puntos: En primer lugar, "por la personalidad de su protagonista... [que] exige un esfuerzo adicional del investigador, del científico, y de los operadores jurídicos para captar el significado de la conducta, para comprender a su autor, y para prescribir la respuesta justa y adecuada". En segundo lugar, "por la incuestionable repercusión social de esta criminalidad... con *mensaje*, provocadora, a diferencia de la criminalidad *instrumental* y *utilitaria* propia del mundo adulto. Sin embargo, la alarma social, desmedida, que genera la criminalidad del joven y el menor se explica más por el impacto de injustos estereotipos sociales e imágenes creadas por los *forjadores de la opinión pública* que por la entidad y relevancia real de aquélla". En tercer lugar, porque "pocos problemas sociales evidencian de forma más expresiva los conflictos, discrepancias y antagonismos que enfrentan al mundo del derecho y de la ciencia... aún más severos si comparamos el análisis jurídico o las propuestas científicas con las expectativas sociales... La criminalidad de jóvenes y menores permite comprobar, por desgracia, el lamentable y progresivo distanciamiento que se observa... entre la experiencia criminológica y los centros de decisión política". En cuarto lugar, "sólo la ignorancia, siempre atrevida, o la insensibilidad... pueden etiquetar de *tema menor* esta parcela del problema criminal". Este tipo de criminalidad refleja los valores oficiales y subterráneos del mundo adulto, "en buena medida, los reinterpreta y traduce, porque el joven es un imitador que escenifica y repite lo que ve, lo que le enseñan, lo que aprende". Además, desde un punto de vista político-criminal, ha constituido "un auténtico laboratorio o campo de experimentación donde se ensayaron precisamente programas, medidas e instituciones (nosotros añadiríamos: y se están ensayando. Por ejemplo, la atribución de la instrucción al Ministerio Fiscal) que, después, se extenderían al mundo de los adultos (vgr., sustitutivos penales y alternativas a la privación de libertad). Ha representado, pues, y representa la vanguardia de toda política criminal". Por último, en quinto lugar, esta clase de delincuencia "sigue siendo una asignatura pendiente, casi un reto". Una asignatura pendiente, porque "se han sucedido en los últimos años un sinfín de borradores, anteproyectos y proyectos de ley (penal) del menor y, sin embargo, la apresurada entrada en vigor del nuevo Código Penal (no precedida de la reforma de la legislación de menores) [se refiere este autor al Código Penal español de 1995] ha frustrado uno de los objetivos político-criminales de aquél: la elevación de la mayoría de edad penal a los dieciocho años". Y un reto, porque "permite constatar la limitación e insuficiencias estructurales del Derecho como técnica de solución de los conflictos sociales".

familiar, reincidencia, etc. de los menores delincuentes, lo que es imprescindible para comprender mejor este fenómeno y adecuar las respuestas.

En cualquier caso, el verdadero problema que plantean las estadísticas es que, al igual que ocurre con la delincuencia de adultos y probablemente en mayor intensidad, sólo recogen los delitos denunciados, normalmente los más graves, los cuales únicamente constituyen una parte de los realmente cometidos, desconociéndose el alcance de lo que ha venido a denominarse la “cifra negra” de los delitos cometidos por los menores de edad. En este sentido, se ha afirmado críticamente que “las estadísticas de la delincuencia juvenil pueden indicar, a lo sumo, el grado variable de voluntad, por parte del público y de la policía, de conducir a esta categoría de delincuentes delante de los Tribunales de menores”³. Por otro lado, no puede olvidarse que el índice de criminalidad puede verse alterado por múltiples factores como el hecho de que una ley introduzca nuevos delitos o elimine otros, o simplemente modifique la edad penal.

Así las cosas, un mejor conocimiento de las conductas delictivas de los jóvenes exige acudir a otros instrumentos que ayuden a complementar la información aportada por la estadística “oficial”, como las encuestas a víctimas o las que pudieran realizarse al personal docente. De entre todas las opciones, cabe destacar la técnica del autoinforme, la cual consiste en medir la conducta antisocial de los jóvenes a través de preguntas directas contenidas en un formulario que han de contestar de forma anónima, y sobre cuya probada eficacia existe un importante acuerdo en la comunidad científica.

Ahora bien, el problema es que sólo respecto de algunos países, como EE.UU. o Reino Unido⁴, existen estudios relevantes basados en los datos obtenidos mediante el autoinforme, siendo muy escasos los que engloban a varias naciones⁵. Por otro lado, estos trabajos sólo tienen utilidad cuando esas naciones tienen una cultura similar y una situación económica y social parecida, puesto que la delincuencia de los menores de edad no se manifiesta igual ni tiene las mismas causas en África, en América del Sur o

³ MANNHEIM, H., *Trattato di criminologia comparata*, vol. I, Turín, 1975, pág. 147.

⁴ Ver por todos: RUTTER, M. y GILLER, H., *Delincuencia juvenil*, ed. Martínez Roca S.A., Barcelona, 1988.

⁵ Vid. al respecto: VARIOS, *La delincuencia juvenil en España. Autoinforme de los jóvenes*, ed. Universidad de Castilla la Mancha y el Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 1995, págs. 1-5.

Este estudio constituye el primero realizado en España con la técnica del autoinforme y forma parte de una investigación en la que participan equipos de criminólogos de trece países: Finlandia, Inglaterra, Irlanda del Norte, Holanda, Bélgica, Alemania, Suiza, Portugal, Italia, Grecia, Estados Unidos, Nueva Zelanda y España.

del Norte, o en Europa. Ello sin perjuicio de que pudieran resultar de interés las comparaciones de las tendencias en cada uno de ellos.

Con independencia de los datos y a pesar de que la limitada información de que se dispone no lo corrobora⁶, existe en la conciencia general la impresión de que la delincuencia juvenil en estos años ha aumentado respecto de épocas anteriores, tanto en el número de casos como en la gravedad de las conductas.

En nuestra opinión, esta percepción encuentra su razón de ser en dos factores. Por un lado, en la tendencia humana a considerar, que todo ha empeorado si lo comparamos con épocas anteriores⁷. Y por otro, en el impacto de los medios de comunicación, especialmente los audiovisuales, que actúan como verdaderos “amplificadores” de las noticias, produciendo el efecto en la sociedad de que lo que puede ser sólo anecdótico, por el mero hecho estar presente en esos medios, constituye una realidad permanente⁸. Factores éstos, que se agravan por la dificultad que tiene el ciudadano medio de estar informado adecuadamente, ya que, a pesar de los efectos positivos que tiene, la cantidad de medios de comunicación⁹ exige un esfuerzo enorme en la selección y una gran dosis de sentido crítico frente a los mismos¹⁰. A lo que hay que añadir las dificultades para profundizar y seguir el desarrollo de las noticias que nos interesan, por la tendencia de la mayoría de esos medios a “la última noticia”¹¹.

⁶ Pueden consultarse estudios respecto a Europa, EE.UU. y Japón, y hasta la década de los ochenta, en: RUTTER, M. y GILLER, H., *Delincuencia juvenil*, cit., págs. 75-77.

⁷ Decía San Agustín, ya en el siglo IV, que existen “hombres que protestan de los tiempos actuales y dicen que fueron mejores los de nuestros antepasados; pero esos mismos, si se les pudiera situar en los tiempos que añoran, también entonces protestarían. En realidad juzgas que esos tiempos pasados son buenos, porque no son los tuyos” (*Sermón Caillau--Saint-Yves 2,92: PLS 2,441-552*).

⁸ Recientemente, en nuestro país hemos conocido cómo en una semana dos grupos de menores, acompañados de algún mayor de edad, han agredido y violado a dos chicas también menores, lo que ha provocado la comprensible reacción social de repulsa y una propuesta del partido de la oposición consistente en la reforma de la Ley del menor para reducir la edad de imputabilidad a los 12 años, frente a los 14 actuales, cuando se cometan hechos muy graves. Una posición, a mi juicio, llamativa si se tiene en cuenta que fue ese mismo partido, cuando estaba en el Gobierno, el que aprobó hace ocho años esa misma Ley y apostó por un enfoque claramente educativo y no retributivo.

⁹ La cantidad, de todos modos, es relativa por los procesos de concentración que estas “empresas” están sufriendo desde hace unos años y que, desde luego, no pueden calificarse de beneficiosos para la pluralidad y la objetividad en el tratamiento de las noticias. Un tema interesante relacionado con lo anterior es el de las Agencias de noticias que, a pesar de abarcar a varios países, están fomentando un “localismo” informativo, que margina culturas e ideas.

¹⁰ Piénsese, por ejemplo, en la televisión, donde la cantidad de cadenas (internacionales vía satélite, nacionales, autonómicas, locales, temáticas, por cable, etc.) hace que la oferta sea inabarcable.

¹¹ En este sentido, Juan Pablo II en un discurso dirigido a unos periodistas italianos en el año 2001 afirmó que “la sociedad de hoy siente un fuerte deseo de bien, que no siempre encuentra respuesta en los diarios o los informativos audiovisuales, donde se valoran los acontecimientos con criterios más comerciales que sociales. Se tiende a destacar los sensacionalista respecto a lo que ayudaría a entender mejor los acontecimientos del mundo”. Para evitarlo, consideraba urgente que los informadores cristianos actuasen junto con todas las personas de buena

Impresiones aparte, lo que sí se ha podido constatar es la creciente participación de las mujeres en esta clase de delincuencia y la extensión de este fenómeno a una parte de la población adolescente que, hasta ahora, no constituían el estereotipo del delincuente juvenil “tradicional” (joven con nulos o pocos estudios, proveniente de una familia de bajos recursos económicos y desestructurada o conflictiva, y que suele pertenecer a grupos marginales), por cuanto en estos años se han incorporado jóvenes escolarizados, cuyo entorno social y familiar no es problemático, y que pertenecen a las clases medias e, incluso, altas¹².

Por último, esta introducción estaría incompleta si no hiciéramos una delimitación del objeto de nuestro trabajo. Lo más importante es que, tratándose de una revista no jurídica, estas páginas pretenden ser una reflexión general sobre la delincuencia juvenil, realizadas por un jurista, pero sin querer hacer un estudio pormenorizado de las disposiciones contenidas en un ordenamiento jurídico determinado, lo cual no significa excluir referencias concretas, particularmente del español, cuando sea necesario para su mejor comprensión.

En segundo lugar, no vamos a tomar en consideración aquellas conductas protagonizadas por los menores de edad, que puedan calificarse de “diferentes”, “provocadoras” o “incómodas” para la sociedad y que no están tipificadas en un código o norma penal¹³. Una clase de comportamiento que puede ser rechazable, por perjudicial para la persona misma y/o la sociedad, pero que la mayoría de las veces encuentra su causa en la propia condición de adolescente del sujeto actor, que actúa de ese modo como medio de autoafirmación, simplemente para llamar la atención o como forma de huir de una situación de sufrimiento que le resulta insoportable, y cuya corrección debe circunscribirse al ámbito familiar y, en su caso, escolar.

Finalmente, tampoco vamos a tratar aquellas situaciones de desprotección, riesgo o desamparo en las que pueden encontrarse los menores de edad y que son de

voluntad a favor de un mayor respeto a la verdad, “prestando atención a lo positivo y evitando dar excesivo relieve a los hechos negativos se puede ayudar al nacimiento de un nuevo humanismo”.

¹² FUNES, J., “Sobre las nuevas formas de violencia juvenil”, en *Legislación de menores en el siglo XXI: Análisis de Derecho comparado*, ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, págs. 250-251. Afirma este autor, sin embargo, que, en realidad, lo que se ha producido es una salida a la superficie de conductas transgresoras de las leyes, pero sobre las cuales el control social era más efectivo (Op. cit., pág. 251).

¹³ Podrían citarse varios, pero quizás por su frecuencia y gravedad el consumo de alcohol y/o drogas constituye el caso paradigmático. Sobre todo, si se tiene en cuenta que en muchos países (especialmente europeos), el consumo de estas sustancias no es ni siquiera una infracción administrativa.

apreciación por las Administraciones Públicas, ni en las diversas medidas que cabe adoptar para paliarlas: tutela, guarda, acogimiento familiar o adopción. Esta función es la denominada de “protección”, frente a la “reformadora o correctora”, que es la que desarrollan los tribunales de menores que juzgan los delitos y faltas cometidos por éstos¹⁴.

2.- El perfil biopsicosocial del adolescente.

Como luego veremos, la respuesta que el ordenamiento jurídico da a la delincuencia juvenil es muy distinta a la de los adultos y se justifica en las diferencias biológicas y psicológicas que existen entre estos dos grupos de personas¹⁵. Además, conocer el perfil biológico, psicológico y social del adolescente nos va a ayudar en cuatro ámbitos fundamentales¹⁶. El primero, en el causal-explicativo, ya que va a permitir comprender las conductas criminales de los jóvenes y su verdadero significado. El segundo, en el represivo, por cuanto que esa información permite escoger la respuesta más adecuada a este fenómeno. En tercer lugar, el terapéutico, al permitir aplicar técnicas de intervención adaptadas a la personalidad de los adolescentes. Y

¹⁴ Tradicionalmente, tanto la función de “protección” como la “reformadora o correctora”, era asumida por los órganos encargados de juzgar a los menores delincuentes, como consecuencia de la influencia de las corrientes positivistas y correccionistas imperantes en Europa desde el siglo XIX hasta casi mediados del XX, las cuales consideraban al juez un benefactor y al delito cometido por un menor un accidente en su historia, fruto de la desprotección y la falta de apoyo moral, y que hoy están totalmente abandonadas.

Según afirma CUELLO CALÓN (*Tribunales para niños*, Madrid, 1917, págs. 98-99), “este es... el verdadero sentido del Tribunal juvenil: proteger y tutelar a todos los niños abandonados, a todos los maltratados... sean o no delincuentes. El hecho de que el niño haya delinquido, en la mayor parte de los casos no es más que un accidente; muchos menores que legalmente no han infringido las leyes, son más peligrosos y se hallan más necesitados de asistencia reformadora que otros que ya han cometido delitos. Así, pues, la acción paternal del juez de niños no debe limitarse sólo a los delincuentes; si así sucediera, quedarían fuera de su esfera de acción precisamente aquellos más necesitados de su benéfica intervención”.

No obstante, y aunque no lo compartimos, en la actualidad algunos profesionales vinculados al campo de los menores abogan por la reunión de nuevo de las funciones protectora y correctora en un mismo órgano, al entender que el menor desatendido es un potencial delincuente y, a *sensu contrario*, el menor delincuente lo es, porque algo ha fallado en su entorno familiar o social (PILES GIMENO, C., “Análisis de L.O. 4/92, reguladora de la Competencia y Procedimiento de los Juzgados de Menores. Aspectos Positivos y Negativos”, en *Secretarios de Menores*, Madrid, 1997, pág. 247).

¹⁵ Como se ha afirmado, “la respuesta que se arbitre a la problemática suscitada por estos infractores no puede ser un mero sucedáneo o remedo de la que se dispense a los adultos, ni tampoco una simple atenuación de esta última, sino una respuesta *ad hoc* ajustada a las características y exigencias singulares del fenómeno contemplado” (GARCÍA-PABLOS, “Presupuestos criminológicos y político-criminales de un modelo de responsabilidad de jóvenes y menores”, cit., pág. 264).

¹⁶ GARCÍA-PABLOS, “Presupuestos criminológicos y político-criminales de un modelo de responsabilidad de jóvenes y menores”, cit., págs. 265-266.

finalmente, en el preventivo, porque un programa eficaz sólo puede diseñarse partiendo de la realidad juvenil.

Centrándonos ya en la descripción de ese perfil, el joven es, frente a un adulto, una persona en desarrollo físico, moral e intelectual, lo que determina su percepción de la realidad y su comportamiento, y por lo tanto su posible responsabilidad penal. En concreto, es posible distinguir diversas etapas en el desarrollo humano¹⁷. Siguiendo los postulados de la psicología evolutiva de tipo cognitivo y dependiendo de los autores, podemos hablar de etapa prenatal, primera infancia, segunda infancia, tercera infancia y adolescencia. Otros se refieren al embarazo o tiempo de desarrollo prenatal, período del recién nacido, período de lactancia, primera niñez, media niñez, última niñez y edad de madurez. Finalmente, el DSM-III-R y el DSM-IV-R (Manual de diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales de la American Psychiatric Association) distinguen entre infancia (los primeros tres años), niñez (de tres a doce años) y adolescencia (desde los doce hasta los dieciocho años).

Partiendo de esa diferenciación, así como del reconocimiento de que cada una de estas etapas tiene sus peculiaridades y, desde luego, su importancia en la formación de la persona, es a la adolescencia a la que tenemos que referirnos. Básicamente, esta etapa de transición entre la niñez y la edad adulta comienza con la pubertad y su final suele cifrarse en los dieciocho años, si bien en la medida que la adolescencia es más un concepto cultural, dependerá del momento histórico y de la sociedad de que se trate¹⁸.

Lo que caracteriza a este período son los importantes cambios físicos que se producen y, en particular, por que se alcanza la madurez sexual, desde un punto de vista biológico. Pero los cambios no son exclusivamente físicos, ya que son todos los niveles de la persona los que evolucionan, existiendo además una interrelación entre

¹⁷ Vid. al respecto: SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *Minoría de edad penal y derecho penal juvenil*, ed. Comares, Granada, 1998, cit., pág. 133.

¹⁸ Piénsese, por ejemplo, en que el mercado laboral o la tecnología y la correlativa preparación de los individuos que exige ésta, implican un retraso en su incorporación a la sociedad de una forma plena. En efecto, los jóvenes de las sociedades avanzadas económicamente tardan cada vez más en alcanzar la autonomía familiar, contraer matrimonio o incorporarse de una forma plena al mercado laboral. No existen, como en otras culturas, ritos que expresen la incorporación de sus miembros a la pubertad, primero, y al mundo adulto, después. Peor aún, en nuestras sociedades no están definidos claramente las exigencias, el rol, de la edad adulta, por lo que la confusión de los jóvenes es todavía mayor.

los diferentes planos, de tal forma que las variaciones en uno pueden adelantar o retrasar la evolución de los otros¹⁹.

Concretamente, en el plano psicológico, se produce una aceleración del desarrollo cognitivo y de la formación de la personalidad, que ha de finalizar con la asunción del papel parental y laboral adulto. Se descubre el yo, la vida interior personal, y por analogía la de los demás (introversión activa). A lo que sigue la introspección, esto es, el análisis de sus experiencias, recuerdos, sentimientos, ideas, etc., y la posibilidad de tenerlos en cuenta en sus comportamientos futuros. Todo ello aderezado de una buena dosis de amor hacia sí mismo y, paralelamente, de una búsqueda de identidad personal.

En segundo lugar, en el plano sexual, se producen un conjunto de experiencias y sensaciones físicas desconcertantes para el adolescente, que quiebran las estructuras psicosexuales de la infancia y conducen a no pocos conflictos.

Por último, en el plano social, este período constituye el de preparación intensiva para asumir el rol de adulto: la incorporación al trabajo y la asunción de responsabilidades y cargas familiares y sociales. Pero además, es un tiempo en el que el joven sufre unas tendencias, a veces, contradictorias. Por una parte, aparece en él un fuerte individualismo, que se concreta en unos deseos fervientes de independencia y autoafirmación, que le conducen en una actitud crítica e inconformista frente a los padres, profesores y el mundo adulto en general. Lo cual puede explicar problemas de adaptación social posteriores. Y por otro, como contrapuesto a lo anterior, es característico en el adolescente un sentimiento-necesidad de comunicación con los demás y un alto sentido de la solidaridad hacia el otro. Ahora bien, dirigidos hacia una o varias personas (en realidad, pocas) en las que confía. Esto explicaría, en parte, la pertenencia (en el sentido, muchas veces, de dependencia) a determinados grupos patológicos o a las bandas juveniles.

3.- ¿Qué se entiende por delincuente juvenil?

¹⁹ Seguimos aquí a SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *Minoría de edad penal y derecho penal juvenil*, cit., págs. 142 y ss.

Por delincuente juvenil hay que entender la persona que no habiendo cumplido la mayoría de edad ha infringido una norma penal. Dos son, por consiguiente, las notas que lo definen: que se trate de un menor de edad y que la conducta, ya sea por acción u omisión, esté tipificada penalmente. Esta segunda condición, derivada del principio de legalidad penal, se concreta en la mayoría de países en una remisión al código penal de adultos en lo que a la definición del comportamiento que se quiere sancionar se refiere. Respecto a la consecuencia jurídica, es decir, la medida o pena a imponer al infractor²⁰, se establece en una norma con rango de ley distinta de la anterior, la cual es de exclusiva aplicación a los menores que han delinquido. En los ordenamientos de otras naciones, sin embargo, la definición de los tipos penales también se realiza en esa norma especial para los menores.

Cuál de estas opciones sea la mejor, no es fácil decirlo. La primera tiene la ventaja de evitar duplicidades y, sobre todo, la tentación de criminalizar determinados comportamientos de la juventud “incómodos” para la sociedad adulta. La segunda posibilidad permite, por el contrario, una mayor adecuación a la realidad juvenil y una mayor precisión en la definición de los tipos penales, lo que evitará situaciones absurdas²¹.

Por otra parte, la minoría de edad, desde un punto de vista jurídico-penal, es una causa de exclusión de la culpabilidad, por ausencia de uno de sus elementos constitutivos, la imputabilidad, que se configuraría de este modo como la capacidad de culpabilidad, entendida ésta, como la capacidad de comprensión del significado antijurídico del hecho y de actuar conforme a dicha comprensión²². Las consecuencias de este planteamiento son que la minoría de edad puede afectar a la responsabilidad penal excluyéndola, o no excluirla pero implicar la imposición de sanciones específicas,

²⁰ Con independencia de cómo se las denomine, las “medidas” que se imponen a los menores infractores constituyen auténticas “penas”, por cuanto tienen carácter retributivo y sancionador, sin perjuicio de perseguir a la vez finalidades educativas. Como se ha señalado al respecto (SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M.I., *Minoría de edad penal y derecho penal juvenil*, cit., págs. 163-165), “es preciso... que en la elaboración de las leyes penales juveniles se realice un esfuerzo en orden a la clarificación de las consecuencias jurídico-penales diseñadas para el joven delincuente, que debe alcanzar a la precisión de su naturaleza y de los criterios de imposición y ejecución. En lo que concierne a las medidas de corrección y seguridad, debe subrayarse igualmente su carácter educativo”. En este sentido, el que la sentencia sólo establezca el límite máximo de la medida posibilitando el acortamiento de la misma cuando la evolución del menor lo permita facilita la finalidad educativa, que debe caracterizar esta clase de normativas.

²¹ Estamos pensando, por ejemplo, en los casos de relaciones carnales entre menores, que podrían llegar a ser calificados como abusos sexuales y ser objeto, por consiguiente, de un proceso que acabara con la imposición de una pena.

²² Para la evolución del concepto de imputabilidad como capacidad de culpabilidad, vid. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *Minoría de edad penal y derecho penal juvenil*, cit., págs. 6-30.

o bien de sanciones ordinarias atenuadas; o puede tomarse en consideración a efectos penitenciarios, determinando que el cumplimiento se realice en establecimientos especiales; o a efectos procesales, sometiendo al menor infractor a un procedimiento especial ante un órgano distinto del que juzga a los delincuentes mayores de edad²³.

Con carácter general, puede afirmarse que la tendencia en los diferentes ordenamientos jurídicos ha sido considerar la minoría de edad como causa de exclusión de cualquier responsabilidad penal y, a la vez, de la aplicación del Derecho Penal y Procesal de adultos, remitiendo a los jóvenes a uno especial. Para ello, lo que se ha hecho ha sido fijar, de acuerdo con criterios diversos, dos límites de edad diferentes. En España, por ejemplo, habiéndose fijado constitucionalmente la mayoría de edad en los dieciocho años, a los delincuentes de edades comprendidas entre los catorce y los dieciocho se les aplica el Código Penal de los adultos para la tipificación de sus conductas y una ley especial para los aspectos procesales y las medidas a imponer. Por debajo de los catorce, los menores infractores no son responsables penalmente, por lo que se les remite a las autoridades administrativas encargadas de la función de protección, a la que nos referíamos en la introducción de este trabajo.

Hay que tener en cuenta, no obstante, que los ordenamientos de algunos países (casos de Alemania e Italia, entre otros) en el tramo de responsabilidad penal distinta de la de los adultos exigen, junto con la edad, una capacidad de “discernimiento”. Es decir, que para concluir la inimputabilidad de un joven se requiere que, además de ser menor de edad, se demuestre que es incapaz psíquicamente para comprender el significado antijurídico de su conducta. Nos encontramos de este modo con dos sistemas posibles: el biológico puro, que atendería exclusivamente a la edad, y el mixto²⁴, que considera la edad una condición necesaria, pero no suficiente, siendo imprescindible además una capacidad intelectual y volitiva, que es en lo que se traduce actualmente el “discernimiento”²⁵.

No obstante y aún tratándose de una cuestión muy debatida, de los dos sistemas, el biológico puro es el que nos parece superior por la seguridad jurídica que

²³ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *Minoría de edad penal y derecho penal juvenil*, cit., págs. 3-4.

²⁴ Existiría un tercer sistema, el psicológico puro, que por su falta de plasmación práctica no hemos reflejado en el texto, y que consistiría en exigir capacidad de “discernimiento” en cada caso concreto para establecer su responsabilidad penal, prescindiendo de cualquier referencia a la edad.

²⁵ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *Minoría de edad penal y derecho penal juvenil*, cit., págs. 30 y ss.

implica, pero sobre todo porque en la adolescencia la personalidad del joven es incompleta y si bien ya ha adquirido nociones, como la de justicia heterónoma, rasgos, como la capacidad de razonamiento, de pensamiento abstracto o la de autodeterminación, están todavía en desarrollo²⁶. Son estas carencias en la capacidad de comprensión intelectual, en la voluntad o en las emociones las que hacen imposible una equiparación de la responsabilidad penal de los jóvenes con la de los adultos²⁷. En cuanto al hecho de que estas capacidades se encuentren de forma diferente en cada joven no resta valor a la conclusión expuesta, sino que ese grado de “discernimiento” ha de servir para decidir la naturaleza y el tiempo de la medida que se decida imponer en cada caso²⁸.

Por su parte y dejando a un lado el diferente valor de cada una de las disposiciones²⁹, la normativa internacional aplicable a esta materia sólo toma en consideración la edad. En concreto, se afirma que niño es todo ser humano menor de

²⁶ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *Minoría de edad penal y derecho penal juvenil*, cit., págs. 155-156.

²⁷ Consideramos de gran interés el estudio del desarrollo moral del niño, tanto de su capacidad de comprensión del valor moral de la conducta, como de la del obrar moral. Puede verse al respecto la síntesis expuesta por SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ en su obra *Minoría de edad penal y derecho penal juvenil* (Op. cit., págs. 146-152), si bien debemos advertir nuestro desacuerdo con una opinión de PIAGET que se recoge allí, la cual considera que tanto lo moral como lo racional no son innatos en la conciencia individual, sino producto del desarrollo del sujeto en sociedad. A nuestro juicio, y reconociendo la necesidad de su desarrollo, ambas cualidades estarían presentes en el hombre desde el momento de su concepción, si bien en potencia. En este sentido, se afirma en el Catecismo de la Iglesia Católica (núm. 1730), que “Dios ha creado al hombre racional confiriéndole la dignidad de una persona dotada de la iniciativa y del dominio de sus actos”.

²⁸ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *Minoría de edad penal y derecho penal juvenil*, cit., pág. 157. Afirma además esta autora (Op. cit., págs. 157-158) que tampoco la experiencia de los países cuyos ordenamientos condicionan la responsabilidad penal de los jóvenes al examen individual de la capacidad de culpabilidad es satisfactoria.

²⁹ Los niños han sido objeto de una especial protección por esta clase de normas, como reacción a los abusos que han sufrido a lo largo de la historia y, desgraciadamente, todavía sufren en muchos lugares del mundo. En este sentido, se comprende que en un tema, como el de su enjuiciamiento, las organizaciones internacionales más importantes hayan aprobado diversas disposiciones para regularlo, que constituyen verdaderos derechos humanos, porque el niño o el joven, independientemente de su sexo, es una *persona* al fin y al cabo.

Cuestión distinta es el concreto valor que haya que atribuir a esas regulaciones, ya que algunas de ellas *per se* no son verdaderas normas jurídicas. El tema tiene importancia porque son muy variados los órganos que han aprobado disposiciones sobre esta materia: La Asamblea General de las Naciones Unidas, el Consejo de Europa o el Parlamento Europeo. Además, no tiene el mismo valor una norma internacional con rango de tratado, que las denominadas “recomendaciones”, “directrices” o determinadas “resoluciones”, como las del Parlamento Europeo. A lo que habría que añadir que, como siempre ocurre en el Derecho Internacional, el principio del respeto a la soberanía de los Estados provoca una tensión muy difícil de resolver entre las que sí constituyen verdaderas normas jurídicas y las internas. Sobre todo en aquellos casos en los que los ordenamientos jurídicos nacionales no han previsto mecanismos de reconocimiento o incorporación de las normas internacionales, probablemente por ser anteriores al fenómeno de la internacionalización de los derechos humanos.

El primer paso para resolver esta cuestión es caer en la cuenta de que la denominación que se les ha dado no es determinante de su naturaleza jurídica. Así, una expresión como “declaración”, es utilizada para referirse, si bien con matices, a una auténtica norma (por ejemplo, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 o la de Derechos del Niño de 1959) y otra, como “resolución”, sin embargo, no (por ejemplo, las “resoluciones” del Parlamento Europeo). No obstante, en otros casos, la denominación utilizada, sí que va a resultar indicativa del valor de la “norma” (por ejemplo, el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos de 1950 o la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 tienen valor de tratado internacional).

dieciocho años³⁰ y que a efectos penales es ésta la edad mínima para exigirle responsabilidad³¹, pero sin imponer ningún sistema en cuanto a la determinación concreta de la responsabilidad, que queda así a la discreción de cada país.

Por último, la doctrina jurídica ha llamado la atención sobre la necesidad de establecer un período de transición entre el Derecho Penal juvenil y el de adultos, que atienda al joven adulto delincuente, dada su personalidad todavía inmadura y al hecho de que cada vez más se está retrasando su incorporación efectiva al mundo adulto. Estos jóvenes entre dieciocho y veintiuno o, incluso, veintitrés años constituyen un colectivo muy sensible a las condiciones ambientales adversas y, por consiguiente, a la desviación. Así las cosas, los diferentes ordenamientos jurídicos tienden a suavizar la respuesta penal frente a los delitos cometidos por los jóvenes adultos³². Unas veces, mitigando la respuesta judicial (reducción de la duración de la pena, cumplimiento en establecimientos especiales atendidos por personal especializado, medidas educativas, etc.), y otras, asimilándolos a los menores delincuentes cuando se den determinadas circunstancias³³.

4.- Las causas de la delincuencia juvenil.

Una labor eficaz de prevención de la delincuencia juvenil exige un previo conocimiento de las causas que la originan. El problema es que esa determinación constituye una tarea ardua. Los psicólogos y criminólogos que se han dedicado durante muchos años a su estudio no han llegado hasta ahora a resultados concluyentes. Ni siquiera puede afirmarse que hoy exista un perfil preciso del delincuente juvenil. A lo más que se ha podido llegar, partiendo de los datos que nos aporta la realidad criminal,

³⁰ Así se afirma en el artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas (Resolución 1.386 (XIV), de 20 de noviembre de 1989). Paradójicamente, la Declaración de los Derechos del Niño [Resolución 1386 (XIV), de 20 de noviembre de 1959, de la Asamblea General de las Naciones Unidas] no define lo que entiende por niño, ni hace referencia alguna al posible enjuiciamiento del mismo.

³¹ Las denominadas Reglas Mínimas para la Administración de Justicia de Menores o Reglas de Beijing, aprobadas por la Resolución 40/33, de 29 de noviembre de 1985, de la Asamblea General de las Naciones Unidas, sin concretar una edad exacta, establecen en su artículo 4 que no podrá fijarse “a una edad demasiado temprana habida cuenta de las circunstancias que acompañan a la madurez emocional, mental e intelectual”. La Resolución del Parlamento Europeo A3-0172/92, de 8 de julio, sobre una Carta Europea de Derechos del Niño, sin embargo, sí que fija expresamente la edad de dieciocho años como la mínima para exigir responsabilidad penal a un menor (artículo 8).

³² SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *Minoría de edad penal y derecho penal juvenil*, cit., págs. 117-121 y 167-169.

³³ Este es el caso de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, de Responsabilidad Penal de los Menores, actualmente vigente en España (artículo 4).

es a establecer algunas circunstancias que podrían considerarse favorecedoras de conductas desviadas, pero no determinantes, ya que, como también demuestra la realidad, dos sujetos en la misma situación no reaccionan del mismo modo y otros dos, cada uno en contextos diferentes, pueden llegar al mismo resultado delictivo. Aún más, y aunque parezca provocador decirlo, la mayoría de los adultos han delinquido alguna vez en su adolescencia³⁴.

Llegado este punto, se suele afirmar que no se ha estudiado suficiente, que todavía hay muchas cosas que no sabemos... y es cierto. A pesar de los importantes avances, nuestros conocimientos biológicos, genéticos, o psicológicos sobre la persona son aún escasos... Pero lo que de alguna manera se está sugiriendo es que el desarrollo de estas ciencias permitiría fijar las causas de la delincuencia. Sin embargo, el delito es siempre imprevisible. No existe un determinismo causal en la comisión de un crimen concreto. Sólo *a posteriori*, y no siempre, es posible conocer los motivos por los que una persona ha delinquido. Existe un factor, una *ultima ratio* diríamos, que es la libertad individual, y cuya incidencia en el proceso psicológico del acto humano (conocer-decidir-actuar) nos es todavía desconocida, pero que indudablemente ha de influir³⁵, incluso en las conductas de los menores de edad, a los cuales en tanto que personas humanas se les ha de presuponer, si bien disminuida porque todavía están formándose³⁶.

Centrándonos ya en las concretas causas de la delincuencia juvenil, a lo largo de los años se han ido proponiendo y estudiando muchos factores que podrían explicarla, como la genética, la biología, la psicología, la situación económica, social, o familiar del

³⁴ En este sentido, según confirma un estudio realizado (VARIOS, *La delincuencia juvenil en España. Autoinforme de los jóvenes*, ed. Universidad de Castilla-La Mancha y el Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 1995, pág. 37), en la década de los noventa y en España un 81,1 % de la muestra entrevistada admitía haber cometido algún tipo de delito "alguna vez en su vida", y un 57,8 % de la misma reconocía haberlo durante el "último año". Si bien hay que decir que en estos porcentajes se incluía el consumo de drogas, aunque no las denominadas conductas problemáticas, como el consumo de alcohol.

³⁵ El tema de la libertad en el Derecho Penal es complejo y si bien las cosas no han estado siempre claras, hoy parece existir acuerdo en el rechazo a las doctrinas deterministas de la culpabilidad. Como se ha afirmado, sólo el reconocimiento de la libertad da sentido a la existencia de la Ética y del Derecho. Aún más, la existencia de la norma sólo se justifica si se dirige a seres racionales y libres. Y si bien es cierto que no es posible demostrar empíricamente la existencia de la libertad humana, constituye un presupuesto normativo, una regla del juego social. Hasta el punto esto debe ser así, que su negación conduce a la negación del propio Derecho y de sus garantías. Aún más, considerar al hombre causalmente determinado contradice el valor de la dignidad humana (SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *Minoría de edad penal y derecho penal juvenil*, cit., págs. 27-28).

³⁶ Como ya hemos dicho, todo ser humano desde su concepción es libre, pero las condiciones físicas y psicológicas de algunas personas (enfermos mentales, niños y adolescentes, por ejemplo), limitan su ejercicio efectivo, lo que obliga a establecer restricciones legales en beneficio de ellos mismos y de la sociedad.

menor delincuente y sus carencias educativas o afectivas; incluso se han tomado en consideración variables como el sexo o la raza³⁷. Recogiendo todos esos factores se han ofrecido diversas teorías explicativas de esta clase de delincuencia³⁸:

a) Teorías biológicas: Son las más antiguas. Concretamente, LOMBROSO fue el primero en desarrollar una teoría científica explicativa de la delincuencia, sin distinguir entre jóvenes y adultos, fijándose para ello en los rasgos físicos y psicológicos de los sujetos. Después vendría el “constitucionalismo” de SHELDON, afirmando que los delincuentes juveniles tienden a ser musculosos y de temperamento agresivo. Y finalmente, el modelo biosocial de JEFFERY, que concluye que aunque la delincuencia no se hereda, en el cerebro se halla presente una preparación bioquímica para este comportamiento. De forma que si interacciona con un determinado ambiente, producirá la delincuencia.

b) Teorías psicológicas: Dentro de éstas, puede decirse que existen dos grandes grupos. Aquéllas que se centran en el individuo y otras que lo ponen en relación con la sociedad en la que viven. A estas segundas nos referiremos cuando hablemos de las psicopsicológicas.

De las que se centran en el individuo, destaca en primer lugar la psiquiátrica-psicoanalítica, que parte de los postulados sugeridos por FREUD. La conclusión a la que llega esta teoría es que la delincuencia es el síntoma de conflictos internos de la persona en el nivel inconsciente de la misma, por lo tanto fuera del control de su razón, pudiendo hablarse de una enfermedad, que si no es tratada empeorará. En segundo lugar, puede citarse la teoría de EYSENCK, que considera la delincuencia como un fruto del fracaso del sujeto actor en aprender las normas sociales. Un aprendizaje que debe elaborarse a partir del condicionamiento (si un niño comete una acción inadecuada o predelictiva debe ser castigado). Ahora bien, según este autor, no se puede descuidar el componente biológico, puesto que la personalidad, determinada

³⁷ No nos consta que se haya hecho y parece de interés a efectos preventivos que se estudiaran las causas en relación con los concretos delitos cometidos por los menores.

³⁸ Seguimos aquí a GARRIDO GENOVÉS, V., *Delincuencia juvenil. Orígenes, prevención y tratamiento*, ed. Alhambra, Madrid, 1987, págs. 50 y ss.

genéticamente, facilita o dificulta ese aprendizaje. Asimismo, el ambiente, en particular el familiar, puede inhibir o acrecentar el riesgo de actos antisociales³⁹.

c) Teorías sociopsicológicas⁴⁰: estas teorías parten de la vinculación entre el medio ambiente y la persona que interacciona con él, y afirman que la delincuencia es un fenómeno aprendido. En este sentido, la relación que tienen, el ejemplo y la influencia de la familia, el colegio, los amigos e incluso los medios de comunicación determinan el comportamiento de los menores⁴¹, ello sin desprestigiar los factores internos y psicológicos de éstos.

Entre las diversas aportaciones de estas teorías está el haber llegado a la conclusión de que, en realidad, los jóvenes delincuentes no forman una subcultura distinta del resto de jóvenes y, por lo tanto, han de tener una excusa que les permita delinquir sin sufrir ningún remordimiento. Así, y además de tener un alto sentido de injusticia por el trato que reciben de la sociedad –ellos mismos, su familia o sus amigos– desarrollan técnicas de neutralización de la culpa, como negar que se haya producido daño alguno como consecuencia de su conducta.

d) Teorías sociológicas⁴²: En conjunto, estas teorías consideran que la causa de la delincuencia juvenil se encuentra fuera del individuo, en el ambiente o medio social. Suelen dividirse en estructurales y subculturales. Las primeras estiman que la delincuencia surge cuando los sujetos, desiguales socialmente, intentan obtener los objetos culturalmente deseables (dinero, prestigio, poder, etc.). Las segundas, afirman

³⁹ A pesar de que algunos autores consideran la teoría de EYSENCK sociopsicológica, la importancia que éste otorga al componente personal justifica su inclusión entre las teorías psicológicas.

⁴⁰ Entre ellas cabe citar “la del aprendizaje social”, “la de la asociación diferencial de Sutherland”, “la de la deriva de Matza”, “la del control de Hirschi” y “la del desarrollo cognitivo o del juicio moral”.

⁴¹ Pensamos que es de sumo interés el estudio sobre la influencia de los medios de comunicación, sobre todo de la televisión -a lo que habría que añadir la visita continuada a determinadas páginas en Internet, así como jugar a juegos violentos con la videoconsola o el ordenador-, en el comportamiento infantil y juvenil y en concreto su incidencia en la delincuencia de los niños. De todos modos, y sin perjuicio de su posible revisión, los datos de que disponemos establecen que el impacto del cine y de la televisión es bastante pequeño cuando se pone en relación con otros factores causales. Aunque en los menores que ya son agresivos o tienen una tendencia hacia la delincuencia la visión prolongada de programas violentos puede producir algún efecto en la predisposición de estos sujetos a comportamientos antisociales (RUTTER, M. y GILLER, H., *Delincuencia juvenil*, cit., pág. 161). Posiblemente, la influencia más perniciosa de la televisión se encuentra en el hecho de que vende un modelo de felicidad inalcanzable para muchas personas con comportamientos adecuados a las normas. En este sentido, un deseo frustrado puede ser origen de una conducta desviada (FUNES ARTIAGA, J., *Sobre las nuevas formas de violencia juvenil*, en “Legislación de menores en el siglo XXI: análisis de derecho comparado”, ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, pág. 256).

⁴² Dentro de éstas podemos situar “la de la oportunidad diferencial”, “la de la reactividad de Cohen”, “la de la subcultura de Miller”, o “la del etiquetado”.

que la delincuencia es el resultado de un conflicto normativo entre la sociedad dominante y ciertos subgrupos.

De entre estas teorías queremos destacar la del “etiquetado”, por cuanto su influencia ha sido decisiva en la búsqueda de respuestas a esta delincuencia alternativas a la vía judicial. En esta teoría la atención se desplaza desde la conducta del delincuente al funcionamiento del sistema legal de una sociedad. Entiende que la Policía y los Tribunales son los que crean el fenómeno de la delincuencia al “etiquetar” a unos sujetos como “delincuentes”. A lo que hay que añadir la estigmatización que la sociedad en general realiza de los que se desvían. Esto produce que el adolescente tienda a comportarse de acuerdo con esa imagen de delincuente que los demás tienen de él y que, a la postre, es la que él tiene también de sí mismo por influencia de aquéllos. Además, existen ciertos jóvenes que tienen mayores probabilidades de ser “etiquetados”, como son los que pertenecen a las clases sociales bajas y/o constituyen minorías étnicas. Ha sido precisamente este efecto negativo del sistema legal el que ha provocado una desjudicialización en el tratamiento de los menores delincuentes y la huida hacia otras fórmulas a las que después nos referiremos.

e) Teorías integradoras: La idea de que pudiera existir una explicación teórica del delito que lo abarcara todo se ha demostrado que es absurda. La variedad y la cantidad de actividades delictivas no pueden ser explicadas con una única teoría. Ahora bien, eso no significa que las teorías sean inútiles, puesto que constituyen el medio idóneo para ordenar las ideas y dar sentido a los fenómenos que la realidad proporciona.

Así las cosas, han sido varios los autores empeñados en integrar algunas de las distintas teorías expuestas con el fin de dar una explicación satisfactoria y plena a la delincuencia juvenil. Han combinado para ello, por ejemplo, la teoría del control y del etiquetado, destacando a la vez la importancia de las circunstancias ambientales⁴³. O bien se han apoyado en la idea del aprendizaje social, la predisposición individual de EYSENCK, y la teoría del etiquetado⁴⁴. El mérito de estas teorías se encuentra en que consideran los factores individuales (biológicos y psicológicos), psicosociales y sociales como complementarios, lo que las acerca más a la realidad.

⁴³ En este sentido, la teoría integradora de ELLIOT.

⁴⁴ Se trata de la teoría integradora de FELDMAN.

Con todo, el tema de las causas de esta clase de delincuencia no está en absoluto cerrado. En nuestra opinión, es necesario continuar estudiando, sobre todo en dos líneas. La primera debería centrarse en el consumo de las drogas y el alcohol, pues éste conduce muchas veces a comportamientos delictivos, pero lo que sobre lo que en el fondo deberíamos preguntarnos es por los motivos que llevan a un niño o a un joven a consumir este tipo de sustancias. Y la segunda, tendría que analizar las recientes formas de delincuencia juvenil, pues algunas de ellas tienen componentes nuevos que inducen a pensar que estamos ante causas distintas de las expuestas. Nos estamos refiriendo, por ejemplo, al incremento de la violencia –un fenómeno que debería ser objeto de un estudio monográfico⁴⁵- y la participación directa o la colaboración en actos terroristas⁴⁶ o, en algunos casos, xenófobos.

5.- La prevención de la delincuencia juvenil.

La prevención es “una acción social que tiene por objeto evitar la aparición de fenómenos o conductas potencialmente peligrosas” y se contrapone al control, que implica reaccionar frente al delito cometido⁴⁷. Se pueden distinguir tres clases de prevención⁴⁸, aunque *stricto sensu* sólo las dos primeras constituirían labor preventiva:

a) Primaria: es la dirigida a un amplio sector de población de una área determinada, independientemente del riesgo que cada persona tiene de cometer algún delito. Normalmente se concretan en estrategias dirigidas a aumentar el bienestar de ese grupo de individuos.

b) Secundaria: es la que se encamina hacia personas o grupos en los que se han detectado ya problemas o conductas que, de no impedirlo, pueden derivar en la comisión habitual de delitos.

⁴⁵ Nos parece de vital importancia buscar las causas de este aumento de la violencia, que aunque no es patrimonio de los delincuentes jóvenes desde luego, cada vez hacen mayor uso de ella.

Puede verse al respecto, FUNES, *Sobre las nuevas formas de violencia juvenil*, cit., págs. 247 y ss.

⁴⁶ Aquí incluiríamos cualquier actividad de apoyo o propaganda, implícita o explícita, al terrorismo, como la participación en manifestaciones ilegales, las amenazas o agresiones personales, la extorsión, o la creación de un ambiente en la calle de constante enfrentamiento, a través de las denominadas “pintadas” en las paredes, quema del mobiliario urbano público o de bienes privados (coches, oficinas bancarias, concesionarios de vehículos, o locales de reunión), etc.

⁴⁷ GARRIDO GENOVÉS, *Delincuencia juvenil. Orígenes, prevención y tratamiento*, cit., pág. 79.

⁴⁸ GARRIDO GENOVÉS, *Delincuencia juvenil. Orígenes, prevención y tratamiento*, cit., pág. 80.

c) Terciaria: es la que se dirige a los jóvenes que ya han entrado en contacto con el sistema policial y legal por haber delinquido, siendo su finalidad la de prevenir la aparición de futuros comportamientos delictivos. Así definida, esta clase de prevención, al incardinarse en una acción más amplia de corrección del delito cometido, se identificaría con el tratamiento, el cual persigue ambas finalidades.

Por otro lado, la prevención debe actuar coordinadamente en dos planos. Uno, el estructural, que pretende cambiar las condiciones sociales generadoras o, por lo menos, favorecedoras de conductas desviadas. El otro, el individual, que orienta su actuación al concreto joven y a su familia, ayudándole a descubrir los aspectos negativos de sus actitudes y acciones, así como a facilitarles los recursos necesarios para superarlos.

Las actuaciones preventivas son múltiples y sería prolija su exposición. Entre ellas, cabría citar la vigilancia policial, las medidas físicas de prevención del delito, o la disuasión, entre otras⁴⁹. Pero, sin duda, los programas que mayor eficacia están llamados a alcanzar, por lo menos teóricamente, son aquellos que centran su actuación en dos ámbitos: la familia y la escuela. Ello sin perjuicio de actuar en otros, como en el del mercado laboral, puesto que la experiencia demuestra que la falta de empleo o de la esperanza de conseguirlo influyen en los niveles de delincuencia juvenil⁵⁰. La educación moral, la del carácter, la clarificación de los propios valores, y la enseñanza de habilidades cognitivas interpersonales o sociales exigen programas específicos a desarrollar principalmente en los ámbitos familiar y escolar. Es cierto que en este último, y a pesar de todas las dificultades, resulta más sencilla su aplicación, puesto que la actuación en el núcleo familiar resulta en general muy compleja, por la actitud defensiva de los padres hacia los servicios sociales encargados de esta tarea⁵¹.

Con todo, siendo realistas, la prevención del delito de los jóvenes -también la de los adultos- constituye una “utopía fugitiva”⁵². Es una idea, desde luego, muy sugerente

⁴⁹ En este contexto debe citarse la prevención general, es decir, la amenaza de la pena –“medida”, en el caso de la delincuencia juvenil-, como instrumento preventivo. Ahora bien, cuál sea el índice de eficacia de la misma, no es posible conocerlo; sí, por el contrario, el de sujetos que no les influye y asumen la pena como un “riesgo”.

⁵⁰ Permitir compaginar la escuela con experiencias laborales a tiempo parcial, promover contratos en prácticas o formativos y fomentar la contratación de jóvenes con ayudas a los empresarios constituyen experiencias muy positivas.

⁵¹ Los temores a perder las ayudas, sobre todo económicas, que suelen recibir las familias desfavorecidas o incluso la patria potestad sobre los hijos suelen motivar esta actitud de recelo.

⁵² RUTTER, M. y GILLER, H., *Delincuencia juvenil*, cit., pág. 233.

cuyo desarrollo ha merecido muchos estudios e investigaciones, pero hay que concluir que de éstos, sólo una pequeña proporción tienen un adecuado diseño experimental⁵³. Así pues, los hallazgos empíricos todavía no justifican ninguna recomendación firme acerca de lo que puede ser eficaz en la reducción de la delincuencia juvenil⁵⁴. Ahora bien, que no tengamos la respuesta adecuada no significa que no sepamos algunas cosas y es ahí donde se encuadrarían las propuestas de intervención, fundamentalmente en la familia y la escuela, que hacíamos más arriba, aunque entonces el problema es su concreción y materialización práctica.

En este sentido, uno de los aspectos más problemáticos es el de los costes de la prevención; los costes directos e indirectos que los crímenes provocan deben ser mayores que los gastos que se invierten en la actuación preventiva. De todos modos, aunque esto es desde un punto de vista estrictamente financiero, es necesaria también una evaluación de los costes en términos de calidad de vida. Como ha afirmado el Comité de Expertos de la Organización Mundial de la Salud, “todas las medidas preventivas han de ser valoradas en relación a: la importancia del área que se quiere influir; la probabilidad de que la medida tenga una influencia real; la cantidad de gente que se puede abarcar mediante el método de intervención; los inconvenientes que pueden surgir...; las consideraciones políticas y éticas (pérdida de libertad del individuo, imposición de las actuaciones, etc.); y el coste de la medida preventiva tanto financiero, de recursos, como de personal”⁵⁵.

Para finalizar este apartado, y teniendo en cuenta los esfuerzos que una actuación preventiva comunitaria⁵⁶, organizada, continua y regeneradora exige, así como la falta de voluntad política para solucionar este problema existente en países como España, queremos invitar a una reflexión final: “sólo en una comunidad que prevé

⁵³ Vid. al respecto el completo estudio de revisión de los diversos programas y actuaciones realizado por RUTTER, M. y GILLER, H., *Delincuencia juvenil*, cit., págs. 195 y ss.

⁵⁴ RUTTER, M. y GILLER, H., *Delincuencia juvenil*, cit., pág. 229.

⁵⁵ Texto recogido en RUTTER, M. y GILLER, H., *Delincuencia juvenil*, cit., pág. 235.

⁵⁶ Aunque en el texto no nos hemos referido a ello, consideramos que la actuación preventiva debe llevarse a cabo por la propia comunidad. Teniendo en cuenta que puede tratarse de entidades privadas, pero necesariamente sin ánimo de lucro, las que realicen la tarea concreta. Ahora bien siempre con el impulso político y el apoyo –y supervisión- de la Administración.

todo lo imaginable para prevenir que los jóvenes caigan en la criminalidad juvenil, la pena puede ser interpretada en ultima ratio como categoría moral⁵⁷.

6.- Las respuestas a la delincuencia juvenil: En especial, los medios alternativos a la jurisdicción.

6.1.- Los distintos modelos de respuesta.

A lo largo de la historia los diferentes ordenamientos jurídicos, en atención a su grado de evolución, han recogido disposiciones más o menos elaboradas sobre la responsabilidad penal de los menores de edad que han cometido algún delito. En este sentido, en los derechos romano, germánico, canónico o en el de la Edad Media existían diferencias en el enjuiciamiento penal, según se tratara de personas mayores o menores de edad⁵⁸.

Cuestión distinta, es la dureza y crueldad con que a pesar de tratarse de niños o adolescentes se les trató durante siglos⁵⁹. La combinación, por un lado, del rechazo a estas condiciones tan duras y, por otro, de la constatación del fracaso de aplicar el Derecho penal y el régimen penitenciario de adultos a los menores, provocó que, a partir de la segunda mitad del siglo XIX, se buscaran las causas de esta clase de delincuencia y se afanzara la idea de la necesidad de un tratamiento corrector, en lugar de uno represor⁶⁰. Fue entonces cuando comenzó el estudio científico de la minoría de

⁵⁷ PILZ, S., *Delincuencia juvenil y Derechos Humanos* (con Trépanier, J. y Elbert, C.), ed. Depalma, Buenos Aires, 1995, pág. 57.

⁵⁸ Vid. al respecto: SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M. I., *Minoría de edad penal y derecho penal juvenil*, cit., págs. 35-41. Vid. también: SÁNCHEZ MARTÍNEZ, F.A., *Antecedentes y nuevo enjuiciamiento de menores. Ley 4/1992*, Madrid, 1999, págs. 41-45.

⁵⁹ Exceptuando algunos períodos y algunos países, durante estos siglos las penas que se imponían a los niños y adolescentes podían llegar a ser de una gran dureza. Por ejemplo, era posible castigarles corporalmente con azotes, enviarlos a galeras, expulsarlos del territorio e incluso condenarlos a muerte (SÁNCHEZ MARTÍNEZ, *Antecedentes y nuevo enjuiciamiento de menores. Ley 4/1992*, cit., págs. 44-45).

⁶⁰ Como puso de manifiesto MONTERO-RÍOS Y VILLEGAS (*Antecedentes y comentarios a la Ley de Tribunales para niños*, Madrid, 1919, págs. 8-16), así como JIMÉNEZ VICENTE ("Los Tribunales Tutelares de Menores", en *Revista Universidad*, editada por la Universidad de Zaragoza, núm. extraordinario, 1932, págs. 12 y ss.), durante esa época y principios del siglo XX creció de forma alarmante la delincuencia juvenil (denominada por ellos "precoz") tanto en España como en el resto de Europa. Concretamente, en nuestro país se pasó de tres casos en 1920 a 4.112 en 1930 (JIMÉNEZ VICENTE, "Los Tribunales Tutelares de Menores", cit., págs. 12-15). En cuanto a Europa, por ejemplo en Alemania fueron condenados 47.975 menores en 1898, y en Francia 23.319 en 1880, 30.485 en 1900 y 33.619 en 1908 (MONTERO-RÍOS Y VILLEGAS, *Antecedentes y comentarios a la Ley de Tribunales para niños*, cit., pág. 8. Se

edad, se aprobaron las primeras leyes tutelares y surgieron los primeros órganos y procedimientos específicos para menores⁶¹.

A partir de este momento⁶² y hasta aproximadamente los años setenta, nos encontramos con una primera respuesta al fenómeno de la delincuencia juvenil que se concreta en el denominado sistema tutelar o asistencial⁶³. Un modelo en el que la idea que subyacía es que el menor delincuente era en realidad un enfermo, peligroso para sí mismo y la sociedad, que necesitaba medidas correctoras y educativas, y al que se le equiparaba a los menores en situación de desamparo.

En este sistema lo importante no era la mayor o menor gravedad del hecho, sino la persona y que ésta se rehabilitase. Por lo tanto, las medidas que se le imponían tenían

recogen más datos estadísticos en DE SOLANO Y POLANCO, J., *Tribunales para niños y Comentarios a la Legislación Española*, Madrid, 1920, págs. 20-24).

El incremento de esta clase de delincuencia llevó a que se buscaran las causas que la originaban y a un cuestionamiento de los métodos entonces vigentes utilizados para combatirla. Probablemente, como dice CUELLO CALÓN (*Tribunales para niños*, cit., págs. 6-8), fueron dos clases de consideraciones las que condujeron a un cambio en el tratamiento jurídico de los menores delincuentes. Por una parte, consideraciones de carácter humanitario llevaron a "la convicción de que esos niños y jóvenes no son responsables de sus hechos, y si existe una responsabilidad que exigir, ésta es de la sociedad, que los ha desatendido y descuidado" (*Op. cit.*, págs. 7-8). Por otra, una consideración exclusivamente utilitaria: "si dejamos abandonados, sin cuidarnos de ellos, a esos miles de niños en peligro moral y delincuentes, si no dedicamos a la obra de su redención nuestra actividad y nuestro dinero, en un porvenir más o menos lejano, cuando su potencia criminal haya alcanzado un desarrollo adecuado, pondrán en peligro nuestra vida y nuestros bienes, o se apoderarán de ellos por la fuerza o por la astucia; además, en concepto de contribuyentes, tendremos que pagar los gastos de justicia y carcelarios, los que implican la persecución y castigo de los criminales; y como también habrá otros menores que, sin ser propiamente criminales, caerán en la vagancia y en la miseria, necesitarán ser acogidos en asilos y hospitales, gastos que también tendremos que pagar. El céntimo dado para educar al menor delincuente, ahorra sumas considerables en el porvenir" (*Op. cit.*, pág. 7).

Estas ideas, impulsadas por un movimiento muy fuerte de políticos, juristas, sociólogos y asociaciones protectoras de la infancia, se imponían en Estados Unidos y Europa, siendo su finalidad sacar de la esfera del Derecho penal a los delincuentes menores de edad e integrarlos en la denominada "pedagogía correctiva" (*Op. cit.*, pág. 12). Llegándose a afirmar que lo deseable sería que "un día todos los delincuentes, menores y adultos, sean sometidos al mismo tratamiento pedagógico y protector" (*Op. cit.*, págs. 12-13).

La plasmación en la realidad de esas ideas se hizo progresivamente. Así, por ejemplo, hasta la implantación de órganos y procedimientos específicos hubo que pasar primero por una especialización de los jueces penales de adultos (un resumen de esta evolución puede encontrarse en MONTERO-RÍOS Y VILLEGAS, *Antecedentes y comentarios a la Ley de Tribunales para niños*, cit., págs. 9-14). Fue en Estados Unidos donde se creó el primer Tribunal para niños; concretamente, en Chicago (Illinois) en 1899. Los buenos resultados alcanzados por esta institución hizo que se extendiera por diversos Estados de aquel país y, más tarde, que se importara a Europa (CUELLO CALÓN, *Tribunales para niños*, cit., págs. 17-20). Para hacernos una idea de lo que supuso la entrada en funcionamiento de estos órganos, traemos a colación las palabras de MONTERO-RÍOS Y VILLEGAS (*Antecedentes y comentarios a la Ley de Tribunales para niños*, cit., pág. 15): "en Indianápolis, a los cinco años de establecerse, se había conseguido que la reincidencia de los menores delincuentes no pasara del 10 por 100; en Chicago, durante un año, el 1908, habían comparecido 15.669 menores, mientras que en 1909 sólo hubo necesidad de detener a 6.032, en Denver, el 95 por 100 de los niños juzgados habían sido puestos en libertad vigilada, y entre ellos sólo un 5 por 100 fue reincidente. En Inglaterra, en la ciudad de Birmingham, los datos estadísticos dan también una prueba concluyente. De 112 menores que hubo necesidad de recluir en el año 1904, cuando aún no existía la *Children's Court*, bajaron a 33 al año de establecerse ésta; a nueve, en el año 1906, y a ninguno en los años de 1907, 1908 y 1909".

⁶¹ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M. I., *Minoría de edad penal y derecho penal juvenil*, cit., pág. 41.

⁶² En la exposición de los distintos modelos seguimos a SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M. I., *Minoría de edad penal y derecho penal juvenil*, cit., págs. 100 y ss.

⁶³ Se le denomina asimismo "modelo de protección".

una finalidad educativa y una duración indeterminada⁶⁴. Al menor se le sustraía, así, de la aplicación del Derecho penal y procesal de adultos, sometiéndolo a un órgano y a un procedimiento especiales, que no eran necesariamente jurisdiccionales, por cuanto ese órgano no tenía porqué estar servido por jueces⁶⁵ ni el procedimiento cumplir las garantías propias de los procesos penales, como por ejemplo la exigencia de asistencia letrada para el menor⁶⁶. Con el tiempo, este sistema comenzó a judicializarse, es decir, los órganos encargados pasaron a estar formados exclusivamente por jueces y el procedimiento fue poco a poco incorporando las garantías procesales y equiparándose a un verdadero procedimiento criminal.

La llegada del Estado del bienestar en los años sesenta y setenta propició, coincidiendo con un descenso de la criminalidad juvenil, la aparición de un segundo sistema para hacer frente a la delincuencia juvenil llamado educativo⁶⁷, el cual se concretó en unos programas, denominados de *diversion*, de reparación y mediación entre el delincuente y la víctima, figura esta última que estaba completamente abandonada en el modelo anterior.

Estos programas, que comenzaron en los EE.UU. y fueron extendiéndose a los ordenamientos de países europeos como Alemania e Inglaterra, pretendían, una vez constatada la comisión de un hecho delictivo, desviar el tratamiento hacia el control social, sacando al menor delincuente del ámbito judicial, evitándose de este modo la

⁶⁴ El fundamento de esta posición se encuentra en la teoría positivista sobre el Derecho penal y el correccionalismo alemán, que como reacción a la teoría clásica liberal, consideran al delincuente un ser no libre, determinado por múltiples factores (biológicos, psicológicos, etc.) y necesitado de un tratamiento. Por lo tanto, el Derecho penal no se concibe como un derecho sancionador, sino protector, que reconoce a los delincuentes el derecho a recibir una "pena" que, en realidad, es un tratamiento terapéutico. La "pena" no puede tener entonces una duración determinada, sino que se ha de aplicar hasta la completa rehabilitación del sujeto.

⁶⁵ Por ejemplo, la primera norma española sobre menores (Real Decreto-Ley sobre Organización y Atribuciones de los Tribunales para Niños de 25 de noviembre de 1918) establecía que el órgano estaba formado por el Juez de Primera Instancia de la localidad en la que se hubiere cometido el delito, que lo presidía y dos vocales legos en Derecho. Como dato curioso, señalar que ningún miembro del Tribunal percibía compensación económica alguna por el desempeño de sus funciones. MONTERO-RÍOS lo justificaba en que como todo en el Tribunal quedaba "al libre arbitrio de las personas que lo forman, es evidente que el éxito o el fracaso de esta nueva institución ha de depender principalmente de la calidad de las personas llamadas a ejercer la nueva jurisdicción, y consecuencia lógica, por lo tanto, ha de ser el que se haya querido tomar toda clase de precauciones para evitar que quien desempeñe los cargos de Presidente, Vocales y Secretarios de estos Tribunales vayan a ellos por otro aliciente que por el fin altruista de la gran misión social que se les encomienda" (*Antecedentes y Comentarios a la Ley de Tribunales para niños*, cit., págs. 133-135).

⁶⁶ Según CUELLO CALÓN (*Tribunales para niños*, cit., pág. 71), "en el procedimiento para niños, el defensor no es más que un colaborador del juez; y como éste, tratándose de menores, no ejerce sino una función benéfica y paternal, no habrá que temer que abuse de sus facultades y que cause un perjuicio al menor. Aquí, pues, resulta inútil la intervención del abogado defensor, pues no hay intereses que proteger contra posibles arbitrariedades; por tanto, podría suprimirse. *El acusado*, dice Henderson, *debe tener un defensor, porque su vida, su libertad, están en peligro. En cuanto al niño, ¡el juez es su padre, su maestro, su protector, su amigo! ¿Para qué tener un abogado?*".

⁶⁷ También denominado de "justicia restitutiva".

posible estigmatización que pudiera sufrir cuando era juzgado. Las medidas a imponer al joven tenían un marcado carácter educativo y se aplicaban en el seno de la familia o bien en una que lo acogía. El internamiento en un centro se imponía sólo en casos extremos y, en esos supuestos, se solía tratar de residencias pequeñas y en régimen abierto. En cuanto a su eficacia, la han demostrado sobre todo con los delitos poco graves, pero han planteado serias dudas en los leves, en los graves y con los delincuentes reincidentes.

En la década de los ochenta, con la crisis del *Welfare State*, se produjo un incremento de la delincuencia juvenil que provocó que la sociedad se cuestionara el modelo educativo y reclamara un aumento de las medidas represivas, a la vez que un incremento de las garantías procesales penales de los menores, que si debían de ser juzgados, lo debían de ser con todos sus derechos como cualquier ciudadano⁶⁸.

Comienzan, así, a producirse importantes cambios legislativos en los diversos ordenamientos jurídicos: se comienza a distinguir por franjas de edad para exigir responsabilidad penal a los menores, tiene lugar el desarrollo de la figura del “joven adulto”, se exige la presencia en el proceso del Ministerio Fiscal, así como la asistencia de abogado al menor, y los jueces han de pertenecer a la carrera judicial, entre otras modificaciones, como la aplicación efectiva de los principios de contradicción, de defensa o presunción de inocencia. Pero lo más trascendente se produce en relación con las medidas a imponer al joven, pues aunque se mantiene su carácter educativo, se exige una proporcionalidad entre el hecho cometido y la sanción, excluyéndose en consecuencia las de duración indeterminada⁶⁹. Por último y junto con todo lo anterior, se mantienen algunas técnicas de *diversion*, incardinadas dentro del proceso penal contra los menores, que permiten la conciliación con la víctima y/o la reparación del

⁶⁸ Este interés por el menor delincuente contrasta con la poca atención a la víctima del delito, que procesalmente no es considerada parte, por lo que no puede intervenir. Con todo, el problema no es fácil de resolver, puesto que la experiencia española reciente en la que, aunque no lo es, sí puede exigir la responsabilidad civil derivada del delito, no es satisfactoria al producirse un conflicto entre el fin educativo que se persigue con el proceso y la reparación – que no es sólo económica- que exige la víctima.

⁶⁹ Entre las diversas medidas que pueden proponerse, pueden citarse: el internamiento en un centro, que admite varias modalidades (cerrado, semiabierto, abierto); el tratamiento terapéutico en un centro o en un ambulatorio; la libertad vigilada; la convivencia con otra persona, grupo o familia; la prestación de trabajos en beneficio de la comunidad; la privación, en su caso, del permiso de conducir vehículos a motor o del derecho a obtenerlo; la privación, en su caso, del permiso de caza o de cualquier tipo de arma o del derecho a obtenerlo; la simple amonestación; etc.

daño causado⁷⁰. Este modelo, que se ha denominado de responsabilidad⁷¹ y pretende buscar un equilibrio entre lo judicial y lo educativo, es el que ha sido mayoritariamente acogido por las distintas legislaciones europeas y americanas⁷². Con todo, debe tenerse presente que ningún país aplica un modelo de forma pura, sino que la mayoría de las veces suelen coexistir elementos de unos y otros, lo que es fuente de no pocos problemas.

Por su parte, la normativa internacional que regula esta materia no se pronuncia sobre ninguno de los sistemas anteriores. Así, la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, deja a los Estados la opción de escoger entre un procedimiento jurisdiccional, uno mixto⁷³ o, incluso, uno exclusivamente administrativo⁷⁴. No obstante, y para el caso de que se opte por el jurisdiccional, las Reglas mínimas de las Naciones Unidas relativas a la administración de la justicia para menores –también conocidas como las “Reglas de Beijing”-, aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 29 de noviembre de 1985, junto con otras normas⁷⁵, han ido estableciendo una serie de

⁷⁰ Un importante déficit de este sistema es la escasa participación de la familia, en particular de los padres, tanto durante el desarrollo del proceso como en el de la medida. Vid. al respecto las interesantes reflexiones realizadas por TRÉPANIÉ, J., *Delincuencia juvenil y Derechos Humanos* (con Pilz, S. y Elbert, C.), ed. Depalma, Buenos Aires, 1995, págs. 32-36.

⁷¹ También se le ha denominado “modelo de justicia”.

⁷² Al respecto puede verse: VARIOS, *Legislación de menores en el siglo XXI: análisis de derecho comparado*, ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.

⁷³ Entendemos por mixto, un procedimiento que podría desarrollarse ante una autoridad administrativa, pero que estaría en todo momento supervisado por un Juez. El cómo y la valoración que nos merecería tal sistema es otra cuestión que no vamos a hacer aquí. Nos limitamos a constatar las posibilidades que abre esta norma y la falta de un criterio único. Dicho de otro modo, la vía penal (entendiendo englobada dentro de ésta el Código Penal y el proceso penal) puede no ser necesariamente la respuesta a este tipo de conductas. El sólo hecho de que se deje abierta esta cuestión, debería hacernos reflexionar sobre si una respuesta judicial-penal es la más adecuada.

⁷⁴ Así se deduce del artículo 40.2, b).3 y 4 de la Convención de los Derechos del Niño de 1989.

⁷⁵ La legislación internacional aplicable, excluyendo las normas específicas para Europa o América, son:

- Declaración Universal de los Derechos Humanos [Resolución 217 (III), de 10 de diciembre de 1948, de la A.G. de las Naciones Unidas].

- Declaración de los Derechos del Niño [Resolución 1.386 (XIV), de 20 de noviembre de 1959, de la A.G. de las Naciones Unidas].

- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos [Resolución 2.200 (XXI), de 19 de diciembre de 1966, de la A.G. de las Naciones Unidas].

- Reglas Mínimas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing) (Resolución 40/33, de 29 de noviembre de 1985, de la A.G. de las Naciones Unidas).

- Convención sobre los Derechos del Niño [Resolución 1.386 (XIV), de 20 de noviembre de 1989, de la A.G. de las Naciones Unidas].

- Directrices para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad) (Resolución 45/112, de 14 de diciembre de 1990, de la A.G. de las Naciones Unidas).

- Reglas para la protección de los menores privados de libertad (Resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990, de la A.G. de las Naciones Unidas).

requisitos que debe cumplir este sistema de respuesta, sobre todo en aquellos Estados que dichas normas son de obligado cumplimiento por haber sido firmadas y ratificadas.

En síntesis, los requisitos que han de cumplir los sistemas de justicia juvenil son los siguientes:

1.- Tanto la regulación, como aplicación e interpretación de la normativa han de estar presididas por el interés superior del menor.

2.- Se ha de fijar una edad mínima para exigir responsabilidad penal y, en todo caso, la mayoría de edad se establece en dieciocho años.

3.- Ha de garantizarse siempre el principio de legalidad penal.

4.- Todos los profesionales que han de intervenir en el proceso (jueces, fiscales, abogados, policía, psicólogos, trabajadores sociales, etc.) han de haberse especializado en esta materia.

5.- El proceso debe cumplir las garantías procesales fundamentales: la contradicción, la prohibición de indefensión, la igualdad procesal, la presunción de inocencia, el derecho a guardar silencio y el derecho al recurso.

6.- La “prisión” preventiva o el internamiento se aplicará como último recurso, durante el plazo más breve posible, garantizándose en todo caso la separación de los adultos, y preferiblemente en establecimientos específicos para menores.

7.- Respecto a las sanciones posibles se excluyen la pena de muerte y la cadena perpetua.

8.- Para facilitar la adopción de una decisión justa por parte de la autoridad competente, y a menos que se trate de delitos leves, antes de que esa autoridad dicte una resolución definitiva se efectuará una investigación completa sobre el medio social y las condiciones en que se desarrolla la vida del menor y sobre las circunstancias en las que se hubiere cometido el delito. Además, la respuesta que se dé al delito debe ser proporcionada, no sólo a las circunstancias y a la gravedad del delito, sino también a las circunstancias y necesidades del menor, así como a las de la sociedad⁷⁶.

⁷⁶ Estas investigaciones las elaboran equipos formados por psicólogos y trabajadores sociales especializados en menores, los cuales elaborarán un informe, que suele ser determinante en la decisión del Juez sobre la medida a imponer.

Ese informe contiene tres partes diferenciadas: una valoración educativa en la que se incluyen la situación familiar, escolar y socio-ambiental; una valoración psicológica en la que se describe el perfil psicológico del menor (personalidad e inteligencia) y el grado de adaptación social; y unas conclusiones en las que se hace una evaluación

9.- Finalmente, se deben establecer a lo largo de todo el procedimiento, aunque lo deseable es que se produzca en los momentos iniciales, mecanismos de desjudicialización, como la mediación, que permitan a las partes en conflicto ponerle fin al mismo.

6.2.- Los medios alternativos a la jurisdicción.

Los medios de solución de conflictos alternativos a la jurisdicción, se incardinan en el ámbito de la llamada “justicia reparadora”, cuya idea fundamental es que los conflictos de la sociedad debe resolverlos ella misma y no los jueces y los abogados, y nacieron del fracaso de la política resocializadora de los criminales condenados a penas privativas de libertad⁷⁷. De alguna forma, estos mecanismos devuelven su sentido original al principio de intervención mínima del Derecho penal, al descriminalizar o desjudicializar conductas, que quizás no deberían haber entrado nunca en el sistema punitivo del Estado⁷⁸.

En concreto, la “justicia reparadora” se caracteriza por lo siguiente⁷⁹:

a) La idea de reparación surge del movimiento a favor de la víctima, pero sin que ello suponga una vuelta a la justicia privada o a la idea de venganza, todo lo contrario. La satisfacción de la víctima no es plenamente satisfactoria con el otorgamiento de una indemnización, desde luego, pero tampoco en aquellos casos en los que los

interrelacionada del perfil psicológico y de la situación familiar, escolar y socio-ambiental del menor, así como una valoración de la conducta delictiva y una propuesta de medida.

Para la elaboración de los informes, en España se sigue un protocolo de actuación que, más o menos, es el siguiente: 1) Entrevistas individuales y conjuntas con el menor y la familia (el lugar va a depender de diversos factores, como por ejemplo que se haya adoptado una medida cautelar, en unos casos será en el domicilio familiar, en otros en un centro de recepción de menores o, incluso en dependencias judiciales). 2) Realización al menor de test psicológicos. 3) Coordinación con los Servicios Sociales de Zona (en España son municipales) donde vive el menor infractor. 4) Recogida de información, personal o telefónicamente, del centro escolar y de los educadores. Así, como en su caso, de psicólogos o psiquiatras que lo hayan tratado. 5) Elaboración del informe mediante reuniones del Equipo en las que se analiza la información recabada, proponiendo la medida que se estime oportuna.

⁷⁷ Los primeros programas de mediación y conciliación nacieron en los años setenta en EE.UU., importándose un poco después a Inglaterra y Noruega. A mediados de los ochenta llegaron a Holanda y Alemania y fue en los noventa cuando se extendieron al resto de países europeos, con alguna excepción –caso de Dinamarca-. Con todo, hay que matizar que aprovechando el vacío legal, la práctica se adelantó en todos estos países.

⁷⁸ GIMÉNEZ SALINAS, E., *La mediación en el sistema de justicia juvenil: una visión desde el Derecho Comparado*, en “Menores privados de libertad” (dir. Martínez-Pereda Rodríguez, J.M.), ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, págs. 55-57.

⁷⁹ Seguimos aquí a GIMÉNEZ SALINAS, *La mediación en el sistema de justicia juvenil: una visión desde el Derecho Comparado*, cit., págs. 63 y ss.

ordenamientos jurídicos les conceden el ejercicio de la acción penal junto con el Ministerio Público.

b) La reparación cumple una función no sólo entre las partes en conflicto, sino también de la sociedad misma al ayudar a restablecer la paz jurídica y el retorno, en la medida de lo posible, a la situación anterior a la comisión del crimen⁸⁰.

c) Por sí misma la reparación constituye una medida resocializadora, porque compensa a la víctima, ayuda al autor a interiorizar su arrepentimiento y desear cambiar, mitigando o suprimiendo el efecto “etiquetado”, así como que al reparar el autor está reconociendo públicamente la vigencia de las normas sociales, se produce el efecto de la prevención general, pero de una manera positiva.

d) Se debe distinguir entre reparación penal e indemnización civil a las víctimas, por cuanto no coinciden y los criterios que se utilizan para su ponderación son diferentes.

e) La reparación sólo es posible con el consentimiento del autor y de la víctima.

f) Esta clase de “justicia” no es más rápida que la que otorgan los tribunales. De hecho, normalmente el tiempo que se invierte en una mediación para llegar a una solución es más largo que un proceso ante un órgano jurisdiccional, en el cual además se invierte la mayor parte del tiempo en atender a los trámites procedimentales que a las personas que intervienen, en especial a la víctima. Por desgracia, tampoco es una solución barata desde el punto de vista económico, aunque esta conclusión debe relativizarse si se compara con lo que “cuesta” la vida de una persona en la cárcel –o en un centro de internamiento- o el bien que reporta a una sociedad una solución pactada entre las partes y a ellas mismas.

g) La justicia reparadora no puede prescindir del Derecho Penal, necesítándolo para decidir qué es delito, quién y en qué medida ha participado en el mismo, así como quién es la víctima.

h) La reparación es posible aplicarla tanto a la delincuencia de adultos como a la de jóvenes, si bien en esta última es donde ha adquirido un verdadero desarrollo, quedándose en la primera como una experiencia excepcional. Las razones de su extensión a la delincuencia de los menores de edad son su escaso valor estigmatizante

⁸⁰ Evidentemente aquí nos estamos refiriendo a la reparación como algo más que una circunstancia atenuante de la pena y que contemplan la mayoría de Códigos Penales.

y represivo, su alto valor pedagógico y su concepción educativa tanto en el procedimiento como en la ejecución de la medida a imponer⁸¹. Es en este contexto donde nace el modelo educativo de respuesta a la delincuencia juvenil.

i) Los instrumentos utilizados para alcanzar los objetivos anteriores son la mediación, la conciliación y la reparación en sentido estricto, los cuales hay que distinguirlos del *plea bargaining* norteamericano, el reconocimiento de la culpabilidad o la conformidad españolas, que constituyen sólo modos de poner fin a un proceso pendiente, pero sin que supongan desjudicialización, puesto que el sujeto es condenado en un proceso judicial y la víctima no participa.

Aunque suelen utilizarse indistintamente y se suelen referir a la mediación como englobadora de todos, desde un punto de vista técnico-procesal, hay que diferenciarlos⁸². Así, la conciliación es una actividad por la cual un tercero ajeno a la cuestión trata de acercar las posiciones de las dos partes enfrentadas para que alcancen un acuerdo que solucione el conflicto que las separa, pero sin que ese tercero llegue a imponer ninguna solución. Por el contrario, en la mediación el tercero sí que propone soluciones concretas. En ambos casos es necesaria una confrontación, un proceso dinámico entre víctima y delincuente, una participación activa para llegar a resolver el conflicto⁸³. El Estado, por lo tanto, cede el protagonismo a los ciudadanos interesados, adoptando un papel subsidiario⁸⁴.

La reparación *stricto sensu*, por su parte, constituye un compromiso que asume el menor con la víctima o perjudicado por su conducta y que consiste en la realización de determinadas acciones en beneficio de aquellos o de la comunidad, seguido de su efectiva realización. La reparación ideal, desde el punto de vista de la víctima, consiste

⁸¹ Además, desde el punto de vista de la víctima, las investigaciones llevadas a cabo demuestran un alto índice de satisfacción de las mismas.

⁸² Seguimos aquí a BARONA VILAR, S., *Solución extrajudicial de conflictos. Alternative dispute resolution (ADR) y Derecho Procesal*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 81.

⁸³ Hay que romper tópicos y afirmar que la experiencia demuestra que en la mayoría de los casos es posible negociar de una forma razonable con las víctimas, sin que éstas exijan cosas exageradas o quieran penalizar adicionalmente al menor. Todo esto es asimismo relativamente sencillo para la víctima y muy pedagógico para el menor en los delitos que revisten poca gravedad, que suelen ser la mayoría de los cometidos por los jóvenes.

⁸⁴ Evidentemente, la posibilidad de que la víctima y el menor infractor se sienten juntos, hablen y puedan llegar a un acuerdo no es fruto de la casualidad. Lo normal es que la víctima no quiera saber nada del delincuente, por lo tanto, es necesario un trabajo de acercamiento de las posiciones y de reconocimiento mutuos, que propicien el diálogo, fruto del cual pueden llegar a un acuerdo. También puede ser una buena oportunidad para que el delincuente desagravie a su víctima pidiéndole perdón y con ello que ésta última se vea no sólo compensada económicamente, que puede considerar insuficiente, sino personalmente.

Precisamente esta labor de impulso, dinamizadora de estos mecanismos y de apoyo personal y material es la que puede desempeñar el Estado.

en poner las cosas en el estado que se encontraban antes de la comisión del delito, si bien cuando esto es imposible –piénsese sobre todo en los delitos contra las personas irreparables- se convierte en una compensación del daño, que no debe ser necesariamente –o solo- económica.

Finalmente, en cuanto a la configuración concreta de estos instrumentos de solución de conflictos extrajurisdiccionales, los modelos son distintos entre los países, pero también entre las ciudades o regiones de un mismo país. Es muy difícil hacer una sistematización de los mismos y las variables se dan en todos sus aspectos: el grado de institucionalización; el momento procesal oportuno para llevarlas adelante; la definición del rol del mediador o conciliador, su carácter voluntario o remunerado, con formación universitaria o una simple capacitación, etc.; qué delitos son susceptibles de ser resueltos a través de estas técnicas –normalmente, se excluyen los muy graves y los denominados de “bagatela”, es decir los dos extremos-, así como qué clase de delincuentes –algunos países excluyen a los reincidentes y otras veces la concurrencia de ciertas condiciones objetivas, como la lengua o el lugar de residencia, hacen que la exclusión lo sea de hecho-; por último, tampoco existe en los objetivos un acuerdo entre los diferentes modelos existentes, unos hacen hincapié en la víctima, pero la mayoría lo hacen en el delincuente, etc.

6.3.- El modelo de Justicia penal juvenil español y su incidencia en los medios alternativos.

En la última década, la comisión de algunos delitos muy graves por menores de edad y la presión social posterior a los mismos –de la que no son ajenos los medios de comunicación, como ya hemos apuntado- está llevando a un endurecimiento de las legislaciones de algunos países en esta materia. Conceptos como el del “derecho penal del enemigo” o ideas como la de la “tolerancia cero” están tomando carta de naturaleza⁸⁵, provocando posicionamientos sociales y políticos muy rígidos, observándose intentos de rebaja de la edad penal para los menores, un aumento de los

⁸⁵ Para más sobre estas cuestiones, vid.: GÜNTHER, J. y CANCIO MELIÁ, M., *Derecho Penal del enemigo*, ed. Civitas, Madrid, 2006; AA.VV., *Derecho Penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión* (coords. Cancio Meliá, M.; Gómez-Jara Díez, C.), vols. 1 y 2, ed. Edisofer, Montevideo-Buenos Aires, 2006.

internamientos en régimen cerrado, así como un endurecimiento de las condiciones de los mismos, el alargamiento de los plazos máximos legales en las medidas cautelares y las definitivas, y su agotamiento en la aplicación práctica de las mismas, entre otras consecuencias.

Se está comenzando, así, a primar la nota retributiva sobre la educativa y son muchas las voces que exigen cambios legislativos que acerquen la respuesta que se da a la delincuencia juvenil a la de los adultos –caso de Inglaterra o Australia, recientemente, o de EE.UU.-⁸⁶. Junto con esto, el sistema de responsabilidad manifiesta importantes contradicciones como consecuencia de la necesidad de dar respuesta a los intereses y derechos contrapuestos del menor, de la víctima y de la sociedad. Es muy difícil, que desde este marco de respuesta se concilien, por un lado, el interés del menor en ser resocializado evitando su estigmatización, pero asumiendo su responsabilidad⁸⁷; por otro, la satisfacción y/o reparación de la víctima y, por último, el de la sociedad en alcanzar la paz social y la prevención general. Cabe afirmar, por consiguiente, que en la actualidad el modelo de responsabilidad está vaciándose de contenido y se está reconvirtiendo, dirigiéndose hacia uno puramente “retributivo”, en el que los medios alternativos, con el esfuerzo económico y personal que exigen, cada vez tienen menos cabida.

Esta tendencia evidencia el olvido de algo elemental en el tratamiento de la delincuencia juvenil, que es que el menor delincuente de hoy es el futuro delincuente de mañana. Si a eso añadimos el fracaso de la “resocialización” del sistema penitenciario

⁸⁶ En EE.UU. cuando un menor comete un delito grave puede ser juzgado como un mayor de edad, hasta el punto de que se les llega a condenar a cadena perpetua. En cuanto a las penas, las cumplen en centros específicos de menores, pero que son auténticas cárceles con unas condiciones de vida durísimas. No obstante, esto no ocurre sólo en EE.UU., también en Inglaterra, recientes casos de delitos muy graves han llevado también a que se cuestionen las normas para menores y a tratar a los autores de estos delitos como mayores de edad. Un fenómeno del que España no es ajena y aunque es cierto que se ha respetado la legalidad en estos casos, las críticas a nuestra Ley del Menor –aprobada en el año 2000- han sido muchas, habiéndose exigido su modificación. De hecho, hace poco lo ha sido para hacer frente a los delitos de terrorismo cometidos por menores, estableciéndose unos órganos y unas sanciones específicas para estos supuestos, cuando expresamente durante la tramitación parlamentaria se excluyó el hacerlo. El último ejemplo de esta tendencia lo ha protagonizado Australia, un país que junto con Nueva Zelanda aplican el sistema educativo, y en el cual, como consecuencia de los dramáticos incendios sufridos hace unos años y cuyos autores parece que fueron mayoritariamente adolescentes, se ha abierto un importante debate social sobre la eficacia y la satisfacción de la respuesta de ese modelo, exigiendo algunos un endurecimiento de las medidas.

⁸⁷ Si desde el modelo de responsabilidad se critica que poner el acento en la actuación protectora significa que el infractor no se responsabiliza de sus actos, tampoco desde ese modelo se consigue, por cuanto los estudios de autoinforme demuestran que los adolescentes perciben la medida que se les impone como una sanción, lo que no sirve para una responsabilización interna, que le conduzca a querer reparar y a que no se vuelva a repetir; además de la estigmatización que el sistema de responsabilidad-judicial produce en muchos menores y que, entre otras cosas, a ellos les suele llevar a culpabilizar a la sociedad de lo que les ocurre.

adulto, que se pretende aplicar igualmente a los menores, y, sobre todo, el hecho incontrovertido de que el menor de edad, por sus condiciones psicológicas y sociales, está en mejor situación para cambiar y enderezar su vida que un delincuente adulto, se comprenderá que se hace necesario un cambio de rumbo legislativo que reoriente los ordenamientos jurídicos hacia el superior interés del menor –resocialización sin estigmatización-, lo que no supone en absoluto dejar de garantizar los de las víctimas y/o perjudicados –reparación- ni los de la sociedad en general –paz social y prevención general-, y en la que hemos de convivir todos.

En nuestra opinión, sin necesidad de cambiar de modelo, remarcar el carácter educativo y, en particular, potenciar los medios alternativos a la jurisdicción, se muestra como la solución más adecuada para una gran parte de los delitos cometidos por menores –por lo menos con los delitos no graves, ya que existen serias dudas sobre su eficacia en los leves, en los graves y con los delincuentes reincidentes-, al tomar en consideración todos los intereses en juego –resocialización, reparación, paz social y prevención general-, tratando de compatibilizarlos. En especial, los de la víctima, que en el sistema de responsabilidad, tal como se está concibiendo en la actualidad –como pura retribución-, es la gran olvidada, en la medida que la indemnización económica o la mera satisfacción vindicativa, la experiencia demuestra que no son plenamente satisfactorias.

Nuestro país, por su parte, no ha sido ajeno al proceso que acabamos de describir. Así, Originariamente, la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores –LORPM-, se caracterizaba por un enfoque estrictamente “educativo” en el que el interés superior del menor era el criterio rector fundamental. Al punto, que no hablaba ya de “penas”, sino de “medidas sancionadoras-educativas”, y se relegaba el internamiento en centro cerrado a los supuestos en que se hubieran actuado con “violencia o intimidación en las personas o actuado con grave riesgo para la vida o integridad física de las mismas”. Se ponía, así, el acento en la prevención especial, predominando los criterios resocializadores sobre los punitivos y de defensa social y se perseguía la reparación del daño y la conciliación del delincuente con la víctima a través del sobreseimiento del expediente o la finalización del cumplimiento de la medida impuesta.

Sin embargo, y dejando a un lado la falta de compromiso político, tanto de la Administración central como de la mayoría de las CC.AA., por no prepararse y dotar suficientemente desde el punto de vista material y personal su entrada en vigor, ya durante la *vacatio legis* de un año se produjeron dos reformas de la Ley de gran calado –las Leyes 7 y 9, de 22 de diciembre de 2000-, las cuales, en lo que nos interesa, establecieron un régimen especial para el llamado “menor terrorista” –pensando en aquellos que participan en la denominada *kale borroka*-, que rompía el criterio rector del superior interés del menor, al introducir elementos fuertemente retributivos para estos casos, como el aumento de la duración de las medidas cautelares y definitivas, o el enjuiciamiento por órganos diferentes –la Audiencia Nacional- y no los Juzgados de Menores –medida, por cierto, rechazada durante su tramitación parlamentaria-.

Pero es que, una vez en vigor, concretamente en 2003 –en la Ley Orgánica de 25 de noviembre, de reforma del Código Penal-, y en contra de lo afirmado expresamente en la Exposición de Motivos de la Ley 5/2000, se introdujo la posibilidad de que los ofendidos y perjudicados se incorporasen al procedimiento, del mismo modo como funciona en el proceso penal de adultos la “acusación particular”, introduciéndose así el elemento vindicativo en la relación procesal y distorsionando, en una “vuelta de tuerca más”, la finalidad estrictamente educativa del proceso hasta entonces regulado.

Aún más, esta reforma aprobó una Disposición Adicional –concretamente la Sexta- que, en una técnica incomprensible para un jurista, hacía un *anuncio* de una futura reforma, después de comprometerse a una evaluación y conversaciones entre las Administraciones implicadas, en el sentido de aumentar la duración de las penas para los delitos de homicidio y contra la libertad sexual, que se cumplieran en centros cerrados con especiales medidas de seguridad y el paso a uno penitenciario cuando alcanzaran los dieciocho años.

Lo cierto es que en 2006 se aprobó por amplia mayoría la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, por la que se modificaba, una vez más, la LORPM. En concreto y siguiendo la Exposición de Motivos de la esa Ley, la reforma se ha centrado en los siguientes aspectos, entre otros:

- Ampliación de los supuestos en que pueden imponerse medidas de internamiento en régimen cerrado.

- Supresión definitiva de un tratamiento diferenciado para los menores entres 18 y 21 años.
- Se faculta al Juez para que pueda imponer a un menor que alcance los 18 años y no esté cumpliendo con los objetivos señalados en la sentencia a que termine de cumplir la medida de internamiento en un centro penitenciario de adultos
- Ampliación de los supuestos de adopción de las medidas cautelares, así como de su duración.
- Revisión del sistema de refundición y ejecución de las medidas.

Como puede observarse, esta reforma, si bien no ha modificado sustancialmente lo dispuesto originariamente en la Ley de responsabilidad penal del menor sobre la mediación, ha puesto de manifiesto un planteamiento político y social en el que lo importante es la seguridad ciudadana y que “el que la hace la paga”, es decir, criterios vindicativos exclusivamente, lo que, como se ha afirmado⁸⁸, ha supuesto el definitivo abandono del modelo educativo por otro estrictamente retributivo en el que la prevención general es el criterio rector máximo. En este contexto, es muy difícil que la mediación pueda desarrollarse de manera óptima, porque ésta exige un apoyo social – participación de las víctimas, comprensión social del entorno del delincuente, discreción de los medios de comunicación social, etc.,- y, por supuesto, económico de la Administración, que con este ambiente no se dan en las condiciones adecuadas.

En conclusión, las opciones legislativas a la hora de afrontar esta clase de delincuencia y que se concretan en unos modelos de respuesta legal y judicial no son intrascendentes a los mecanismos desjudicializadores, todo lo contrario. A mayor incidencia en los aspectos educativos en las leyes reguladoras, mayor desarrollo de estos instrumentos, en especial de la mediación. Y a mayor hincapié en las normas reguladoras de la delincuencia juvenil de los aspectos retributivos, mayor arrinconamiento de esa clase de mecanismos, ya que la labor dinamizadora de la Administración, imprescindible para dotarlos de los apoyos materiales y personales necesarios, no se realiza o se dirige a la represión y a la seguridad ciudadana, lo que a la vez va en detrimento de la prevención.

⁸⁸ LANDROVE DÍAZ, G., “Réquiem por la Ley Penal del menor”, en Diario La Ley, núm. 6505, de 15 de junio de 2006, págs. 1 y ss.