

Sombras y lagunas de la política criminal española en torno a la responsabilidad penal de los menores¹

Autor: Francisco Bueno Arús
Profesor Emérito de la Universidad P. Comillas
Abogado del Estado jubilado

¹ ESTE TRABAJO SE INSCRIBE EN EL PROYECTO DE INVESTIGACIÓN SOBRE “EL PROCESO DE REFORMA DEL SISTEMA DE DETERMINACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL: ANÁLISIS DE LOS FUNDAMENTOS DOGMÁTICO-PENALES Y CONSTITUCIONALES Y DE SU EFICIENCIA EN LA APLICACIÓN”, QUE SE DESARROLLA EN EL ÁREA DE DERECHO PENAL DE LA UNIVERSIDAD PONTIFICIA COMILLAS DE MADRID Y QUE HA SIDO FINANCIADO POR EL MEC (PROYECTO SEJ004-05103/JURI) DENTRO DEL PLAN NACIONAL DE I+D PARA EL TRIENIO 2004-2007.

Una parte del trabajo ha sido expuesta y defendida como ponencia en las *Jornadas sobre la Ley de responsabilidad penal de los menores* y en las *Jornadas de formación de los Jueces de Menores*, organizadas por el Consejo General del Poder Judicial, la Comunidad Autónoma de La Rioja, UNICEF y la Fundación DIAGRAMA, en diversas ocasiones, así como en las *II Jornadas Internacionales de Criminología*, organizadas por la UNED en su Facultad de Derecho, Madrid, 12 a 15 de diciembre de 2005. La exposición fue muy crítica con las reformas de dicha Ley llevadas a cabo en el año 2003 y las que actualmente se encuentran en las Cortes, en estado de proyecto, crítica que fue compartida por la mayoría de los asistentes. En cambio, la falta de reacción del Ministerio de Justicia y de los grupos parlamentarios ante la denuncia de una reforma que distorsiona la Ley y además es desleal con nuestro ordenamiento, demuestra una vez más que no hay más cera que la que arde ni mayor sordo que el que no quiere oír. Aunque las consecuencias sean poner *lo políticamente correcto* por encima de *lo correctamente político*, sustituir el principio de intervención mínima por el más castizo de *sostenella y no enmendalla*, y aumentar el Diccionario de la Lengua con una nueva acepción del término *política criminal*, que no se refiere al objeto de la política sino a *la manera* de desarrollarla y que puede hacer furor en el futuro.

Resumen

El vigente Código penal español, de 1995, dispuso que la responsabilidad penal de los menores de 18 años se regulara por una ley especial, que se promulga como L.O. 5/2000, de 12 de enero. Esta Ley, de acuerdo con la tradición jurídica española, tenía un fin educativo y correccional, no punitivo y proporcionado a la culpa como las penas del Código. La sociedad, sin embargo, reaccionó contra dicha Ley, considerándola demasiado blanda para frenar el aumento de la delincuencia juvenil y el legislador ha hecho caso, promulgando varias reformas de la Ley entre el año 2000 y el 2006 (las dos primeras antes de la entrada en vigor de la Ley) que han endurecido la responsabilidad penal de los menores. El presente artículo pretende mostrar que tales reformas son: a) inconstitucionales, en cuanto se opongan a lo dispuesto sobre derechos y deberes del niño en los correspondientes tratados internacionales, y lo dispuesto en los preceptos constitucionales internos sobre la finalidad preventiva de las sanciones penales; b) ilegales, en la medida en que consideren “penal” la responsabilidad de unos autores de infracciones de las leyes penales que no tienen edad para ser imputables, por lo que una de dos: o su responsabilidad no es penal o ha desaparecido la exigencia histórica de la imputabilidad; c) inmorales, en cuanto que vuelcan la sensación de inseguridad de la sociedad sobre los menores sin tener en cuenta los numerosos influjos por los que los menores reciben constantemente ideas y ejemplos de violencia que nadie contrarresta sino que perpetúa y aumenta; d) inoportunas, porque, en vez de intensificar los caminos que nos permiten llegar al corazón de los menores, buscando ante todo el “interés esencial del mismo”, parecen enfocar la supuesta corrección moral del hombre y de su espíritu.

Palabras clave: menor de edad, imputabilidad, responsabilidad penal, interés superior del menor, fines de la pena.

Abstract

Spanish penal Code, in force since 1995, disposes that those minors than 18 years penal liability be regulated by a special statute, which has been promulgated as L.O. 5/2000, of January 12th. This act's purpose, according to Spanish legal tradition, is educative and corrective, not punitive and proportional to guilt like Code punishments. Nevertheless, society has reacted against above mentioned act, thinking that it is too soft to brake juvenile delinquency increase and legislator has followed this line, promulgating several reforms of that act between 2000 and 2006 (the first and second reforms before the beginning of the act's force), which have hardened minors penal liability. The present work tries to show that those reforms are unconstitutional, unlawful, immoral and inopportune, because of opposition to international treaties regulating rights and duties of children, penal regulations cannot be applied to minors than 18 years, absence of punishments against persons who

are incessantly inciting children to violence, and configuration of criminal law against minor delinquents as an example of “criminal law for enemies” and not “criminal law for citizens”, following the most recent doctrinal guidelines.

Key Words: minor, imputability, penal responsibility, top interest of the minor, Purposes of a sentence.

Recibido: 26.02.2006

Aceptado: 09.05.2006

I. Introducción

A) Consideraciones generales

Es un lugar común que el Derecho penal constituye el sector de Derecho sancionador de mayor intensidad (por razón de la gravedad de las penas y de la importancia de los bienes jurídicos afectados por las mismas) entre todos los sectores de este carácter que pretenden asegurar el cumplimiento del ordenamiento jurídico frente a los infractores y garantizar en segundo término el cumplimiento de las sentencias que dicten los tribunales. Pero la doctrina es prácticamente unánime en proclamar que, en contrapartida del dolor que causa, el Derecho penal debe ser también más garantista de los derechos fundamentales de los justiciables que los demás sectores sancionadores del ordenamiento.

En todo caso, desde principios del siglo XX criminólogos y juristas se han esforzado por distinguir dos ámbitos bien diferenciados en el seno del Derecho penal. Uno ha sido el Derecho penal de los adultos, es decir, el aplicable a las personas que reúnen los caracteres establecidos por las leyes para tener capacidad de obrar y responder plenamente de los propios actos (ilícitos). En esta línea, el delito ha terminado por ser concebido como una acción humana en la que se descubren los siguientes caracteres: tipicidad, antijuridicidad y punibilidad de la acción, e imputabilidad y culpabilidad de su autor, y la imputabilidad o capacidad jurídico-penal del sujeto del delito ha terminado por identificarse con el hecho de haber éste alcanzado una edad mínima, determinante (por lo menos, formalmente) de la madurez o capacidad biológica de conocer el significado de los propios actos y decidir libremente su comisión o abstención, unido a la falta de anomalías psíquicas, intoxicaciones o alteraciones en la percepción que hubieran sido causa igualmente de la falta de relación o identificación del enfermo con su medio ambiente. Por último, quiero indicar que, una vez rechazado por su inseguridad el sistema de apreciar pericialmente el *discernimiento* con el que actuó el sujeto en cada caso concreto, la presunción de capacidad jurídico-penal (como la capacidad en los demás sectores del ordenamiento) ha quedado vinculada a una edad fijada objetivamente y de manera general, que en los Códigos penales españoles de la época franquista fueron los 16 años (con una circunstancia

atenuante para los comprendidos entre los 16 y los 18 años, a quienes se llamaba *semi-imputables*).

El otro ámbito de los dos mencionados había de ser el Derecho penal de los menores, que, hablando con propiedad, no podía ser considerado Derecho *penal*, y por eso se empleó en la práctica el término *correcional*, puesto que en la conducta de los sujetos faltaba al menos un requisito esencial para que pudiéramos hablar de delito y de pena, a saber, la imputabilidad o capacidad jurídico-penal, vinculada *iuris et de iure* a los 16 años, cuando en el ámbito *correcional* la edad había de ser por hipótesis inferior a los 16 años. Por tanto, aunque la acción realizada fuera típica y antijurídica, el autor no podía ser culpable y la sanción había de carecer del reproche normativo provocado por la *voluntad manifiestamente rebelde* al ordenamiento por parte del sujeto, toda vez que, por muy “niño prodigio” que pudiera ser el menor autor de la conducta, a efectos penales y por seguridad jurídica, se había de presumir que carecía de la facultad de elegir libre y voluntariamente entre hacer o no hacer un acto prohibido por la ley. Pero cabría la aplicación de una sanción concebida, no como castigo, sino como ayuda a la Sociedad para evitar que se repitieran el acto y su resultado; ahora bien, esta “ayuda” podía tener el sentido de *defensa de la Sociedad* contra el peligro constituido por el enajenado o inimputable por su falta de conocimiento racional, o su incapacidad de autodeterminación, o, en el caso de los menores, pareció más lógico y adecuado a los fines del Estado Social *que la sanción fuera construida como una medida educativa, pedagógica o correcional, estructurada para ayudar al sujeto a lograr el nivel de socialización adecuado para la convivencia con los demás ciudadanos en el desarrollo de su personalidad*.

Como corolarios de esta clara postura, el Juez de Menores había de elegir *discrecionalmente* la sanción o medida educativa más apropiada a las necesidades personales actuales del sujeto, y no una medida en primer término proporcional a la gravedad de la acción y de su resultado (aunque también la gravedad de la acción pudiera tenerse en cuenta para valorar la personalidad del autor del hecho); además, la medida impuesta podía modificarse, sustituirse por otra o anticipar su cumplimiento en la forma prevista en la ley, teniendo siempre en cuenta el *interés superior del menor*. Otro corolario es que la educación no constituye un tema simplista y de aquí la necesidad o conveniencia de que el Juez y el Ministerio Fiscal sean constantemente asesorados, en todas las vicisitudes de cada expediente, por un equipo psicosocial, pues todo cuanto concierne al nivel de salud y formación de un niño afecta a los derechos fundamentales de la persona, el desarrollo económico y social, y el papel del Estado correspondiente dentro de la Organización internacional o supranacional a la que pertenezca. Y un cuarto corolario es la carencia esencial de formalidades en la manera de concebir la relación entre el Juez y el justiciable, dadas las características de este procedimiento, más beneficioso por educativo que propiamente punitivo.

Alguna novedad se podría también aportar en el terreno de la participación procesal y los derechos de la víctima, tan rabiosamente de moda en la política criminal

de este siglo, tanto que todo lo nuevo ha resultado insatisfactorio. Por último, es asimismo propio de la Jurisdicción de Menores (los cuales –repito– no son *delinquentes*, aunque hayan cometido hechos tipificados en las leyes penales) la configuración de un poder judicial no integrado por Jueces de carrera y un procedimiento sencillo, carente de formalidades y de normas rígidas en cuanto a la prueba, las medidas cautelares o el sistema de recursos, por las razones ya expuestas, si bien aquí consideraciones de Derecho Constitucional (el derecho de todos los ciudadanos a gozar de las mismas garantías en todo el territorio nacional: arts. 24 y 139 de la CE) ha llevado a cuestionar la existencia de disparidades entre las dos Jurisdicciones.

B) Derecho Español

Por lo que respecta a España, en 1918 se aprueba la primera *Ley de Tribunales Tutelares de Menores*, que consagra la separación entre este Derecho correccional para los menores asociales y el Derecho penal propiamente dicho para los delinquentes adultos, así como el carácter *no-judicial* y *no-formalista* del procedimiento correspondiente al primero. Para ejercer la jurisdicción en este campo se buscaron personas con “don de gentes” antes que con conocimientos jurídicos, y se defendió un procedimiento y una forma de adoptar decisiones carentes de formalidades, los cuales con frecuencia desembocaron en un paternalismo (dictar o imponer mandatos sin contar con el criterio del interesado) vicioso. En 1948 se promulga un texto refundido de la Ley y del Reglamento, en que aparecen más nítidos los aspectos administrativos de este sector de la actividad del Estado (pues los llamados Juzgados y Tribunales Tutelares de Menores no estaban integrados en la organización judicial del Estado, sino que dependían de la Obra de Protección de Menores, y ésta del Ministerio de Justicia) que los procesales.

Al comenzar el vigente régimen político democrático en España, se cuestionó la falta de garantías a que había dado frecuentemente lugar el citado carácter paternalista de la manera de administrar justicia por los Jueces de Menores, y, tras la Sentencia del Tribunal Constitucional número 36/1991 de 14 de febrero, se declara inconstitucional el artículo 15 de la Ley de 1948, en tanto que la L.O. del Poder Judicial de 1985 dispuso que los Jueces de Menores fueran Jueces de carrera, profesionales, regulándose provisionalmente el procedimiento por Ley 4/1992 de 5 de junio. Se trata de una Jurisdicción *especializada*, correspondiendo organizar las pertinentes pruebas y cursos de formación al Consejo General del Poder Judicial. Tras la elaboración de sendos proyectos de nueva Ley de Menores por el PSOE y por el PP en sus respectivas legislaturas, el elaborado durante el primer mandato del PP se convierte, no sin ardua discusión con CIU para conseguir una mayoría parlamentaria suficiente en la L.O. 5/2000, de 12 de enero, *reguladora de la responsabilidad penal de los menores* (exigida por el artículo 19 II del CP de 1995), la cual entra en vigor a finales de ese año, después de haber experimentado anómalamente dos reformas durante la etapa de *vacatio legis*.

La Comisión redactora del borrador de Anteproyecto de Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores, de composición multidisciplinar, mantuvo el enfoque de sanciones de carácter educativo para unos autores de conductas delictivas que no podían ser delincuentes por razón de la edad, organizando la correspondiente Jurisdicción en el articulado de la Ley Orgánica del Poder Judicial y manteniendo la atribución a las Comunidades Autónomas de la ejecución de las medidas impuestas en las sentencias, por medio de entidades públicas y privadas dedicadas profesionalmente al tratamiento de menores problemáticos. La elección y el cambio o consumación anticipada de las medidas se rigen por un criterio de provisionalidad, porque el Juez, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o de las entidades que dependen de las Comunidades Autónomas, puede variar en todo caso su decisión, siempre sobre la base de la atención preferente a las necesidades subjetivas del menor antes y más que a la gravedad del delito o del daño producido por el mismo.

Por ello, se afirma con toda rotundidad que en cualesquiera aspectos de la Ley el criterio de interpretación que se muestra en primera línea, el bien jurídico preferente para su protección por el juzgador, es el *interés superior del menor*, que no coincide necesariamente con lo más cómodo para el interesado (la absolucón a toda costa) sino con lo más adecuado al desarrollo de su personalidad. Y de esto deben convenirse los letrados y las familias de los menores para colaborar adecuadamente en su reeducación desde el principio de la buena fe. En consecuencia, la Ley prevé la *especialización* de Jueces, Fiscales y Letrados de menores, a que me he referido anteriormente, y encomienda, con carácter de novedad, la instrucción del procedimiento al Ministerio Fiscal a fin de acentuar la independencia judicial en la protección de los derechos y los intereses del menor. Una segunda consecuencia es la prohibición en la nueva Ley de la acusación particular a cargo de las víctimas, porque, vista la experiencia del procedimiento penal de los adultos, tendría necesariamente un carácter de enfrentamiento y por lo tanto deseducativo, algo que los partidos políticos no han comprendido en absoluto. De las medidas se prefieren las que no consisten en privación de libertad (*principio de intervención mínima*) y se hace una regulación restrictiva del internamiento, que de poco ha servido, pues también aquí con poco acierto las reformas posteriores de la LORPM lamentablemente han extendido el ámbito de aplicación de esta medida, en una desenfocada y demasiado conservadora interpretación del contenido y finalidad de una Ley a la vez sustantiva y procesal.

El proyecto de LORPM empezó su andadura en medio de los mejores augurios, porque, en los dos años que aproximadamente duró su redacción, fue excelentemente acogido por la doctrina, las universidades, las comunidades autónomas y algunos sindicatos de trabajadores que se mostraron especialmente interesados en su conocimiento. También mereció elogio en algunos foros de la Unión Europea. No obstante lo cual, confiadas en un aumento de las transferencias económicas para atender al incremento de las competencias, pocas Comunidades Autónomas hicieron algo para preparar al personal y aumentar las plazas de internamiento disponibles, y adoptaron

la costumbre de poner cara de perro a la Ley al entrar ésta en vigor, como si de repente la misma, de la noche a la mañana, se hubiera convertido en una mala ley, y, al hilo de la crítica al Estado por su tacañería o por su despiste, se le reprochó la falta de estudio económico (sería desde luego la primera ley penal que lo tuviera), la falta de nuevas transferencias para la cobertura de necesidades, las dificultades que provocaba la carencia de medios materiales y la falta de decisión en convertir en una ley dura de lucha contra la delincuencia una norma que todavía se resentía del *reeduccionismo* y del *reinsercionismo social* del artículo 25 de la Constitución, que algunos tachan peyorativamente de *utópicas*, como si esta valoración no constituyera justamente un gran elogio. La utopía es aquello por lo que vale la pena morir.

Tuvimos además la mala suerte de que al comienzo de la vigencia de la LORPM se produjeron varios casos de delitos especialmente graves y alarmantes cometidos por menores contra sus padres o contra otros menores. Importa advertir que uno de los sujetos fue objeto de declaraciones de amor por correspondencia cuando estaba detenido y de petición de autógrafos cuando salió a la calle agotado el plazo legal de la prisión preventiva. (*¿Tenemos acaso los gobernantes y los delincuentes que nos merecemos?*). Un fortísimo sentimiento de injusticia llevó a los padres de alguna de las menores asesinadas a organizar un movimiento social recogiendo firmas para pedir el endurecimiento de la ley, lo que ha movido al Gobierno, que nunca ha hecho caso de las peticiones de los manifestantes (salvo que se dediquen a destrozar), y también a la oposición, a considerarse obligados a ceder a las peticiones de la Sociedad civil, y de escuchar con buena cara las pretensiones de que el delincuente tendría que vivir lo peor posible bajo la influencia de la pena y se rechazara ese “escándalo” de los delincuentes a los que se ayuda a superar sus problemas de socialización y pueden seguir adelante con una vida normal, para envidia, dolor y vituperio de las familias de las víctimas inocentes. Las reformas han continuado, claro, sin prestar atención al fin u objetivo de la norma, porque *España miserable, ayer dominadora – envuelta en sus harapos, desprecia cuanto ignora*” (Antonio Machado).

II. Los Tratados Internacionales y la Ley del Menor

Esta ponencia pretende ser un análisis crítico, muy crítico, de la LORPM, 5/2000 de 12 de enero, después de las reformas aprobadas por el Parlamento en L.O. 7/2000, de 22 de diciembre, y las proyectadas por el Gobierno recientemente publicadas en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales* de 27 de enero de 2006, a la luz de las exigencias en el marco de un Estado de Derecho (Social y Democrático) de los compromisos internacionales suscritos por España, de los preceptos de la Constitución española y de las infracciones por parte de tales reformas positivas de principios generales del Derecho tan esenciales en el ámbito del Derecho Penal como el principio de legalidad. Sólo intento exponer que, a mi juicio, las expresadas reformas pueden ser declaradas inconstitucionales, contrarias a lo dispuesto en los tratados internaciona-

les suscritos por España, ilegales, inmorales e inoportunas. (Digo que “*pueden ser declaradas inconstitucionales*” y no que “*SON inconstitucionales*” porque trato de mantenerme al margen de la tendencia generalizada a hacer afirmaciones absolutas y ontológicamente abstractas, dando por bueno que a veces “*las cosas son como son*” y otras veces “*son como las hacemos nosotros*”, pero en todo caso *ex cathedra* y sin posibilidades de rectificación. Creo que, en materia de valores –contenido necesario de los conceptos jurídicos–, lo fundamental es la creencia o el sentimiento (subjetivo e inestable) de los interesados, no la “realidad ontológica” de los valores, que materialmente, desde luego, no existe.

II.1. Tratados internacionales sobre los menores

España es parte de la *Convención sobre los Derechos del Niño*, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, que aquélla ratificó por instrumento de 30 de noviembre de 1990. El artículo 1 “entiende por *niño* todo ser humano menor de 18 años de edad”. Los artículos siguientes van desgranando algunas consecuencias de esta valoración como *ser humano*, por ejemplo, la atención al *interés superior del niño* (art. 3.1 y 9.1), a su *desarrollo* (art. 6.2), a su derecho a la educación (art. 28.1), etc.

En cuanto a los niños “infractores de las leyes penales” (no propiamente *delincuentes*, sino, como dicen las Naciones Unidas, “autores de hechos que, si fueran cometidos por adultos, constituirían delitos”), deben ser tratados promoviendo “la reintegración del niño y que éste asuma una *función constructiva en la sociedad*” (art. 40.1). Se establecerá “una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales” (art. 40.3, a) y “se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales” (art. 40.3, b) de los infractores.

España ha ratificado igualmente (con fecha 30 de junio de 1995) el *Convenio de La Haya nº XXXIII, de 29 de mayo de 1993, relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional*. También somos parte del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* y del *Pacto Internacional de Derechos Sociales y Culturales* (ambos de las Naciones Unidas de 19 de diciembre de 1966 y ratificados por España el 13 de abril de 1977), que garantizan los derechos fundamentales de los niños y de las familias.

Las *Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de los Menores o Reglas de Beijing* (adoptadas por la Asamblea el 29 de noviembre de 1985) contienen asimismo normas que afectan al objeto de esta ponencia: el fin de esta rama de la Administración de Justicia es la protección de los menores y el mantenimiento del orden pacífico en la sociedad (art. 1), el castigo de los *menores delincuentes* (expresión incorrecta, por lo explicado más arriba) *ha de ser en forma diferente a la de un adulto* (art. 2), la mayoría de edad penal “no deberá fijarse a una edad demasia-

do temprana” (art. 4), es necesario que el Juez tenga facultades discrecionales para la individualización de la sanción (art. 6), se enumeran los derechos procesales de los menores (art. 7), la detención debe ser notificada a los padres o tutores (art. 10), la policía de menores debe ser una policía especializada (art. 12), la prisión preventiva debe aplicarse sólo como *ultima ratio* (art. 13), “el procedimiento favorecerá los intereses del menor” (art. 14), el menor tiene derecho a defensa jurídica y la participación de los padres (art. 15).

Los principios rectores de la sentencia son los siguientes: proporción entre la sanción y la gravedad del delito, las circunstancias del menor y las necesidades de la sociedad; las restricciones de la libertad deben ser la *ultima ratio* y aplicarse sólo a los delitos graves y en caso de reincidencia, es “primordial el bienestar del menor” y no caben las penas de muerte y corporales (art. 17), pero sí cabe la pluralidad de sanciones (art. 18), el confinamiento en un establecimiento penitenciario se aplicará como último recurso y por el plazo más breve posible (art. 19), los Registros de los menores delincuentes deben ser confidenciales (art. 21), el personal ha de ser especializado, con representación equitativa de las mujeres (art. 22).

Los artículos 26 a 29 regulan el tratamiento de los menores en los establecimientos penitenciarios: se debe garantizar su cuidado y protección, así como el derecho a la formación profesional; también se debe garantizar la asistencia social, profesional, psicológica, médica y física; los menores estarán en un departamento separado de los adultos, habrá un tratamiento específico para las delincuentes jóvenes, acceso de los padres o tutores al establecimiento, formación académica o profesional, aplicación de las Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos de las Naciones Unidas, la libertad condicional debe concederse con frecuencia.

II.2. Obligatoriedad de estos Tratados

Así pues, hay declaraciones y textos internacionales relativos a la protección y a la Justicia de Menores que desde luego nos vinculan. Pero aquí, en más ocasiones de las que quisiéramos, viene al pelo la cita de Antonio Machado: “¡Palabras, palabras, palabras...!” Porque en este país –quiero decir, en España- el hecho es que no tenemos suficiente conciencia del carácter obligatorio y vinculante de los tratados internacionales, y todavía hay muchos que piensan, o dicen, o actúan *como si* pensasen que el Derecho internacional no es Derecho, sino Ética, Moral o Deontología... o tal vez Estética, que sería aún menos presentable.

Esta falta de conciencia – y voy de anécdota- era manifiesta, por ejemplo, en un diputado del Congreso a quien hice ver que en la Cámara Baja se estaba tramitando un proyecto de modificación del régimen jurídico de los delitos relativos a la prostitución ajena que bajaba el nivel de la represión prevista en el Convenio de las Naciones Unidas de 21 de marzo de 1950 y no coincidía lo dispuesto en los artículos 187 y siguientes reformados de nuestro Código penal con lo establecido en dicho

Convenio. Pues el individuo me contestó, *tan terne*, que “no será la primera vez que en España dejamos de cumplir algún convenio internacional... y no pasa nada.” (Lo que pasaba es que, quien decía tales barbaridades jurídicas, era nada menos que un legislador y no temblaban los pilares de Gómez Manrique... A veces me pregunto cuál es el misterio que fundamenta el hecho de que, mientras cualquier oficio ha de ser desempeñado por personas expertas en la materia de que se trate, los miembros del Poder Legislativo no necesitan ser expertos en Derecho ni siquiera tener el más mínimo conocimiento del ordenamiento jurídico... O por qué los estudiantes de esta Carrera luchan abiertamente por ser aprobados con un nivel de conocimientos que ellos mismos no tolerarían en el arquitecto o en el médico cuyos servicios requiriesen...).

No necesito insistir en que, contra el optimismo abusivo del diputado de mi relato, ha de prevalecer –claro es– la eficacia o ineficacia objetivas de una norma de configuración correcta o incorrecta. Con arreglo a nuestro Derecho interno, “los tratados internacionales, válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento jurídico. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional” (art. 96.1 de la Constitución española de 27 de diciembre de 1978).

Luego, sin necesidad de largos análisis, el Derecho constitucional español proclama el carácter obligatorio del Derecho internacional y su primacía sobre el Derecho interno, que no puede modificar a aquél. De esto no podemos tener ninguna duda escudándonos en nuestra ignorancia y nuestro *dualismo* tradicionales. (Sólo los jueces británicos, por aquello del *espléndido aislamiento*, aún siguen pensando que a ellos únicamente les vincula el Derecho interno, pero constituyen un mal ejemplo). La conclusión es la misma desde la óptica del Derecho internacional, o sea, la obligatoriedad y supremacía del mismo, pues el artículo 27 del Convenio de Viena *sobre el Derecho de los Tratados* de 23 de mayo de 1969 dispone que “una parte no puede invocar las disposiciones de su Derecho interno para justificar la inejecución de un tratado”. Parece que todo esto no está suficientemente divulgado o que todavía permanecen demasiados restos de aquel viejo prejuicio según el cual el Derecho internacional era lo menos jurídico de todo el ordenamiento.

II.3. Interés superior del menor y otras cuestiones

Personalmente, no encuentro oposición entre los Convenios mencionados y la L.O. española 1/1996, de 15 de enero, *de protección jurídica del menor*, que, respecto de los menores de 18 años que se encuentren en territorio español, afirma el “interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir” (art. 2), enumera los derechos de los menores (arts. 3-9) y las medidas y principios rectores de la acción administrativa de asistencia para el ejercicio de sus derechos (arts. 10 y 11), donde se insiste en “la supremacía del interés del menor”.

Pero la armonía no es la misma respecto de la legislación relativa a los menores responsables de delitos. El Anteproyecto de la que luego ha sido L.O. 5/2000, de 12 de enero, *reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, era -de acuerdo con la convicción de los redactores- igualmente respetuoso con los principios fundamentales de la Convención sobre los Derechos del Niño. Fijó el límite de la *menor edad*, y por tanto de la *mayoría de edad*, para sufrir la responsabilidad penal del Código penal, en los 18 años (con posibilidad de llegar hasta los 21 “*cuando las circunstancias personales del imputado y su grado de madurez aconsejen la aplicación de la presente Ley*”: art. 4,1,3^a), en armonía con lo establecido en el artículo 12 de la Constitución española y en el antes citado artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Como consecuencia de las peculiaridades del niño que no ha desarrollado totalmente la evolución de su personalidad, es regla generalmente aceptada que las medidas judicialmente impuestas a los menores delincuentes tendrán más en cuenta las circunstancias del autor que la gravedad de la infracción, como es lógico en un Derecho sancionador basado en criterios subjetivos (a saber: suplir las carencias educativas), y no en criterios objetivos (como sería la ejemplaridad causada por la proporcionalidad entre la antijuridicidad y la culpabilidad y el modo y cuantía del castigo), para que éste resulte aleccionador. Por eso, el artículo 3.3 de la LORPM insiste en que los criterios para seleccionar la medida adecuada son, *especialmente, la edad, las circunstancias familiares y sociales, la personalidad y el interés del menor*, y no los criterios de la justicia (*malum passionis propter malum actionis*: Hugo Grocio). Es más: yo diría que, cuando la LORPM alude a criterios objetivos, como el delito cometido o la violencia empleada, para la determinación de la sanción, los está utilizando en el sentido más *subjetivo* posible: en cuanto indicios de una personalidad desviada que necesita ser corregida... Lo que sucede es que a esta interpretación se llega partiendo del principio de la buena fe y no del malévolos propósito de “cazar” dialécticamente al adversario que sostiene un criterio distinto.

Así pues, el criterio más importante para elegir la medida adecuada es el *interés superior del menor*, al que se refiere reiteradamente la Ley, pero dejándolo en nebulosa. Sólo se dice que “*ha de ser valorado con criterios técnicos y no formalistas por equipos de profesionales especializados en el ámbito de las ciencias no jurídicas...*” Innumerables veces alude la L.O. al *superior interés del menor*, sin atreverse a definirlo. Tiene la dificultad de ser (una vez más) un *concepto jurídico indeterminado*, que admite más intuición y sentido artístico que precisión científica o lógica al enunciarlo; tiene la importancia también de aludir a los derechos fundamentales del menor, que, en caso de conflicto con los del adulto, deben prevalecer; tiene además el relieve de ser igualmente un *principio general del Derecho*, apto para la interpretación de las normas y la integración de las lagunas de la ley. Pero de poco nos servirían tantos méritos si no fuera posible una aproximación mayor a su significado.

Según el profesor Rivero Hernández, “*el interés del menor constituye en nuestro sistema jurídico un concepto jurídico indeterminado, por medio del cual la Ley se refiere a una*

realidad cuyos límites no precisa con exactitud, pero con lo que intenta definir o delimitar un supuesto concreto que permite que sea precisado luego en el momento de su aplicación... El hallazgo de la única solución adecuada sólo es posible al trasladar el concepto indeterminado, en la aplicación de la ley, a la realidad y circunstancias concretas del caso” (STS de 28 abril 1964).

Félix Pantoja, Vocal del Consejo General del Poder Judicial, con larga experiencia como Fiscal de Menores de Madrid, en su voto particular al informe del Consejo sobre el ya citado Proyecto de Ley de reforma de la LORPM, actualmente en tramitación, afirma que “el juego del interés del menor en el proceso de menores viene establecido en la necesaria valoración por el Juez de sus circunstancias personales, sociales y familiares para adecuar la respuesta sancionadora “. Este modo de proceder es incompatible con la proporcionalidad de la sanción a la gravedad del hecho, como acentúa la reforma que está preparando el Gobierno, pues dicha proporcionalidad condiciona la respuesta al automatismo legal, sin las consideraciones que la singularizan respecto de los menores infractores. También se ve el interés del menor comprometido por el establecimiento de períodos de seguridad en el artículo 10, apartados 1 b) y 2 b), que impiden al Juez modular la respuesta sancionadora y valorar la evolución del menor en tanto no haya transcurrido un año o la mitad de la duración de la medida impuesta, privando de sentido los proyectos educativos previstos por los equipos técnicos y recogidos en la sentencia, y convirtiendo en irrelevante el trabajo de formación cuando el interesado ha de acabar necesariamente en un centro penitenciario ordinario.

Mal que le pese al Ministerio de Justicia de España que, en la exposición de motivos del repetido Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, se descuelga con la humorada de que el interés *superior* del menor no quiere decir que sea “*único y excluyente* frente a otros bienes constitucionales”. Obviamente, *superior* no es término equivalente a *único o excluyente*; no hay más que consultar un Diccionario de la lengua para comprobarlo. Pero, si el interés del menor no es *preferente*, no se podría considerar *superior*, razón por la cual deviene inadecuada la compatibilidad que la reforma pretende entre el “interés superior del menor” y la “proporcionalidad entre la respuesta sancionadora y la gravedad del hecho cometido” (EXPOSICION DE MOTIVOS, V), la cual es secundaria frente a la proporcionalidad de la medida con las necesidades de desarrollo de la personalidad del sentenciado, objetivo que se encuentra más en la línea que el indicado con la *individualización* que el propio texto legal pretende. Las habilidades dialécticas no deben ocultar la buena fe en la interpretación y aplicación de las leyes que, directa o indirectamente, se refieren a los derechos fundamentales, como las que pertenecen al ámbito de la educación o de la reeducación. Recuérdense en este sentido las preferencias que defienden los convenios internacionales, así como nuestra L.O. 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor.

Hay dos o tres matices que conviene subrayar a este propósito. El primero, que, dada la famosa globalización, indiscutible en nuestro tiempo, de los conflictos, los recursos, los medios y los logros que afectan a la colectividad, el respeto del *interés superior del menor* no sólo interesa a éstos, sino también a todos los que se encuentran a su alrededor y a sus víctimas. El segundo matiz es que el mencionado *interés superior* no coincide con *lo más cómodo* para el menor, porque no se trata de dejarlo en paz, sino de ayudarlo a educarse y desarrollarse... De aquí que constituiría un inmenso perjuicio para el menor que el abogado o la familia pretendieran sacarlo absuelto a toda costa, legitimando las mentiras del interesado y las de los falsos testigos con o sin juramento. (Por esta razón, como se ha dicho, la Ley postula la *especialización* de Jueces, Fiscales y Abogados, porque el fin de la condena judicial del menor no es la retribución de la culpabilidad -como en las penas de los Códigos-, sino la *prevención de la peligrosidad*, como en las medidas de seguridad, y ello requiere un cambio de actitud en los operadores jurídicos). No me hago, sin embargo, demasiadas ilusiones: ni los interesados, ni las familias, ni los operadores del Derecho, ni las víctimas, están por la labor de interpretar con riqueza de matices los conceptos que forman el suelo del campo de la Justicia juvenil; lo único que tal vez les importa es *pasar como las nubes, como las naves, como la sombra...* y fingir o mentir cuanto haga falta.

Sin embargo, no tengo la menor esperanza de que se pueda convencer a los abogados y a las familias de lo que supone el sentido educativo de las medidas, situadas en un relativo punto medio respecto de los dos extremos paternos: la tolerancia absoluta y la educación a base de bofetadas. En general, creo que ni el interesado *sabe dónde tiene la mano derecha*, ni la familia ni el abogado lo ayudan en general de modo adecuado. El justiciable ni puede ser ignorado por los suyos ni tampoco ensalzado hasta la gloria, como vemos inexplicablemente en algunas ocasiones, por ejemplo, en los medios de comunicación cuando se transmite la noticia de que en tal país hay un español condenado a muerte, porque entonces la enemistad hacia la pena de muerte se traduce en palabras de miel y absolución o sobreseimiento y manifestaciones públicas de apoyo y elogio para el condenado, acompañadas a veces de dicitos para con el Juez que impuso la pena, el gobernante que no la indultó y hasta en ocasiones la *provocadora* víctima. Naturalmente, no es eso, no es eso, pero tampoco hay interés real por saber qué, sino un mero interés a raíz de las tinieblas para aclarar los nombres de los supuestos valientes.

II.4. Delitos graves, apariencia e inconstitucionalidad

Si hasta ahora aún podría parecer que *todo el monte es orégano*, en este momento procede decir que las leyes promulgadas en reforma de la LORPM ya no han respetado tan escrupulosamente como ella los aludidos principios internacionales. La L.O. 7/2000, de 22 de diciembre, *en relación con los delitos de terrorismo*, acentúa la grave-

dad de la sanción proporcional a la gravedad del delito, obliga al Juez en los supuestos más graves a aplicar necesariamente sanciones más graves, el internamiento cerrado obligatorio puede llegar hasta 10 años y ser completado con una libertad vigilada hasta 5 años más, introduce sanciones que son auténticas penas y no medidas reeducativas (la inhabilitación absoluta), los imputados por delitos de terrorismo son juzgados por un órgano judicial un tanto *sui generis* (Juzgado Central de Menores). De esta forma, aunque la exposición de motivos diga que se trata de hacer “eficaz el proceso rehabilitador” en los menores más peligrosos, lo cierto es que la reforma está hecha pensando más en las víctimas individuales y sociales de aquéllos que en los derechos y garantías de los menores. ¡Qué lejos empiezan a quedar el interés superior del niño, el desarrollo económico y el desarrollo de la personalidad, y la reintegración social como fines fundamentales de las medidas del Derecho de Menores, propugnados por la L.O. 5/2000 y la Convención sobre los Derechos del Niño!

Como colofón, sólo me resta plantear (*respondiendo a las exigencias lógicas de lo que ya podemos empezar a llamar el “principio de conservación de Penélope”*) si las infracciones de lo dispuesto en los Convenios internacionales sobre menores, por parte de la legislación española, podrían tener la suficiente entidad como para dar lugar a la pertinente reclamación ante el Tribunal Constitucional, considerando que las infracciones de normas internacionales representan al mismo tiempo un incumplimiento de lo dispuesto en los artículos 96 y concordantes de la Constitución española, sin perjuicio de la responsabilidad internacional que pudiere ser procedente por la infracción de tratados en este ámbito, con arreglo al Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969 y disposiciones concordantes.

Desde luego, hay que ser prudentes y avisados. Por lo tanto, seamos conscientes de que, si el Tribunal Constitucional puede evitarle un disgusto al Gobierno, se lo evitará. Y, además, argumentar diciendo que una norma jurídica ES inconstitucional (o lo que sea y por las razones que sean) parece una manera en extremo petulante de hablar provocando, por lo que recomiendo un tono más modesto y ofrecer la conclusión de que, así las cosas, *parece* que las normas X, Y y Z, por su oposición a lo dispuesto en los artículos A, B o C de la Constitución, *reúnen méritos suficientes para ser declaradas inconstitucionales...* salvo, naturalmente, cualquier otro parecer en Derecho mejor fundado. El éxito del Derecho radica en lograr, en todo conflicto de intereses, un punto de equilibrio en el fondo y en la forma.

III. La Ley del Menor y la Constitución Española

III.1 La filosofía de los fines de las sanciones penales

Desde la Antigüedad hasta hoy, las normas llamadas penales siempre han pretendido alguno de los siguientes fines o varios de ellos combinadamente: respecto del delincuente: eliminarlo, hacerlo inocuo, vengarse, transformarlo; respecto de la

Sociedad: protegerla, restaurar el orden, generar confianza en el Derecho; respecto de las víctimas: ayudarlas a vengarse, facilitarles una reparación, darles protagonismo en la persecución del delincuente. La selección o prioridades de los fines en cada época han dependido de su evolución cultural y religiosa más que de su ideología política. Se dice, por ejemplo, que la prisión es un invento de la burguesía, pero no es correcto decirlo así; en realidad, *la prisión es un invento del Estado para domesticar a los rebeldes*, en un momento histórico en que la burguesía era la clase dominante, pero los cambios políticos que sobrevinieron más tarde no terminaron con la prisión, que ha sido adoptada por *todas* las ideologías políticas como un mecanismo de dominación insustituible.

Expresados con términos más elegantes, los fines de las penas consisten en: *retribución* (restaurar el orden quebrantado por el delincuente, infligirle por justicia un mal equivalente al mal causado por el delito), *prevención especial negativa* (eliminación, inocuización, intimidación del delincuente), *prevención especial positiva* (corrección moral, reeducación, reinserción social del delincuente), *prevención general negativa* (intimidación de la Sociedad), *prevención general positiva* (protección de la Sociedad y de las víctimas, generación de confianza en el Derecho).

En principio, el Derecho penal de los adultos se guiaba por criterios de crueldad (el delito se consideraba en épocas históricas como una ofensa gravísima a los dioses o a los reyes absolutos) y el de los menores por criterios de educación (“enderezar el arbolito que crece torcido”), pero el Derecho de los menores contagia al de los adultos y termina en nuestros días por prevalecer en ambos la *prevención especial positiva*: la pena y la medida tienen, en todo caso, por finalidad prevalente la *educación* o la *reeducción*, la *reinserción social*, la *resocialización*, inclinando a los penados, mediante un programa de tratamiento, a volver a la sociedad decididos a convivir sin delinquir de nuevo. Pero, si el Derecho correccional ha contagiado con su humanismo al Derecho penal de adultos, y ha recibido del mismo un sistema más elaborado de garantías, tenemos que evitar el abuso y el error, que consistiría en que el Derecho penal de adultos contagiara fácilmente al de menores su crueldad y su carácter vindicativo.

La finalidad últimamente expresada es la que acoge, como *orientación* de las penas y medidas privativas de libertad, el artículo 25.2 de la Constitución española. Y ésta es la finalidad que aparece claramente privilegiada en el CP, la LOGP y la LORPM. Por ejemplo, en esta última, los artículos 7.3, 14.1, 19, 27, 30.1, entre otros, se refieren a *reforma de los menores*, *actividades educativas*, *mediación para alcanzar la conciliación* y *la reparación*, que son modalidades, sinónimos o aspectos de la prevención especial positiva, o emplean reiteradamente la expresión *interés del menor*, que es también, a mi juicio, de naturaleza equivalente a la de los términos anteriores.

Más relieve merecen los apartados de la exposición de motivos que hablan de *intervención de naturaleza educativa de especial intensidad* (número 7), *perspectiva san-*

cionadora-educativa (número 11), o, insisto en ello, del *interés superior del menor*, que es la clave de la orientación de estas normas, encaminadas siempre a la *transformación (integración) social* del responsable de hechos penales (no confundir con la *corrección espiritual* de otros tiempos más influidos por la fe religiosa) y a su natural adaptación a la convivencia social. La guinda se encuentra en el artículo 55 de la LORPM, donde se contiene la regulación del *principio de resocialización*, en el marco de las “reglas especiales para la ejecución de las medidas privativas de libertad”. El *principio de resocialización* comporta: “el principio de que el menor internado es sujeto de derecho y continúa formando parte de la Sociedad”, “el internamiento debe favorecer los vínculos sociales, el contacto con los familiares y allegados, y la colaboración y participación de las entidades públicas y privadas en el proceso de integración social” y “preparar su futura vida en libertad”. Más claridad en la norma, imposible.

Pues bien, la necesidad indiscutible de que las leyes penales del régimen actual hayan de compartir los fines de las sanciones penales elevados por la norma suprema a preceptos de rango constitucional, pasa desapercibido a los autores de las reformas realizadas o proyectadas en la LORPM, precedidas de una compleja negociación política antes de su tramitación formal en el seno del Consejo de Ministros y en las Cámaras parlamentarias, las cuales, por un deseo desproporcionado de protagonismo y por un exceso antijurídico de voluntarismo político, incurren en nuevas contradicciones para quitar del foco de atención a las anteriores. Lo curioso es que, fuera del escenario de sus glorias, ellos también hacen análogos reproches a otros grupos de poder o de presión. Y es que la Política, incluso sin mala fe, de la misma manera que ya no puede quitar las ropas de la cama porque se han hecho viejas sin haber empezado a usarlas, tampoco puede votar por la restauración borbónica diseñando un fresco imaginario y tomándolo por el paisaje verdadero.

III.2. Agravación de las medidas para menores

II.2.1. *Hacia una política criminal del garrote*

Ya en la L.O. 7/2000, que modifica la L.O. 5/2000, para crear un subsistema destinado a los menores acusados de delitos de terrorismo y otros delitos graves, las proclamasiones de inocencia que contiene su exposición de motivos tratan de convencernos de que se refuerza la aplicación de los principios inspiradores de la LORPM a los autores de terrorismo. La atribución de la competencia a la Audiencia Nacional (Juzgado Central de Menores), la prolongación de la duración de las medidas de internamiento cerrado (hasta 6 años y 10 en caso de pluralidad de infracciones, lo que supera la duración de la pena que le hubiera correspondido al sujeto por el CP de 1973) y la obligación judicial de imponer éstas en los casos de delitos más graves, el establecimiento de un “período de seguridad” para la modificación judicial de la

medida impuesta, la pena (que no medida) de inhabilitación absoluta superior en hasta 15 años a la duración del internamiento, la elevación de los plazos de prescripción... todo esto configura un régimen lejano de la *prevención especial positiva* y más bien próximo, según algunos críticos, a la *pura retribución*, o, más exactamente, a mi juicio, a la *prevención especial negativa*, que persigue la eliminación o la inocuización del delincuente, tal como dijo algún político: “*El mejor terrorista es el terrorista muerto*”. (Lo que no deja de ser un formidable error de perspectiva, al situarse el operador del Derecho a ras del delincuente, olvidando la exigencia legal de la perspectiva contraria).

Admito que la Sociedad pretenda castigar más llamativamente a los terroristas y autores de otros delitos de sangre, siguiendo el ejemplo de Beccaria, dada su especial gravedad y la gravedad también de la alarma que causan, pero, como la Constitución no distingue, hay que aceptar que estos criminales tienen, como los demás, derecho a una puerta entreabierta que les permita, aunque sea excepcionalmente, refugiarse en las normas que regulan el tratamiento penitenciario resocializador; tal vez no una aplicación directa y desde el principio de estas normas, pero sí al menos una oportunidad... Y con mayor razón si se trata de menores, no pudiendo ni debiendo olvidar que éstos han sido toda la vida los sujetos de los que la doctrina ha predicado las mayores posibilidades de conseguir una resocialización, que es muy difícil y excepcional en el caso de los adultos (aunque nunca desechable de antemano).

En este contexto, Félix Pantoja recrimina al proyecto de reforma la falta de precisión sobre “el *modelo de política criminal* que subyace en aquélla, que se sustenta en un incremento de los principios punitivos en detrimento de las medidas de reinserción social esenciales en una ley de esta naturaleza”. A su juicio, “el principal y quizás único problema de la Ley (radica) esencialmente en la necesidad de dotar de los recursos económicos y sociales necesarios a las infraestructuras de ejecución de medidas, así como regular adecuadamente la gestión de los centros de internamiento ahora en régimen de concierto con entidades privadas...”, observación que, con independencia de que los proyectos de leyes penales lleven consigo siempre un estudio económico de sus consecuencias (de hecho no lo llevan nunca), está llena de sentido común. Si la Ley del Menor no ha dado el juego que de ella se esperaba ha sido por la inercia y pasividad de los Ministerios competentes o de las correspondientes Comunidades Autónomas en preparar el terreno para su entrada en vigor, lo que no tiene otra consecuencia ni conclusión lógica que la de decir : “*más vale tarde que nunca...*”

III.2.2. *Democracia, inconstitucionalidad e indiferencia afectiva*

Nuevamente, como conclusión de todo lo dicho, me vuelvo a plantear, como antes (es el *leit motiv* de mi intervención), la posible *inconstitucionalidad* de una Ley penal que desprecia o contradice los fines de la pena convertidos en norma del

mayor rango (interno) en el artículo 25.2 de la Constitución española. Y, aunque el Tribunal Constitucional tiene interpretado en su jurisprudencia que la reeducación y reinserción social no son derechos fundamentales del penado, sino *meros principios orientadores de la legislación penal y penitenciaria que vinculan exclusivamente al legislador*; creo sinceramente que el TC no tiene razón y que tal vez sabe que no la tiene (y que no le importa tenerla o no), porque, preocupado, como en otras ocasiones, de ahorrar problemas económicos y jurídicos complicados al Gobierno, trata de negarnos lo elemental: que el penado tiene derecho a una ejecución de su pena *orientada hacia la reeducación y reinserción social*, con los derechos complementarios que se enumeran a continuación en el mismo artículo, por la potísima razón de que el artículo 25 de la CE se encuentra situado en la sección primera, titulada *De los derechos fundamentales y de las libertades públicas*, del capítulo segundo, titulado *Derechos y libertades*, del título I, titulado *De los derechos y deberes fundamentales...* Y que el artículo 53 reivindica *las garantías* y los mecanismos protectores *de las libertades y derechos fundamentales* para “las libertades y derechos reconocidos en la sección primera del capítulo segundo”... (O sea: *¿De qué color era el caballo blanco de Santiago?* Respuesta: *blanco, claro*. Pregunta: *no, tordo; no existe el color “blanco” hablando de caballos*)...

Señores, más claro, agua, sin perjuicio de que quien se empeñe en ello, no solamente llama agua al polvo y polvo a las rocas, sino que además consigue que otros le imiten con la misma convicción o le sigan. (Por ejemplo, *¿se puede dejar de llamar oficialmente terroristas a los autores de delitos de terrorismo?*; *¿se puede sonreír abiertamente a los terroristas -o tal vez guerrilleros- y mirar con malos ojos a las víctimas y sus viudas y huérfanos?*; *¿se puede pasar la mano por el lomo a quien representa a una infinitésima parte de las víctimas y despreciar olímpicamente al segundo partido, porque está solo, evitando decir que representa a diez millones de habitantes?*; *¿se puede apoyar o permanecer indiferente ante una declaración autonómica de que la relación entre el Estado y las Comunidades Autónomas es una relación entre dos soberanías?* Por supuesto que se puede. Recuérdese la anécdota falsa de quien estaba realizando un acto personalísimo sobre la puerta de la iglesia o el simpático relato de José María Pemán sobre la invención del crédito en su libro *Cuentos sin importancia*. *¿Se puede decir -y creer- que dos y dos son cinco?*).

Sea fácil o no de entender, la aplicación del Derecho conlleva una maraña de pensamientos, sentimientos, creencias y actos de voluntad, que, salvo superficialidades, hace difícil que el sistema pueda ser entendido por profanos (aunque esto desde luego no impida la presunción *iuris et super iurem* de que, como ya he dicho en otras ocasiones, todo español, por el hecho de serlo, considera que tiene ciencia infusa en materia de leyes, toros, fútbol y flamenco). Pero yo debo atenerme a mis creencias, y creo con toda firmeza que la reforma operada por la L.O. 7/2000 en la LORPM *puede ser declarada inconstitucional* sin ningún disparate lógico ni ético, y que los ciudadanos deberían obrar en consecuencia, aunque sea desautorizando a sus partidos políticos por haberse puesto de acuerdo en un extremo tan discutible como es la

reforma de las leyes penales para endurecer, tanto, de un lado, el tratamiento penal de los responsables de delitos graves, como, de otro lado, el de aquellos que, aunque cometan hechos típicos, éstos sabemos que no son delitos por faltar requisitos esenciales para ello, como son la imputabilidad y la culpabilidad del sujeto, incompatibles desde luego con la menor edad.

También quedan lejanas de las normas internacionales las reformas que el segundo Gobierno del PP y el actual del PSOE se comprometieron repetidas veces a introducir en la *Ley reguladora de la responsabilidad penal del menor*, en ejecución de supuestos compromisos sociales (*decían*). Es curioso observar que, debiendo ponerse de acuerdo ambos partidos en tantas cosas importantes por el bien de España, hayan ido a hacerlo precisamente en un punto que significa la contradicción de los principios generales del ordenamiento penal en el sector concreto de la responsabilidad de los menores, endureciendo objetivamente las sanciones, en paralelo con la reforma de la legislación penal correspondiente a los mayores. El Proyecto de Ley Orgánica de modificación de la LORPM fue aprobado por el Consejo de Ministros y remitido al CGPJ el pertinente informe. Dicho informe (fechado el 23 de noviembre de 2005) es en general escandalosamente conforme al texto remitido por el Gobierno, por lo que se aconseja la lectura meditada del voto particular presentado por el Vocal Don Félix Pantoja, ya citado, con anterioridad.

El fundamento formal y material de la reforma se sitúa en la disposición adicional sexta de la L.O. 5/2000 de 12 de enero, introducida por el apartado 3º de la disposición final segunda de la L.O. 15/2003 de 25 de noviembre, por la que se modifica la L.O. 10/1995 de 23 de noviembre, del Código penal. Modificaciones de modificaciones y remisiones de remisiones, que no constituyen un método recomendable para meter las manos en el ordenamiento jurídico. La finalidad concreta de esta reforma es “*sancionar con más firmeza y eficacia los hechos (¡no sería más correcto decir actos!) delictivos cometidos por personas que, aun siendo menores, revistan especial gravedad, como son los previstos en los artículos 138, 139, 179 y 180 del Código Penal*” de 1995 (homicidio, asesinato, agresiones sexuales) (EXPOSICION DE MOTIVOS, párrafo I). Ahora bien, la *especial gravedad* no existe como criterio general de clasificación de los delitos ni de las penas en los artículos 13 y 33 del CP vigente, por lo que su interpretación nos aleja un punto más del terreno de la seguridad jurídica. Por lo demás, continúa diciendo y aclarando el proyecto, “*A tal fin, continúa señalando la disposición adicional, se establecerá la posibilidad de prolongar el tiempo de internamiento, su cumplimiento en centros en los que se refuercen las medidas de seguridad impuestas y la posibilidad de su cumplimiento a partir de la mayoría de edad en centros penitenciarios*” (EXPOSICION DE MOTIVOS, I). “*Por otra parte, dice la misma E. de M. más adelante, la revisión del Código supone también que se adecúa el tiempo de duración de las medidas a la entidad de los delitos y a las edades de los menores infractores, y se suprime definitivamente la posibilidad de aplicar la Ley a los comprendidos entre 18 y 21 años* (EXPOSICION DE MOTIVOS, VII).

Ni el fin ni los mecanismos de esta reforma tienen, en apariencia al menos, mucho que ver con la finalidad constitucional resocializadora de la sanción penal, ni con los valores igualmente constitucionales de nuestro Estado de Derecho social y democrático, ni con el carácter pedagógico del Derecho correccional de los menores. Antes al contrario, las escasas palabras consumidas con el propósito indicado en la exposición de motivos de la L.O. modificadora no dicen relación a los elementos subjetivos, propios del ordenamiento sancionador que adopta una misión predominantemente pedagógica, sino que parece como si, arrepintiéndose de haber apoyado tales excesos en un tiempo anterior, ahora importan sólo los viejos criterios objetivos del Derecho penal (democrático) de adultos: proporcionalidad entre la sanción y el delito, la edad de los menores y la *especial gravedad de los hechos*. Tener en cuenta esta orientación significa un cambio de rumbo y poner en primer plano la retribución, la intimidación y el sufrimiento; aumento del tiempo y de la dureza de la sanción como mecanismo de lucha contra la desviación del desarrollo de la personalidad del menor... ¿Es que todavía *la letra con sangre entra*?

Tampoco los procedimientos han sido en puridad mucho más democráticos que antaño. No es la Comisión General de Codificación, derrumbada en el desván de Don Quijote como las viejas armas de sus abuelos, quien ha dirigido y materializado el proyecto, sino una Comisión *ad hoc*, designada por el Ministro de Justicia, la cual una vez más ha actuado con el *secretismo* que siempre se ha valorado como un mérito de discreción y de democracia cuando se ha tratado de reformas realizadas por un Gobierno propio, y como un acto de deshonestidad política y casi traición a la Patria cuando la reforma ha sido emprendida por un Gobierno de color distinto que el que opina. Aparte de que hoy estamos aquí todos (*todos los que estamos*, naturalmente), pretendo hacer algunas observaciones al Proyecto sobre el texto que ha llegado a mis manos, no sé si por el inocente placer de contribuir modestamente al desarrollo legislativo o por el masoquismo característico de los españoles, que desean tener muchas leyes para darse el gustazo de ignorarlas olímpicamente (por lo que, en buena lógica, debería darles igual la buena o mala calidad de esas leyes, pero... También en esto somos *diferent*, porque las maldades y las ilegalidades pretendemos realizarlas ateniéndonos a las reglas del juego)...

II.2.3. La reforma paso a paso

Como requisito previo, la reforma había de ir precedida de una “*evaluación de los resultados de aplicación de la L.O. 5/2000 de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores... una vez transcurridos cinco años desde su aprobación*” (EXPOSICION DE MOTIVOS, II). A este respecto, la E. de M. afirma que, “*en cumplimiento del mandato legal, el Gobierno ha realizado*” esa evaluación de los resultados de aplicación de la L.O. del Menor, pero a los ciudadanos no nos consta que haya sido así, ni hemos visto publicados el correspondiente informe ni los datos obte-

nidos en la investigación. La afirmación que hace la E. de M. de que “*existe el convencimiento de que la ley en estos sus primeros años de vigencia ofrece un balance y consideración positiva... (lo que) no impide reconocer que, como toda ley, en su aplicación presenta algunas disfunciones que es conveniente y posible corregir*” (EXPOSICION DE MOTIVOS, II, in fine), es tan vago e indefinido que no dice nada, ni compromete a nada, igual podía haber sido redactado por quien no conociera estudio, ni informe, ni conclusiones, sencillamente porque no existiesen.

Cosa análoga sucede con la afirmación siguiente de que “*las estadísticas revelan un aumento considerable de delitos cometidos por menores, lo que ha causado gran preocupación social y ha contribuido a desgastar la credibilidad de la ley por la sensación de impunidad de las infracciones más cotidiana y frecuentemente cometidas por estos menores, como son los delitos y faltas patrimoniales*” (EXPOSICION DE MOTIVOS, III). A continuación, se echa un poco de aceite sobre el agua agitada y se dice –por supuesto, sin ninguna prueba- que “*debe reconocerse que afortunadamente no han aumentado significativamente los delitos de carácter violento, aunque los realmente acontecidos han tenido un fuerte impacto social*” (IDEM), y precisamente la nueva L.O. “*plantea la revisión de determinados aspectos de la L.O. 5/2000... con el objeto de resolver estos problemas*” (IDEM III Y IV),

Se trata, pues, de afirmaciones vagas, sin contenido y sin demostración, que van a cualquier parte pero que no llegan a ninguna. Por su lado, el Instituto Universitario de Criminología de Málaga, que preside el profesor Díez Ripollés, ha comparado estadísticas de varios años y ha llegado a la conclusión de que en los últimos la delincuencia juvenil no ha aumentado, sino la actividad de la policía encaminada a su descubrimiento. En suma, pues, creo que el Gobierno NO ha valorado la L.O. 5/2000; los destinatarios de las normas NO hemos visto estadísticas; el Instituto de Criminología de Málaga, que sí las ha manejado, constata que la delincuencia juvenil española NO ha aumentado; ¿cómo se puede escudarse en la voluntad de la Sociedad para justificar una reforma que no es ni progresiva ni razonable... ¿Qué nuevos problemas se quieren resolver si no hay problemas nuevos? ¿Cómo se construye en esta problemática la relación causa-efecto? Etcétera. Todo lo que está sucediendo me parece por lo menos *frívolo*.

Descendamos al detalle de la reforma. En primer lugar, “*se amplían los supuestos en los que se pueden imponer medidas de internamiento en régimen cerrado a los menores, añadiendo los casos de comisión de delitos graves y de delitos que se cometan en grupos o cuando el menor perteneciere o actuare al servicio de una banda, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades*” (EXPOSICION DE MOTIVOS, vi). , Aquí, lo que me parece rechazable por excesivo es la imprecisión terminológica en la caracterización típica de las bandas, organizaciones y asociaciones (equiparando tres denominaciones que tienen muy distinta procedencia: la Criminología, el Derecho administrativo y el Derecho civil), en un afán de *dejarlo todo atado y bien atado* (aunque sea por los pies)... Comparto el crite-

rio de asimilar objetivamente los diversos supuestos de criminalidad organizada, con independencia del objetivo. Félix Pantoja, en su voto particular, critica la nueva circunstancia de “actuar en grupo” (art. 9, 2, C de la Ley del Menor), pues, aunque no cabe calificarla de agravante, sí produce efectos gravosos para los menores, a quienes les puede ser aplicada la medida en centro cerrado a cualquier conducta típica cometida de ese modo, cosa que no sucede respecto de los delincuentes adultos (discriminación).

Otra agravación la representa la elevación de la duración de las medidas de internamiento obligatorio (de 2 a 3, 5 y 6 años) en los delitos de terrorismo y otros supuestos de extrema gravedad (arts. 9, 2 y 3, y 10.2 de la LORPPM). Hay que recordar que una privación de libertad de esos años no tiene nada de leve, y no significa desde luego que la nueva Ley haya dulcificado el tratamiento penal de los delincuentes juveniles, en contra de lo que se dice. Fiel a su política de endurecimiento, el penúltimo borrador de Anteproyecto reconoció que así se continúa “la línea emprendida por las L.O. 7 y 9/2000, que introducen *criterios retributivos y de proporcionalidad* de la medida con el daño causado”. ¡Y lo dicen tan contentos, como si las sanciones educativas para los menores hubieran de justificarse con criterios objetivos, basados en la proporcionalidad entre la gravedad de los hechos y la intención del sujeto, como si el Derecho penal o correccional de los menores fuera un Derecho penal ordinario light y no un ordenamiento, complementario si se quiere, pero de otra naturaleza, como las sanciones civiles, administrativas o familiares! Lo fundamental en este área son los criterios subjetivos y personales, adecuados a las necesidades educativas y el desarrollo corporal y espiritual que se manifiesta en el comportamiento personal y directo de los “menores delincuentes” (¡Señor, Señor!, ¡cuándo se van a enterar?). Un análogo razonamiento vale para justificar la aplicación de la LORPM a los jóvenes entre los 18 y los 21 años, suprimida definitivamente en el párrafo VII de la exposición de motivos de la reforma agrícola del jefe, porque, aunque se trata de mayores de 18 años, habrían de tener una personalidad más bien propia de los menores de dicha edad y la aplicación del régimen jurídico de estos últimos estaría más que justificada. Si no se quiere hacer como dice el primer texto de la Ley porque no hay dinero ni otros medios necesarios, vale, pero no se ridiculice la postura de los autores del Anteproyecto de la L.O. 5/2000, que era leal y coherente con las orientaciones constitucionales.

La reforma que se está *cociendo* prevé asimismo como posibles unas “técnicas específicas singularizadas” de comparación con las correspondientes penas para los adultos. Creo que con esa enfadosa terminología se alude a la “transformación” de medidas propias de los menores en penas ordinarias, a cumplir en centros penitenciarios conforme al régimen general previsto en la LOGP, “*cuando se trate de la medida de internamiento en régimen cerrado y el menor alcance la edad de 18 años sin haber finalizado su cumplimiento... si la conducta de la persona internada no responde a los objetivos propuestos en la sentencia*” (art. 14.2) y “*cuando las medidas de internamiento sean*

impuestas a quien haya cumplido 21 años de edad o, habiendo sido impuestas con anterioridad, no haya finalizado su cumplimiento al alcanzar la persona dicha edad” (art. 14.3). En el primer caso, el Juez de Menores “podrá ordenar”, y en el segundo “ordenará”, que el cumplimiento de la medida se lleve a cabo en un centro penitenciario. (Se advierte que las consecuencias del cumplimiento por el condenado de su mayor edad pasan, en el Proyecto, de estar reguladas en el artículo 15 a estar reguladas en el artículo 14 de la LORPM). Resumiendo mi opinión, que se explyea en otro apartado, diré que me parece un disparate interrumpir la relación *sui generis* entre el sancionado por la LORPM y el Juez de Menores que sentencia y controla su ejecución para sustituirla por una relación entre el exmenor y el ingeniero electromecánico, que a estas alturas de la peripeca penal no puede ser sino perturbadora. (Véase, además, página 20).

El legislador aprovecha las ocasiones para *dar a luz* alguna sanción nueva: en la reforma 7/2000, la inhabilitación absoluta (que no puede responder a la naturaleza de sanción pedagógicamente intensa que es propia de esta rama del Derecho, por lo que debe ser excepcionalmente caracterizada como pena, en cuanto que es una defensa de futuro de los ciudadanos contra los terroristas), y en la reforma de 2006 “se añade una nueva medida, semejante a la prevista en el Código penal, consistente en la prohibición al menor infractor de aproximarse o comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez” (EXPOSICION DE MOTIVOS, VII). A propósito de las penas de aproximación y alejamiento, y su vinculación con las leyes reguladoras de la “violencia de género” (sic), hay una curiosa opinión, extendida entre los Jueces de Menores, según la cual la mencionada ley tiene *vis atractiva* y, en consecuencia, el menor que hubiera de responder de delitos de violencia de género, además de otros, sería juzgado por el Juez de Menores por estos últimos y después, por la Ley de violencia de género, por el Juez competente para aplicarla. Me parece una solución arbitraria y poco respetuosa de nuestro ordenamiento. El régimen penal de los menores delincuentes es un *totum special* de aplicación preferente por el Juez de Menores, cualquiera que sea el lugar físico en el que se encuentran las normas y las sanciones aplicables, de cuya competencia para hacerlo queda desposeído el Juez competente en beneficio del propio. Luego, no. Y, ya puestos, añadiré que el legislador, o el Gobierno, o el oráculo de Delfos, ha hecho *un pan con unas tortas* al eliminar la discriminación histórica de la mujer, creando en cambio la discriminación del hombre por los mismos hechos. Seguimos dando palos de ciego.

Esta norma se autojustifica en la E. de M. porque representa un incremento de los poderes discrecionales del Juez, lo cual no es negable, pero tampoco evita la discusión sobre la procedencia de la naturaleza de la sanción *novada*, con carácter previo a la configuración de la resolución judicial correspondiente como de carácter obligatorio o potestativo. (También el CGPJ se refiere a la *novación* de una medida educativo-sancionadora por una *genuina pena* de prisión). El argumento expuesto de que la facultad de producir un cambio en la situación del menor que cumple la

mayor edad significa (en parte) un incremento de las facultades discrecionales del Juez de Menores para mí no prevalece sobre el de que la sanción en el Derecho juvenil no es directamente proporcional a la gravedad del hecho, sino ante todo adecuada a la personalidad y las necesidades educativas del reo, prioridades que altera concretamente el Proyecto oficial. Como lo hace cuando vuelve a agravar (después de la reforma de la LO 7/2000) la sanción de internamiento obligatoriamente imponible en el terrorismo y otros delitos especialmente graves. (Por cierto, esperamos que toda la legislación y documentación oficial, española y europea, en torno al terrorismo recupere la elegancia de esta palabra para denominación de los trapos que siempre se llevan dentro, y ahora más que nunca, pero con tanto cuidado en suprimir esa palabra de los medios de comunicación, a pesar de las advertencias de las Naciones Unidas y de la Unión Europea, y de las toneladas de convenios y declaraciones que exhortan a no disimular lo que es el terrorismo, con tanto cuidado y minuciosidad está desapareciendo de los medios de comunicación, que los mal pensados tendemos a creer que no es José María Aznar el único presidente del Gobierno que se ha propuesto engañar al pueblo español sobre esta materia).

III.2.4. Observaciones finales (o no)

Tengo dos observaciones finales que formular. La primera es que el traslado del interesado a un establecimiento penitenciario para que siga cumpliendo la medida impuesta en su día por el Juez de Menores no significa un cambio de naturaleza de la medida, ya que en ningún caso puede dejar de ser tal y asimilarse en su contenido y ejecución a las penas ordinarias. La segunda cuestión es que el traslado del interesado a una prisión ordinaria no supone necesariamente que se le haya de aplicar el régimen penitenciario (ordinario o no) y el control del Juez de Vigilancia, porque esto no sería ni lógico ni constitucional, no obstante lo cual esos defectos inspiran sin paliativo alguno la reforma de los apartados 4 y 5 del artículo 14 d la LORPM.

He defendido por escrito (y me ratifico) que en los supuestos del actual artículo 15 de la Ley del Menor (art. 14 tras la reforma) el pase a un establecimiento penitenciario ordinario no debe suponer cambio de estatuto jurídico: la ejecución de la medida impuesta y el programa de tratamiento correspondiente siguen siendo competencia del Juez de Menores, porque así lo impone la letra de la Ley; la estancia en el establecimiento penitenciario, simplemente fundada en que no es de recibo que un adulto siga conviviendo en un centro de niños, únicamente determina la competencia de las autoridades penitenciarias y del Juez de Vigilancia en los aspectos externos, esto es, en cuanto a disciplina, orden y seguridad en el establecimiento se refiere. Sin embargo, los Jueces no lo han visto así: los de Vigilancia ya han asumido que tienen que hacerse cargo de las competencias sobre los condenados siendo menores que terminan por cumplir su condena dentro de un establecimiento para mayores, y los Jueces de Menores se han resignado. Pero no me convence que la

interpretación de la norma depende más bien de posiciones voluntaristas que de juicios intelectuales.

Si se insiste en el criterio de que el menor condenado a una medida de la L.O. 5/2000 puede, cuando cumpla la mayoría de edad, ver cambiado su *status* por el de adulto condenado a una pena del Código penal (en la que se ha transformado la primitiva medida), si es así, entiendo que esa pretendida *novación* de la sanción sería contraria al principio de legalidad, porque al fin el que fue condenado como menor habría de terminar de cumplir una pena a la que no habría sido condenado, sustituyendo la vista que se menciona nada menos que al desarrollo de un proceso penal de adultos. Contrario al principio de legalidad (*nulla poena sine legale iudicio*), al debido proceso y al derecho a la tutela judicial eficaz (artículos 9, 24 y 25 de la CE). Rabiosa y dolosamente inconstitucional, sin duda (*¡hombre, otra vez!*), puesto que los principios afectados han sido elevados de principios generales del Derecho a preceptos constitucionales, ganando en valor, jerarquía normativa y eficacia, recurriendo posteriormente a la glosa del conjunto del ordenamiento para comprobar su carácter permanente. Es obvio que, dado este planteamiento, el jeroglífico (incrementado) puede ser resuelto por el Tribunal Constitucional, aunque él probablemente no reconocería la doctrina que aquí hemos resumido.

Tampoco está de más recordar que el borrador de Anteproyecto reconocía que esta regulación “una vez más, choca de frente con el criterio del interés supremo del menor”. (¡Nada tengo que añadir a esta gravísima declaración que constituye una confesión de parte, y la confesión de parte aún sigue siendo la prueba reina!). Por si fuera poco, aún se ha llegado a pensar en rebajar la edad inicial de intervención a los 12 años (como quería CIU en 1996). *¿Hay quién dé más? ¡Estamos en época de rebajas!*

Tal antinomia se relaciona por supuesto con la antes denunciada en el terreno del respeto a los Convenios internacionales sobre derechos de los menores, como las normas de los Pactos Internacionales de 1966, las Reglas de Beijing, etc. Recuérdese que en estos textos se habla del bienestar, de la protección y del interés superior del menor, como fines de este Derecho penal especial, y en el proyecto español se está contemplando más bien la defensa de la Sociedad y la satisfacción (emotiva) de las víctimas; se indica que el castigo del menor delincuente ha de ser de forma diferente a un adulto, y se están proponiendo penas similares o superiores a las que corresponderían a un adulto; que la mayoría de edad penal no deberá fijarse a una edad demasiado temprana, y –como acabo de indicar– se ha hablado hasta de los 12 años, como si a esa edad se pudiera ser biológica o psicológicamente imputable; que la sanción ha de ser ante todo proporcionada a las circunstancias del menor, y sin embargo aparece claramente destacada la gravedad del delito, que, como criterio subjetivo, es, todo lo más, sólo indirecto; que el ingreso en los establecimientos penitenciarios ha de ser “el último recurso y por el plazo más breve posible”, y por otra parte se potencia la privación de libertad, que se ha de imponer incluso necesariamente por los Jueces en

determinados supuestos, ya examinados, de los delitos de mayor gravedad. (*En fin, que no hay por donde cogerlo*)...

En su conjunto, el Proyecto reduce en términos generales las facultades discrecionales del Juez, quien, precisamente en este ámbito, vuelve a ser “*la boca que pronuncia las palabras de la ley*”, ciegamente. Y termino señalando que el proyecto propicia igualmente la ampliación de las medidas cautelares (con *el alejamiento de la víctima o su familia j otra persona que determine el juez*) y el plazo de su duración (EXPOSICION DE MOTIVOS, IX), burlando una vez más el principio garantizador de todo delincuente, de que las medidas cautelares no deben pasar de la mínima duración indispensable para garantizar el éxito de la investigación. (El profesor Higuera Guimerá, en un artículo publicado en el número 18 de la revista *La ley penal*, considera que la prolongación de las medidas de internamiento iría contra la letra y el espíritu de los textos internacionales). Todavía, para una mayor equiparación del Derecho *penal juvenil* con el Derecho penal de adultos se amplía el plazo de prescripción de los delitos y de las faltas cometidos por menores en el nuevo artículo 15 de la LORPM.

III.2.5. El leit motiv de la inconstitucionalidad

Aquí procedería un breve comentario: ¿Se me permite por enésima vez calificar de presumiblemente *inconstitucional* una reforma de la LORPM que se opone a los principios establecidos por los tratados internacionales en la materia cuando nuestra Constitución proclama, en su artículo 10.2, que “*las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades... se interpretarán de conformidad con... los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España*”, y, en su artículo 96.1, que las disposiciones de los tratados internacionales “*sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados*” y *no por las normas de Derecho interno*? Me gustaría decir que sí, personalmente creo que sí pueden ser declaradas inconstitucionales, pero no me hago ilusiones sobre el criterio de los demás “operadores del Derecho”. Temo que la vaguedad de los términos de la *Convención sobre los Derechos del Niño* y de las *Reglas de Beijing* alusivos a la edad y fines de la responsabilidad penal no deje margen para acusar a nuestros legisladores por menosprecio del principio de seguridad jurídica, teniendo en cuenta además la escurridiza *flexibilidad* del Tribunal Constitucional. A lo mejor, más adelante, con un cambio de gobierno o una nueva reforma de la ley, tendremos más suerte. En todo caso, para los españoles (con perdón) parece tener más atractivo rizar el rizo en cada caso concreto al justificar la aplicación de un ordenamiento contradictorio y fundamentar por ejemplo evidentes injusticias o ilegalidades recurriendo a juegos de ideas y de palabras de elevado atractivo conceptual y a veces también literario... En todo caso, también, las dudas no nos las quita nadie.

III.3. Instauración de la acusación particular

La L.O. 15/2003, de 25 de noviembre, *por la que se modifica el Código penal* (unos 200 artículos), en su disposición final segunda, introduce en el procedimiento de menores la figura de la *acusación particular* a cargo de las personas ofendidas por el delito y sus herederos y representantes legales, la cual, defendida hasta el paroxismo por CIU, había sido expresamente rechazada en el artículo 25 de la LORPM original, porque “pudiera tener un efecto contraproducente para el menor” y ser incompatible con el “superior interés del menor” (exposición de motivos, núm. 7). Y es que, con el enfrentamiento de las partes, el proceso penal ordinario se convierte en *un duelo, un drama o una comedia*, en que de hecho todo vale para resultar absuelto o ser condenado, inclusive la falsificación de pruebas (una vez que el artículo 24 de la Constitución autoriza a los imputados a *mentir*, curiosamente, según la interpretación práctica de la jurisprudencia). Los catalanes no entendieron nuestra negativa. Lo que sucede es que nada de lo que acabo de indicar es educativo y por tanto no cabe recabarlo para el proceso de menores porque en estos supuestos se trataría de defender un presunto derecho abstracto de la víctima a cambio de malograr absolutamente cualquier esperanza concreta de reeducación en el justiciable, lo que no puede ser aceptado (aunque los políticos lo digan) si es que la Constitución en su parte dogmática y los principios generales del Derecho significan algo. Insistir en el derecho de la víctima a ser informada en todo momento, a hacer alegaciones en defensa de su situación y exigir el enjuiciamiento conjunto de las pretensiones penales y civiles (EXPOSICION DE MOTIVOS, XI) es justo, pero el tema de la acusación particular, si no queremos ser hipócritas, es *harina de otro costal*.

Y menos mal que no ha prosperado la idea, que fue discutida, de introducir en este procedimiento la *acción popular*, lo que ya hubiera sido el colmo del despropósito o del laberinto, porque *todo el pueblo* contra un menor sólo podía procesalmente significar que todo el pueblo era enemigo del menor por su *terrible* peligrosidad o que todo el pueblo se convertía en tutor del menor, solicitando para él una acción educativa pertinente. Me inclino a aceptar la primera alternativa, y desde luego no entiendo que haya encontrado defensores *progresistas*. ¿Se han percatado mis compañeros de que encender luces en el pasillo para los letrados de determinadas zonas contribuye también a despejar las nieblas y crepúsculos del alma, aunque a veces el confuso se encuentra a la vez atraído y rechazado por ese mundo que, al ser iluminado, es también cada vez más oscuro, amenazador y sugerente, por paradójico que resulte?

Tengo la seguridad de que lo que estoy diciendo no es *políticamente correcto*, pero en primer lugar no me importa y, además, ya va siendo hora –creo– de que rechacemos el *pensamiento único* por dictatorial y antidemocrático, ilógico y voluntarista, absolutista y correoso, y nos orientemos por lo *correctamente político*, como digo en la nota al pie de la primera página. Lo “*políticamente correcto*” significa poner a la “*política*”, valor medial de los valores mediales para conseguir el desarrollo de la Sociedad,

en primer término, como medida y por encima de cualquier otro valor; por el contrario, lo “*correctamente político*” significa que, al exigir a la política que sea correcta, no se le atribuye el primer puesto, sino que ha de ser valorada desde otro punto de vista, ético o social, y considerada positiva para ser tenida en cuenta en el caso concreto, con legitimidad o aptitud para constituirse en el medio o “medio de los medios” que puede conseguir sin recelo la finalidad que se pretende.

No obstante mi opinión, que también es la de otros, al tratarse la acusación particular de una técnica usual del procedimiento penal, sería difícil que algún juzgador pudiera considerar ni remotamente inconstitucional a la ley que la establece en el proceso de menores. Lamento esa falta de imaginación. Pero no me resisto a poner de manifiesto la oscura intención del legislador al acoger esta reforma, tan contraria al texto del Anteproyecto, que ése sí fue elaborado de buena fe y también con mucha ilusión (y tal vez éstos sean los únicos laureles de los que los redactores podamos presumir).

IV. Guerra sin cuartel al delincuente juvenil

IV.1. La letra con sangre entra

El plan de presente y el proyecto de futuro de la sociedad actual, que sin duda evoca una nueva decadencia del Imperio Romano, es saturniano y envilecedor, en cuanto encaminado a destruir, degradar y utilizar a los niños como objetos de consumo. Forman parte de este sol de rayos negros y congeladores las actividades encaminadas a justificar y sacar partido de los abortos sin condicionamientos, la experimentación con niños, la educación familiar a bofetadas, la explotación inhumana del trabajo de los menores, su esclavitud, el turismo sexual con los mismos, su utilización como soldados o como *camellos* para la droga, el empleo de menores como blanco para los ejercicios de tiro de las *policías paralelas* de ciertos países, y un largo etcétera, a lo que podría añadirse la cuota que los menores pagan a las actividades destructoras dirigidas a todos en general, y que culminan, en nuestro tiempo, en el terrorismo ciego y suicida, en los sueldos de hambre del tercer mundo, en las deficiencias sanitarias de los hospitales, y otro largo etcétera. Aún podemos añadir, con carácter sobresaliente, la campaña desarrollada en nuestro tiempo por los *bien pensantes* para convertir la reacción legal contra los menores delincuentes en una venganza alevosa y despiadada, anulando la feliz asunción del *ius puniendi* por el poder público en el Renacimiento y cometiendo ese terrible error que consiste en luchar contra la criminalidad de los menores de un modo sustancialmente criminal.

La prensa de Madrid se hizo eco el día 14 de septiembre pasado de un informe elaborado por la ONG *Save the Children*, que arrojaba el resultado de que el 60 por ciento de los padres españoles consideraba que pegar a un niño podría ser necesario, aunque, respecto de los propios hijos, el porcentaje se rebajaba al 25'6 por ciento y

un 63 7 por ciento dijo que no era necesario. Los castigos más comunes consisten en malos tratos físicos (bofetadas, azotes, golpes con el cinturón o con una vara, tiros del pelo..., dejar sin comer) y psíquicos (humillaciones, amenazas, insultar, ridiculizar, discriminaciones con los hermanos, encierro en la oscuridad...). En ocasiones hay torturas más refinadas, reviviscencias del Marqués de Sade de las que a veces se hace eco la prensa, contribuyendo a difundir el modelo... El informe afirma que la mitad de los menores justifica la violencia de los padres. *Mal domado, buen domador*, y tantos refranes absurdos que al menos demuestran que la violencia engendra violencia, y hoy es el hijo, y mañana será el padre o el nieto... ¿Es para estar orgullosos?

No me resisto a recordar la intervención de una por lo demás prestigiosa Magistrada-Juez de Menores en unas Jornadas sobre la LORPM, patrocinadas por el CGPJ, en Madrid, en julio pasado, la cual justificó las bofetadas a los hijos por ser un aspecto propio de nuestra cultura específica... (No dijo cuál era su o nuestra cultura específica, aunque parecía sentir admiración, atribuirle valor normativo y considerarla la llave de los cuentos de hadas para seguir avanzando por la vía del progreso sin límites, dejando tirados en la cuneta ya sin efecto los pellejos vacíos e inútiles de los “conceptos jurídicos indeterminados...”). Por mi parte, no soy capaz de explicarme cómo la globalización y el capitalismo creciente han podido hacerle perder al hombre los instintos de protección de los cachorros que acompañan a todos los animales y sustituirlos por el daño indiscriminado a unos hijos que parece que se ven como rivales. No me puedo explicar que los malos tratos se lleguen a valorar como recursos pedagógicos *necesarios*, cuando todos sabemos que una imposición humillante no convence, que el padre emplea el cachete (o la paliza) como un medio de aliviar su propia tensión nerviosa y desahogar sus complejos, como un desahogo porque el niño no halaga su ego obedeciéndole ciegamente; y no es un medio de educar al niño, ya que el único mensaje formativo que realmente recibe aquél es que en las relaciones interhumanas el más fuerte *se lleva el gato al agua*, y eso mismo hará él con sus hijos en el futuro, y *seguirá la bola*. En cuanto a la idea de que nuestra *cultura específica* debe mantener todo lo que tenga de peculiar o identificador, supongo que el mismo argumento hubiera sido empleado por la interviniente si el tema a debatir hubiera sido la condición de la mujer en los países árabes o la antropofagia o la ablación del clítoris en África, pero no estoy seguro.

Comparto, en cambio, los criterios del Defensor del Menor de la Comunidad de Madrid y de la profesora Ochaíta, Catedrática de Psicología, en el sentido de que lo que procede hacer con los hijos es tratar de convencerlos y emplear la paciencia, no recurrir a la fuerza en perjuicio precisamente de los niños, ni lanzar mensajes cínicos en el sentido de “*me duele a mí más que a ti*”. Esto no es cierto porque, para disfrutar pegando, hacen falta ciertas dosis mínimas de sadismo, que no se pueden valorar como una perfección personal y familiar, sino, caritativamente, como una falta de madurez. Los niños, ante un conflicto, pegan; los adultos, no. ¿Lo echamos de menos? Si los adultos pudieran de nuevo ser castigados físicamente, como antaño,

con látigo o sin él, por las acciones graves que cometieron (v.g., ocultar dinero en la declaración de la renta, pasar un cruce con un semáforo en rojo, fumar en escuelas o restaurantes encima de los niños, gastarse en máquinas tragaperras el dinero destinado a las necesidades de la familia, y tantísimas otras de gravedad normalmente muy superior a las cometidas por los niños a quienes aquéllos vapulean; si los policías municipales o los recaudadores de Hacienda pudieran proceder con los padres como los padres con los hijos, entonces, casi nadie tendría un centímetro sano en la piel ni un hueso entero, pero ¿habría más justicia da “cara” por parte de los adultos. Si los padres no saben educar (no es fácil saberlo), éticamente no pueden descargar sus complejos y sus problemas torturando a sus hijos (y cónyuges), porque el abuso de uno más débil es cobardía y no pedagogía, y porque la lección que transmiten con su conducta es exclusivamente la siguiente: sé un bruto, porque el más bruto es el que consigue lo que quiere en la vida. O, como decía un cínico: “*Yo no puedo ejercitar mi derecho si no tengo la fuerza suficiente para defenderlo; pero, si tengo la fuerza, ¿para qué necesito tener además el derecho?*”. El ordenamiento camina hacia su destrucción. Se impone un cambio de rumbo: los padres tendrán que aprender el oficio previamente de sus propios padres (o de escuelas *ad hoc*) antes de serlo ellos mismos, porque, si con alguien tenemos que practicar preferentemente “juego limpio”, es con las personas con las que convivimos.

El informe de *Save the Children* menciona el artículo 154 del Código Civil y la necesidad de modificarlo. Deseo informar que, cuando estuve en condiciones de hacerlo, intenté elevar al Consejo de Ministros, en colaboración con la Dirección General del Menor y la Familia, del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, un anteproyecto de reforma de ese artículo, que me avergüenza que forme parte de un Código positivo ya en el siglo XXI, para que quedara claro que “corregir” no es maltratar, pero el Ministerio de Justicia me prohibió hacerlo. Lo siento. He aquí lo “políticamente correcto” predominando sobre lo justo, lo ético, lo lógico y aun lo estético. (No será la última vez, claro. No tenemos arreglo, aunque sí soberbia).

Pero no he terminado todavía de abrir la caja de Pandora. Después de la promulgación de la Ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores, hemos vivido la curiosa e inesperada experiencia de ver a los padres de los niños asesinados por delincuentes juveniles promoviendo una ruidosa campaña nacional para pedir la modificación de la Ley del Menor, que para ellos es nada menos que la causa y la culpa de la delincuencia juvenil existente (grave error), que sólo se puede combatir con mano dura (otro grave error), y han determinado al Ejecutivo a acoger parcialmente una reforma en sentido endurecedor de la L.O. 5/2000 (tercer grave error), que no se puede evitar porque el legislador democrático –dice- tiene obligación de atender a las peticiones legislativas de la Sociedad aunque no le gusten. (Esto ya no es un error, sino una paladina mentira, porque grupos más extensos de la sociedad han protagonizado campañas legislativas que sólo han merecido del poder político una sonrisa de conmiseración y la restauración (adaptada) de la costumbre de los virre-

yes del Siglo de Oro, de *acatar, pero no cumplir*, las leyes del Rey, o los deseos del pueblo, que tanto monta)...

Y lo peor de todo es que esta reacción está siendo motivada por el deseo manifestado de las víctimas (o de sus parientes, que también son víctimas) de que resulta intolerable que los delincuentes se resocialicen y vivan normalmente, porque los muertos ya no van a revivir y a sus asesinos es de justicia hacerles sufrir hasta el límite por lo menos de lo que ellos hicieron sufrir a las víctimas y a sus padres. Este argumento, en el cual coinciden muchos españoles, incluso de buenas costumbres y expertos en Derecho (está claro que no demuestra ni fundamenta nada, pero sólo favorecerá la integración (política) de los Jinetes del Apocalipsis. Al tiempo. Es tristísimo comprobar que al final parece que los humanos se dividen en dos clases: los que son delincuentes y los que, advertida o inadvertidamente, están esperando su oportunidad para serlo. Como en el ámbito del patrimonio nos dividimos en el grupo de los que roban y el grupo de los que están deseando robar, en el ámbito de la sangre, todos somos partidarios de derramarla y lo manifestamos en una pluralidad de oficios y *hobbies*: defender o aplicar la pena de muerte; apoderarnos de lo ajeno por la fuerza; ser mercenarios, *gangsters* o policías; practicar abortos; ver corridas de toros o combates de boxeo (y transformar el fútbol en lucha libre), etc. (No importa ahora que algunas de estas actividades sean lícitas y otras no, sino que en todas predomina el olor de la sangre).

Volviendo al tema de los padres que predicán y querrían practicar la pena como un acto de *vindicta publica*, y dejando de lado la reacción natural del dolor, *que explica pero no justifica*, resulta, a fin de cuentas, que las víctimas proclaman con sus reivindicaciones que el fin del Derecho penal es satisfacer un derecho natural a la venganza, y no lo que dice la Constitución (represión y prevención, en un sentido integrador). Pero no se coartan para decirlo, y hacen coro. La situación no sería tan grave si los medios de comunicación o el Ejecutivo restablecieran el sentido común, pero los medios de comunicación (que dicen que se motivan sólo por la verdad) proporcionan carnaza a los que más gritan, y el Ejecutivo (que sólo se motiva por el interés común) calla (luego, otorga), con una sonrisa de oreja a oreja que también merecería ser, como la Ley, declarada inconstitucional y causa de responsabilidad política. Esto lógico y éticamente no es admisible. Sin perjuicio del reconocimiento y de la pronta atención a las necesidades materiales y psicológicas de las víctimas y de los perjudicados por los delitos de la criminalidad juvenil, el partido en el Gobierno y los partidos de la oposición tienen el derecho y el deber de explicar al pueblo que la concordia y el desarrollo vendrán por la vía de la reinserción social y cuando la favorezca, y que esto tiene necesariamente que ser aceptado por los demócratas españoles, porque es la clave de la solución el día de mañana del anarquismo ibérico y del egoísmo cristiano, que han de dejar paso a la civilización del amor y de los derechos humanos, de la transacción y de la concordia, del trabajo liberador y de la paz. Y, si quieres la paz, prepara la paz.

IV.2. La naturaleza jurídica de la responsabilidad de los menores

Por si fuera poco todo lo anterior, no se nos puede escapar la necesidad de precisar otro punto sobre el que reina la confusión y el interés por hacer bueno el refrán “a río revuelto, ganancia de pescadores”... Me refiero a la naturaleza jurídica de la responsabilidad que en la L.O. 5/2000 se regula... *Entre bobos anda el juego*... Quiero decir entre la *naturaleza de las cosas* y la omnipotencia del legislador (que, según los juristas ingleses, puede hacerlo todo, menos convertir a un hombre en mujer, tema en el que parece que los españoles les hemos cogido la delantera). Los profesores, siempre buscando apoyos objetivos para sostener el edificio de *la Ciencia del Derecho*, prefieren el primer criterio, y hablan de “*estructuras lógico-objetivas de las cosas*”, nada menos. Los legisladores prefieren el segundo criterio, puesto que se rigen por principios voluntaristas y creen, tal vez no de mala fe, que el poder, esa criatura tan adorable, se alimenta de tomas de postura que benefician a la persona o al partido, pero que se debe presentar, de cara a un público menos preparado para el histrionismo, como un triunfo de la justicia o de la democracia... [Pues no nos engañemos: lo que más (o lo único que) importa para ellos es comprar votos y esto explica -pero no justifica- muchas cosas].

Pues bien, aunque el artículo 19 del CP de 1995 y el rótulo de la L.O. 5/2000 digan expresamente que la responsabilidad del menor que infringe las leyes penales es una responsabilidad penal no es cierto, y vamos a ver por qué. En primer lugar, la doctrina entiende casi unánimemente que el principio de la “*naturaleza de las cosas*” constituye un límite objetivo para el legislador, un límite absoluto que no puede ser quebrantado, ni excepcionado jamás, porque pretender alterar esa naturaleza por voluntarismo sería tan disparatado como establecer por ley que 2 y 2 suman 5. Por el

lado contrario, en cambio, creemos que, no obstante el respeto debido a la “*naturaleza de las cosas*”, que impide al legislador ignorar las verdades biológicas, aquél es absolutamente libre para hacer que jurídicamente un hombre sea una mujer (y lo acaba de hacer en la reciente regulación del “*matrimonio*” gay, que ha mostrado de forma indubitada que, cuando está en juego media docena de votos, el partido favorecido encuentra enseguida apoyos y fundamentos para presentar el disparate legislativo como democrático y atribuir la causa del rechazo a una “*conspiración judeo-borbónica*” o a una reacción patriótico-lúdica del partido de la oposición, siempre dispuesto a reverdecer sus antecedentes antidemocráticos y antropofágicos sin el menor pudor.

En estos casos, el Derecho recurre largamente al imaginativo y socorrido terreno de la ficción: jurídicamente, es como si el hombre fuera mujer, como si la responsabilidad del menor de edad fuera una responsabilidad penal, pero no lo es, porque, para que haya responsabilidad penal, por definición, tiene que haber una acción típica, antijurídica y culpable, y la conducta del menor ni lo era antes ni lo es ahora, puesto que le falta la culpabilidad al faltarle la imputabilidad, o sea, la capacidad de conocer y de querer libremente, determinada por un nivel de edad que el legislador establece

un poco arbitrariamente pero que, al no poder ser alterada por los aplicadores del Derecho, garantiza la seguridad y la certeza jurídicas... Y esa edad en el Código penal vigente (en armonía por cierto con la Constitución de 1978) son los 18 años porque el PSOE consiguió llevar a la ley positiva su convicción de que los 18 años que marcan en la Constitución la mayoría de edad (art. 12) habían de constituir también el límite de la mayoría de edad en el Derecho penal, a diferencia de otros ordenamientos donde la mayoría de edad juega de manera distinta según la rama del Derecho que se trate... Luego, por definición, la mayoría de edad penal, la imputabilidad, comienza a los 18 años y en las edades inferiores (los 14 de la L.O. 5/2000 o los 12 que CIU no ha renunciado a introducir en dicha Ley) no hay responsabilidad penal, aunque haya algún tipo de responsabilidad.

Y entiendo que ésta es asimismo la versión más razonable de los párrafos que dedica la *Convención sobre los Derechos del Niño* a las cuestiones penales, pues, si la Convención dice que los Estados partes establecerán “una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales” (art. 40, 3, a), pero que no puede ser *demasiado temprana* (Reglas de Beijing, art. 4), no es lógico creer que las partes del Convenio o los familiares del niño tienen la intención de aceptar que cualquier edad mencionada en el CP o en las leyes especiales tiene la virtud taumatúrgica de conferir capacidad de valorar los propios actos y de decidir libremente la realización de acciones maliciosas o perjudiciales, capacidad que pugna con los límites del CP y que no ha sido reconocida durante muchos años, y ahora de repente, porque el legislador emplea para los menores la expresión “responsabilidad penal”, tienen edad penal los menores de 18 y mayores de 14 años, que bien pudieran haber sido con la misma alegría los mayores de 12... o los de 7 años si así le hubiera caído en gracia al legislador, pensando en tiempos más antiguos... Esto, piensan algunos “progresistas de toda la vida”, es “llamar a las cosas por su nombre”, como si la interpretación de los conceptos jurídicos fuera indiscutible y fijada desde la eternidad para siempre.

Esta indeterminación no me parece convincente... El legislador puede decir que es “penal” la responsabilidad de los niños de 14, 12 ó 7 años, pero eso no los convertiría “científicamente” en delincuentes al modo lombrosiano... En la medida en que la responsabilidad es una categoría jurídica, será responsable quien el legislador decida que ha de ser responsable (en sentido objetivo o subjetivo, con culpabilidad o sin ella), pero, si la responsabilidad se conecta a un determinado hecho natural, biológico, antropológico (v.g. madurez para comprender el valor de los propios actos y libertad para actuar en consecuencia), entonces la atribución legal de responsabilidad no tiene por qué compartir necesariamente el grado de inteligencia y voluntad que identificamos con el fundamento de la dignidad humana y habría que cambiar el sistema penal en el ordenamiento jurídico de que se tratare. Tendríamos que hablar, en los casos indicados, de responsabilidad sin imputabilidad, lo que en el Derecho penal representaría nada menos que la “*voladura del sistema*”.

En el contexto de nuestra legislación, la palabra “*penal*” no tiene otra virtualidad que la de reforzar la idea y el sentimiento de que los menores que cometen delitos (*rectius*: “cometen hechos que, si fueran cometidos por adultos, constituirían delitos, como definen con precisión las Naciones Unidas”) son una amenaza creciente para la paz y la convivencia sociales, y el problema de su *antisociabilidad* hay que tomárselo en serio, pero $2 + 2$ no son 5, ni 4 es igual a $2 + 3$, ni queremos *comulgar con ruedas de molino*... Aunque la L.O. 5/2000 diga que regula una responsabilidad que es penal, y aunque delincuentes, víctimas, autoridades y profesores digan que la Ley ha rebajado la edad fijada por el CP en 18 años hasta los 14 como umbral de la mayoría de edad penal (imputabilidad), nada de eso es sistemáticamente cierto. La eficacia del Derecho es hacer valer las cosas en el sentido impuesto por la norma, pero no puede serlo el transformar la esencia física, biológica o sociológica de la misma. Ni el menor deja de ser menor porque aquéllos lo digan ni su responsabilidad se convierte en penal si es un menor, porque la responsabilidad tiene como fundamentos previos la imputabilidad y la culpabilidad, y un menor carece de estas actitudes o cualidades.

Hay una lógica elemental, que no pertenece al Derecho penal positivo, sino a la estructura cultural mínima de una sociedad basada en la evolución del pensamiento griego, romano y cristiano, que, sin constituir la “naturaleza de las cosas”, no puede ser despreciada ni quebrantada por una rama cualquiera del pensamiento científico-cultural, sin falsear absolutamente los principios que constituyen la armazón de nuestro sistema y de nuestra civilización (si es que estos términos rimbombantes tienen o pueden tener algún sentido). Y, si la vida no tiene sentido, ¿qué demonios pintamos aquí en lugar de estar jugando a la ruleta rusa?)...

* * *

Volviendo a nuestro laberinto y con la sana intención de aclararnos, si la responsabilidad de los menores que cometen hechos delictivos no es penal, ¿qué es? ¿Y por qué se ha empleado entonces expresamente el epíteto “penal”? Respondo a las dos cuestiones por separado.

PRIMERA CUESTION.- La responsabilidad de los menores que cometen hechos tipificados en la ley penal no es una responsabilidad penal...

Al menos desde principios del siglo XX ha sido una *responsabilidad correccional*, que se ha regulado también por las normas penales o parapenales, pero que podía sin problema haber sido de otra naturaleza, como civil (internamiento de enajenados), administrativa (internamiento de enfermos contagiosos), disciplinaria (calabozo de los cuarteles), disciplinaria privada (sanciones impuestas por los colegios o por los padres), pero entiendo que al final se la ha llamado penal para *impresionar* más (al modo de Platón, que reclamaba prisiones pintadas de negro y en la vía pública para que estimularan el miedo a delinquir). El *Derecho correccional*, porque carece de la

categoría de la imputabilidad, no impone penas aflictivas sino sanciones educativas (sin llegar a “*la letra con sangre entra*”, que debe pertenecer a otra época histórica, más cercana al Paleolítico, y que me da vergüenza que se pretenda justificar hoy en día, como si todavía no supiéramos una palabra del nacimiento de Rousseau), las medidas se eligen principalmente, no en proporción al daño causado sino a las características de la persona y de sus necesidades personales...

Se trataba de proporcionar a los niños “algo mejor que el Derecho penal” (Radbruch), que es estigmatizante... No hay por qué cambiar de criterio, sino mejorar lo que ya teníamos. Es un pobre argumento razonar que hemos transformado el Derecho correccional en Derecho penal (especial) porque el Derecho penal respeta las garantías de los derechos fundamentales mejor que el Derecho administrativo... No entiendo este razonamiento. Si los botones de mi traje viejo abrochan mejor que los de mi traje nuevo, no me pongo el viejo y guardo cuidadosamente el nuevo con un suspiro para ir de fiesta, sino que traslado los botones del viejo al nuevo... ¿Es tan difícil, Galileo? (Pero de todo esto el legislador y la sociedad españoles parecen no tener mucha necesidad de explicaciones, como si fuera la hora de la siesta).

SEGUNDA CUESTION.- En última instancia, por qué los autores del Anteproyecto hemos llamado *penal* a lo que antes habíamos defendido por escrito a capa y espada que no era penal, y, aun más, desesperada pero creativamente, quizá poética pero extrajurídicamente, decidimos llamarla “RESPONSABILIDAD JUVENIL”, como algo intrínsecamente distinto de cualquier otra responsabilidad: civil, penal, administrativa, fiscal e internacional... pues la explicación es muy fácil, pero meramente circunstancial.

Al final, respetamos el epígrafe “penal”, porque, dada la curiosa configuración de nuestro “Estado de las Autonomías” y el reparto de competencias que lleva a cabo la Constitución de 1978, *si el Derecho correccional del menor no se calificaba de Derecho penal, habría que calificarlo de otra cosa, por ejemplo, de “asistencia social”, y en tal caso toda la competencia, incluso la legislativa, no habría de corresponder al Estado* (art. 149,6 de la Constitución) sino a las Comunidades Autónomas (art. 148,20) y algunos pensamos que 17 leyes reguladoras de la responsabilidad del menor hubiera sido demasiado... De forma que paciencia y barajar, y a esperar –otra vez- tiempos mejores...

EN RESUMEN.- La Ley 5/2000 ha alterado aparentemente el límite temporal de la imputabilidad establecido en nuestro Derecho penal positivo, pero esto, que puede encajar desde una perspectiva exclusivamente jurídica, no lo es en las esferas antropológicas o psicológicas, por coherencia con el principio de autonomía del lenguaje jurídico respecto del científico y viceversa. La ley no transforma en imputables a los inimputables si por aquéllos hemos de entender, además del concepto jurídico de atribución de un hecho que genera responsabilidad, un concepto antropológico que lo haga equivalente a causa de entendimiento o de voluntad capaz de autodeter-

minación. El ordenamiento podría decir que el matrimonio se puede contraer a los 5 años, pero eso no alteraría la aparición en su momento, conforme a las leyes de la naturaleza, de la capacidad de copular y de engendrar.

Si el Código penal de 1995 habla de responsabilidad penal (con arreglo al Código) desde los 18 años y la LORPM habla de responsabilidad penal (con arreglo a la propia Ley) desde los 14 años, no quiere ello decir que el ordenamiento penal ha rebajado la edad límite de la imputabilidad de los 16 años (CP de 1944 y de 1973) ó de los 18 (CP de 1995) a los 14, con flagrante desprecio de un principio esencial de la reforma, que era extender el límite de la mayoría de edad constitucional al Derecho penal como a todos los ámbitos del Derecho, y al propio tiempo ha demostrado que la capacidad de conocer y de querer depende de la voluntad del gobernante de que sus ciudadanos quieran o no quieran, y, de la misma forma que ahora son los 14 años, otro Gobierno podrá rebajar la edad de referencia a los 12, los 10 ó los 7 años, como el Derecho romano, porque esta categoría (¿la podríamos considerar científica?) es creada por la voluntad del que manda, pero no su contenido.

Para terminar este apartado, dos contestaciones a dos réplicas (precedentes, por cierto, de un parlamentario del PP, con lo cual mi independencia queda demostrada). Dicen los partidarios de extender la imputabilidad del delincuente a los 14 años que fija la LORPM, que la imputabilidad ha quedado ahora regulada en nuestro ordenamiento así: regla general de la imputabilidad: desde los 18 años; imputabilidad disminuida: desde los 14 años; inimputabilidad: hasta los 14 años. Un pequeño detalle: cuando el CP recoge la imputabilidad disminuida (vid. art. 65 del CP de 1973), la construye como un concepto objetivo, sólo cuantitativamente distinto, con la consecuencia en primer término de que la pena sea la misma que para el delito cometido con imputabilidad plena, pero rebajada en uno o dos grados, en tanto que la regulación de la LORPM es cualitativamente distinta al consistir en medidas educativas que no constituyen una atenuación de la pena, sino una situación absolutamente diferente (métodos, duración, finalidad).

El otro argumento es el siguiente: lo que estamos discutiendo es parecido a lo que sucede con la edad de la víctima, que, al poder consentir o no en la agresión al bien jurídico (art. 156 del CP vigente), tiene una eficacia distinta la edad que permite consentir al sujeto pasivo, la edad que le permite consentir con la concurrencia de sus representantes legales y la edad que es inhábil para consentir. Pero el expositor de la tesis olvida un *ligero* aspecto de la cuestión, a saber, que, desde la perspectiva de la responsabilidad penal por el delito cometido, la cuestión aquí aludida no pertenece a la imputabilidad como base de la culpabilidad, sino a la antijuridicidad, justificante o no de la acción típica realizada, según los casos y las edades de la víctima aludidas por la ley. Todo ello con independencia de que la capacidad del delincuente es un concepto especial jurídico-penal, en tanto que la capacidad para consentir de la víctima se construye como una categoría general del Derecho común o civil. La teoría del delito como acto jurídico

(Carnelutti) nos hubiera ayudado a comprender mejor estas cuestiones que la doctrina alemana.

V. El principio de oportunidad y el “Derecho penal del enemigo”

No me refiero aquí al principio de oportunidad en Derecho procesal, como opuesto al principio de legalidad, sino a la “oportunidad política” de las normas que en esta ponencia se critican, pues la última cuestión que quiero plantearme es si el legislador ha escogido con oportunidad el momento de complicarnos una vez más el sistema penal, ha aprovechado con agudeza un episodio de optimismo económico o internacional para *vendernos* como cósmicamente irremediable una reforma legislativa que altera todos los esquemas, o, por el contrario, la oportunidad le importa lo mismo que una castaña a un león y está dándonos un disgusto cada día para permitirse el lujo de decir en el futuro con cara de circunstancias: “*yo ya os había avisado*”... Me temo que lo más verosímil es esto último.

Desde luego, no es oportuno agravar las leyes penales cuando la Sociedad o un colectivo determinado pide agravar las leyes para acabar con el aumento de la delincuencia. Primero, porque la delincuencia no siempre aumenta, sino la actividad investigadora de los delitos cometidos. (El profesor Díez Ripollés ha reunido datos estadísticos que demuestran que en España la delincuencia juvenil no ha aumentado). Segundo, porque no es el Derecho penal el instrumento más adecuado para superar los conflictos sociales, sino la política social. Tercero, porque los españoles somos una especie de *anarquistas de salón*, que pedimos siempre más leyes para darnos después el gusto de infringirlas. Y cuarto, porque la experiencia histórica también demuestra que, cuando el legislador supera el límite de lo tolerable en la punición de un delito, los jueces tienden a no aplicar esa norma recurriendo por ejemplo a la absolución por falta de pruebas (esto se afirma en un informe de Derecho comparado elaborado por un Comité de Expertos del Consejo de Europa). Y, además, porque creemos que es un disparate monumental sacrificar la claridad de los conceptos a las exigencias de un sistema fagocitador, que “exige” todo y no da, a cambio, ni la claridad de una linterna gastada. Si no hay sistema, pues no hay sistema, y no pasa nada. (Me disculpo por no encharme a llorar).

Ciertamente (por cambiar de tercio), ha sido mala suerte que, después de haber merecido tantos plácemes durante su elaboración, la Ley española de Responsabilidad penal del Menor entrara en vigor coincidiendo con una falta de entendimiento entre el Estado y las Comunidades Autónomas que se resolvió en no dar a éstas *ni un duro* más para gastos de ejecución de la Ley, y coincidiendo asimismo con una media docena de delitos especialmente espeluznantes que ayudó a extender la leyenda de que la Ley era más benigna que la anterior (lo cual no es cierto) y causaba un aumento de la delincuencia juvenil (lo que tampoco ha sido cierto). También es mala suerte que los padres de las víctimas hayan creado un movimiento social en

contra de la Ley, que no han rechazado, sino apoyado con mayor o menor intensidad, ni una buena parte de los *santos y puros*, ni los medios de comunicación, ni las Universidades, ni el Gobierno. Este último acepta la reforma *in peius* de una Ley que todos elogiaron en su momento, porque “lo demanda la Sociedad”, cuando ni es significativo el número de los que piden esa reforma, ni el legislador democrático o no se ha dejado impresionar nunca por lo que le pide directamente el pueblo.

Confieso que no entiendo, ni que el legislador acepte dar un *giro copernicano* al Derecho correccional de menores, negándole sus características humanitarias e ilusionadoras de siempre, ni que no haya combatido la intención nada ejemplar de las víctimas de convertir el Derecho penal o sancionador en un instrumento de venganza y de atormentar al delincuente, cuando la doctrina, la jurisprudencia, las leyes, las Constituciones y el Derecho europeo e internacional dicen unánimemente lo contrario. Y, más aún, cuando todo esto se dirige, no contra los delincuentes encanecidos en la delincuencia como profesión, sino contra los niños y los adolescentes, que son la única esperanza de regeneración de un país. Y la letra con sangre no entra, aunque algunos añoren la libertad que les hubiera dado vivir en las cavernas paleolíticas, sino con otras virtudes.

Además, ya puestos, cabe fundadamente la sospecha de que se está aprovechando la oportunidad para tapar con la *cortina de humo* de los menores delincuentes otros problemas más serios, relacionados con la estructura del Estado, la recuperación de la *memoria histórica* para volver a resucitar conscientemente las dos Españas, las reformas inacabables del ordenamiento jurídico para disimular su eficacia en el ámbito privado ni en el público, la racionalidad en la política de emigración, la proyección de las virtudes de la izquierda ideológica en una izquierda social que tiene que presentar como un progreso una política de tumbos, el fracaso permanente y reiterado de los niños españoles en el ámbito de la educación, el éxito desconsiderado de la economía (y sus relaciones con el fútbol, la dirección de Bancos o la *pasarela*)... (Para distraerme, levanto mi copa para incitar a celebrar un brindis de consolación en honor de los Reyes Católicos, que, por haberse adelantado cuatro siglos, ahora van a ir con dos de retraso en el libro negro de la unidad y la igualdad de los pueblos europeos)...

Y, finalmente, me sigue sorprendiendo e impresiona que nadie, desde un puesto oficial, haya atribuído las causas de la delincuencia juvenil, por ejemplo, a la falta de valores, a la crisis de la familia (alentada desde el Gobierno), a la falta de perspectivas vitales y profesionales, a la *chabacanización* del amor, al mensaje constante de agresividad y de violencia espectacular y gratuita que nos sirven la literatura juvenil y la televisión, al exceso de ruido permanente en ciudades que se han convertido en centros de neurastenia, a la conversión de España en un botín para desaprensivos del poder, a la postura de desprecio de las leyes y las sentencias judiciales y al elogio de los criminales de sangre que predicán con orgullo algunas fuerzas políticas *democráticas* que se sirven de la Constitución para destruir la Constitución,, a la difusión

de las drogas y de las bebidas alcohólicas cada vez con mayor ámbito, eficacia y tolerancia; a la manipulación del lenguaje (*democrático* es lo que hace uno mismo o sus compañeros, *antidemocrático* es lo que hacen los demás, “*el infierno son los otros*”, dijo Sartre), a sustituir aquella milonga del *bien común*, de que hablaba el ingenuo de Tomás de Aquino por el triunfo del becerro de oro, a... ¿De verdad este silencio es compatible con la buena fe, requisito esencial de la interpretación de las normas en el marco del Estado de Derecho? ¿A qué jugamos?

Siempre habíamos dicho –y ésta es una creencia que no se había considerado necesario tener que demostrar– que el Derecho *penal* de los niños y de los jóvenes no era propiamente penal sino (por llamarlo de alguna manera) *correccional*, es decir, algo distinto y mejor y fuera del Derecho penal, porque no aplicaba un castigo proporcional a la antijuridicidad y la culpabilidad del caso concreto, sino una serie de medidas educativas, pedagógicas, intensivas, para tratar de remediar la hostilidad hacia la Sociedad de alguien que cometió una infracción penal sin capacidad y sin reprochabilidad jurídica, pero nosotros admitíamos desde luego la posibilidad de que dichas medidas educativas coactivas pudieran corregirle a tiempo de evitar que se convirtiera en un delincuente adulto habitual o profesional. Al menos, las mayores esperanzas de *reeducación* caben respecto de los niños, no de los adultos. Y no se diga que no se puede educar si no es en libertad, porque toda educación es –en mayor o en menor grado– coactiva. Recuérdense los procedimientos empleados históricamente en el ámbito de los hijos de familia, los servidores, los esclavos, las escuelas, los sanatorios, los talleres, el látigo y las celdas de castigo de los barcos y de los centros penitenciarios... Más bien, nada se hacía sin una educación coactiva y acudiendo frecuentemente a colaboraciones ajenas. Pero es que no se puede tirar la toalla antes de empezar.

Insisto, además, en que el menor es un inimputable, como el enajenado, por lo que por definición no puede haber ni delito en su conducta ni pena en la condena judicial, y que la imputabilidad no depende del capricho del legislador. Ahora bien, mientras respecto de los enajenados la sociedad se defiende con internamiento y tratamiento psiquiátrico, de los menores se defiende con tratamiento educativo especialmente concentrado (y coactivo). No podemos aplicar a las medidas del Derecho juvenil la condición de penas o *sanciones iguales a las penas*, como tampoco se las podemos aplicar a quienes sufren un trastorno mental. *Ni todo lo que brilla es oro ni todo lo que amarga es una almendra.*

¿En nombre de qué, de qué evidencia o qué justicia, se ha cambiado en un abrir y cerrar de ojos esta orientación tradicional, y, en lugar de perfeccionarla, se ha optado por convertir el Derecho correccional del menor en un Derecho penal bis, con las mismas categorías, terminología y falta de cariño? ¿Y en nombre de qué la doctrina ha dicho con júbilo que “*ya era hora de llamar a las cosas por su nombre*”? ¿Será también el de los menores Derecho penal *sensu stricto*, y sólo cuatro desorientados no nos hemos dado cuenta? ¿Será penal el Derecho de los hospitales, la regulación de

los prisioneros de guerra y las normas que se aplican al cuidado de los animales? ¿Acaso toda norma que impone una privación o limitación coactiva es un norma de Derecho penal? ¿Y de qué nos serviría un Derecho penal tan ilimitado? ¿Tendríamos que distinguir entre un Derecho penal puro, otro descafeinado y otro de achicoria? Y ¿qué quiere decir que a las cosas hay que llamarlas por SU nombre, cuando el que impone los nombres desde fuera es el padre Adán y nada cohibe, ni tiene por qué cohibir, su “libertad de expresión” cuando se trata de dar nombre a realidades virtuales como las valoraciones jurídicas? Ojo, que la avaricia rompe el saco.

No solamente eso, sino que los legisladores están abordando el cambio de orientación del Derecho correccional de los menores como si estos últimos fueran los mayores *enemigos* de la sociedad. Según el profesor Jakobs, que ha estudiado el fenómeno, se puede llamar *Derecho penal del enemigo*, como contrario al *Derecho penal del ciudadano*, aquel sector del ordenamiento que, al modo del famoso Carl Schmitt, utiliza el Derecho penal para marcar a los *enemigos* de la Sociedad, no rebajando sus penas, no concediéndoles beneficios penitenciarios, negándoles la libertad condicional y permisos de salida, etc. Condenados al cumplimiento íntegro de aquéllas y en establecimientos penitenciarios de primer grado, carecen de aliciente desde el primer día, puesto que nadie asume el papel de reeducarlos.

Tiene desde luego gracia (pero maldita) que, después de los delitos de terrorismo y la criminalidad organizada en general, que tienen su regulación específica por su condición de desalmados o de delincuentes por convicción, los campos en los que el legislador español está mostrando una mayor *inquina* hacia el delincuente, antaño compadecido, ayudado y protegido, sea en los terrenos de la violencia doméstica y de la delincuencia juvenil, terrenos en los que la mediación y la conciliación tienen seguramente las mejores oportunidades. Estos son los inconvenientes de confundir la política criminal con la política (también criminal) *tout court*, de convertir algo tan serio como el Derecho penal en una máquina de crear votos. También quizás sean inconvenientes de la simplificación sistemática, en un terreno en el que tal vez (lo planteo como una hipótesis) la solución más justa no sea un solo Derecho penal, sino la compatibilidad entre un Derecho penal *ordinario o común*, y otro *especial o excepcional*, es decir, como apunta un sector de la doctrina, un *Derecho penal de dos velocidades*. Entiendo que, al menos, debe estudiarse esta posibilidad y no excusarse en un cómodo recurso al principio constitucional de prohibición de la discriminación, que no consiste, por supuesto, en dos tratamientos diferentes para dos presupuestos también diferentes.

El pensamiento socialista ha presumido siempre de ser *un pensamiento progresista*. Pues, *hic Rhode, hic salta*. No parece de recibo que, en nombre del pensamiento del progreso, se lleve a cabo la reforma más conservadora y negadora de los derechos fundamentales (precisamente, de los jóvenes) que hayamos visto desde que se derogó el Código penal de 1973. Un partido político que patrocina las reformas que se nos vienen encima no puede pretender, a mi juicio, el marchamo de partido de

izquierdas, si es que *la izquierda* quiere seguirse viendo identificada con la libertad y el progreso; se trata, guste o no (que ése es otro cantar), de un partido *de derechas*, y además de una *derecha no precisamente moderada*. (Con la misma alegría que podrían usar dos Colts del 14 o el saludo romano). Está muy claro el prototipo al que me refiero. *Similia a similibus quaeruntur...* (¡Pero que el campo de pruebas, el terreno experimental, se encuentre precisamente en el meollo del Derecho educador de los menores...!)

VI. Conclusiones y sugerencias

1. Parece por lo menos conveniente que la elaboración de las leyes penales y procesales penales vaya precedida de un estudio criminológico de la realidad española, lo cual requerirá seguramente, con carácter previo, estimular el estudio de la Criminología, tan estimada en los países anglosajones y tan descuidada en los latinos, para comprender con la mayor riqueza de detalles posible la realidad social que se pretende regular. Ahora bien, ¿creemos nosotros en las estadísticas? ¿Dejaremos que las estadísticas nos digan lo que tengan que decir o aprovecharemos su lenguaje para que nos digan lo que sea *políticamente correcto* que nos digan... sin tratar de obligarles a manejar ese lenguaje y cómo?

2. Confiar en que la solución de cualquier conflicto social grave radica en un endurecimiento de las leyes penales, es un terrible error, por más que incurra automáticamente en él la mayoría de los españoles, incluidos los que tienen títulos universitarios o nivel intelectual alto, los políticos, trabajadores y *bienpensantes* en general. ¿Es un residuo del viejo *homo sapiens* esta tendencia a ser agresivos con lo que nos molesta? ¿Es una supervivencia del más que tradicional *ius vitae necisque* del *pater familias* sobre hijos, clientes y esclavos, derecho al que los forofos del Código Civil, émulo de Napoleón, todavía no han renunciado, aunque tengan que mantenerlo mediante fórmulas alternativas plagadas de conceptos jurídicos indeterminados? , que mantienen en su forma mínima de “corregir razonable y moderadamente” (art. 154 CC), esto es, *educar a bofetones*? Pienso que, por tratarse de una creencia que se fundamenta en el instinto humano de destruir o tener a raya lo que nos molesta, no admite argumentaciones lógicas. Los tiempos que vivimos favorecen su permanencia, porque la violencia, como reacción instintiva contra lo que nos amenaza, ha vuelto a desarrollarse inconteniblemente en los últimos años en todos los círculos de convivencia: violencia del Estado contra el terrorismo, violencia de las colonias o de los habitantes de la periferia contra la metrópoli por la independencia, violencia electoral, violencia religiosa, violencia política incluso despreciando las normas reguladoras de las jornadas de reflexión, violencia escolar contra los profesores y contra los compañeros, violencia “de género” y violencia doméstica...

Por si fuera poco, se ha vuelto a airear la potestad doméstica del padre de familia, que le permite “corregir razonable y moderadamente” (art. 154 del CC), como causa de justificación de la acción de violencia física contra un hijo, casi incluso recién nacido. No comprendo cómo se puede defender el derecho a la violencia física contra los hijos en los textos legales del siglo XXI, incluso fundamentándola en razones culturales inexplicables y pretendidamente eternas. Sólo lo podría entender si, cuando un hombre hace una fechoría, los demás tuvieran la facultad legal de romperle alguna cosa del cuerpo hasta que entre en razón, pero, aparte de que esto no es así, no veo cómo el padre que se comporta como un animal mal educado y egoísta tiene legitimidad para impedir que sus hijos tengan esos mismos defectos... a bofetones. *Algo huele a podrido en Dinamarca.*

También, desde un punto de vista jurídicamente más práctico, hemos olvidado que, a lo largo de la historia del Derecho penal, los Tribunales tienden a no imponer las penas que exceden de los límites *razonables*, aunque para ello tengan que recurrir al procedimiento de declarar que no hay pruebas suficientes o de esperar a la prescripción de la acción penal.

3. El mejor instrumento jurídico para evitar o apaciguar conflictos interpersonales es en primer término una política social omnicomprendiva; a continuación, potenciar el desarrollo y multiplicar las relaciones sociales y jurídico-privadas que vinculan a los hombres en actividades de interés general, y sólo en último término la legislación sancionadora, y, la última de que la última, la legislación penal, sin olvidar en ningún caso los principios de legalidad, proporcionalidad, intervención mínima y solidaridad. Porque son estos principios los que garantizan la igualdad de los ciudadanos en un Estado de Derecho y porque no nos interesa un ordenamiento jurídico que niega sus derechos a los simples sospechosos, ya que nadie está libre de incurrir en esta incómoda situación algún día.

4. Los fines de la sanción penal oscilan fundamentalmente entre la prevención general y especial, dando nuestra Constitución preferencia a la prevención especial positiva, perfectamente acorde con la orientación del Derecho *correcional* juvenil. Y, si bien *primordial o preferente* no quiere decir *exclusivo* (como razona intempestivamente la E. de M., V), quiere decir lo que hay que atender en primer lugar (y, tratándose de menores, en *primerísimo*).

Tengo, sin embargo, una duda metódica y no me la guardo. La L.O. 5/2000, de 12 de enero, repite hasta la fatiga que su finalidad y motor especiales es el *superior interés del menor*, que funciona como un principio general del Derecho penal. El *superior interés del menor* armoniza sobre todo con los criterios de prevención especial positiva, pero en una prisión tiene que haber de todo como en botica. Por ello, lo primero es comprobar que dicho interés superior armoniza con los fines de la pena previstos

en la política basada en los sustitutivos penales. Yo creo que el superior interés puede ser algo más que la prevención especial y el tratamiento penitenciario, porque exige únicamente que lo que se haga con el menor le ayude, v.gr., no haciéndole daño por omisión propia e impropia, en tanto que el tratamiento es o tiende a ser, no obstante su reciente relajación legal y reglamentaria, una actividad técnica y programada, activa y continuada.

Lo que nunca podrá ser un fin de la pena en un Estado de Derecho es la satisfacción del deseo de venganza (*vindicta*) de las víctimas, dando “caña” al delincuente, porque tal pretensión no se compagina ni con el sentido de la historia del Derecho penal, ni con el Estado de Derecho, ni con la democracia, ni con la religión cristiana, ni con la ética social postmoderna, ni con un mínimo sentido de la dignidad humana. Como ya se ha dicho, en Derecho penal ya no se emplea ni el viejo término *vindicta pública*, que, por venir en latín (*¡Divinas palabras!*), parecía pasar más desapercibido. No renunciar a la venganza es una decisión personalísima que sitúa al sujeto al margen de la ley, pero que al menos le da la oportunidad de demostrar valor o gallardía. Pedir que “nuestra” venganza la ejecute el Estado y sufra las consecuencias, la calificación más suave que merece es cobardía.

5. En nuestro tiempo, ni un partido político liberal ni un partido político socialista, de centro los dos y manifestadamente progresista el segundo, deberían patrocinar reformas tan conservadoras (vindicativas, retributivas, inocuizadoras) de las leyes penales como la que postula el proyecto de reforma de la Ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores, acercándose ambos partidos peligrosamente al paradigma de una derecha más extrema. De esta forma, para una vez que los dos partidos se han entendido, han perdido legitimidad, y sólo faltaba eso en el sórdido panorama legislativo del Estado español. Sin duda, nadie ignora que el Derecho penal, en cuanto sector del Derecho, es, entre otras cosas, un instrumento de progreso y desarrollo económico y social, y tiene que colaborar (y no el que menos) a crear vínculos de solidaridad y no reductos de enemistad.

6. La doctrina penalista habla hoy de “Derecho penal del ciudadano” para aludir al Derecho penal tradicional, que pretende la reinserción social y que crea garantías y estímulos para los condenados, y de “Derecho penal del enemigo” para aludir al Derecho penal excepcional que se aplica a ciertos delincuentes de especial inhumanidad personal y gravedad objetiva y que se caracteriza por las largas penas, por el cumplimiento íntegro de la condena, por la carencia de estímulos y beneficios penitenciarios, por la falta de solidaridad que a través de sus normas manifiestan los ciudadanos hacia quienes no merecen (en su opinión) sino sufrir y, en ciertos ordenamientos, que se restablezcan para ellos, con conciencia de su justicia, las penas perpetuas (que no son perpetuas sino en el nombre). Sin entrar ahora a analizar si procede o no construir un sector del Derecho penal como “Derecho penal del enemigo”

(al estilo *schmittiano*), lo que sí es cierto es que parece desproporcionada la acumulación de criterios legislativos, judiciales y administrativos para construir en el sentido indicado un ordenamiento o subordenamiento que se aplique a la violencia doméstica y a la delincuencia juvenil, emparentándolos en cualquier caso con el terrorismo y la criminalidad organizada. Nada más lejos de lo que los penalistas españoles predicamos como “principio de intervención mínima”, por indeterminado que sea este concepto. Nada más prudente que tratar de determinarlo en mi situación, con criterios más benévolos que rígidos.

¡Ah! Y enhorabuena por el cambio de criterio del Tribunal Supremo en cuanto al cómputo en la ejecución de las penas en caso de acumulación de varias condenas por concurso. Ya era hora de que el Judicial advirtiera que en la intención del legislador “el máximo previsto de cumplimiento efectivo de la condena”, hoy contenido en los artículos 73 y siguientes del Código penal de 1995, obra en el espacio procesal destinado a la ejecución de la sentencia y no en el espacio de determinación judicial de la pena (extraordinaria, desde luego) aplicable a los casos igualmente extraordinarios de concurso en los que dicho cálculo de la pena, delito tras delito, puede llegar a varios miles o millones de años, lo que, aparte su efecto cómico, podría enderezar el interés por el Álgebra o por el cálculo infinitesimal y no precisamente por el Derecho procesal penal, el tiempo de aplicación previsto judicialmente en la sentencia. Si la condena es a X años, aunque sean cien mil, para los beneficios penitenciarios hay que calcular en su caso la cuarta parte (25.000 años), la mitad (50.000 años) y, sea cual sea el resultado, el mensaje del artículo 76.1 es que, cuando llegue a los 20 años (o los 25 ó 30 previstos en el mismo artículo), debe ser puesto en libertad sin añadir ningún condicionamiento más, por la sencilla razón de que “ya está bien”.

7. La “política criminal” que ha de guiar a nuestros legisladores en este terreno es una política seria aplicada a la “materia criminal”, y no una política realizada “de manera criminal”, en cualquier terreno, para dar satisfacción a las apetencias territoriales u otras de los partidos políticos, y no al bien común, que decía el mal político de Tomás de Aquino. No es admisible que, mientras por delicadeza o por prudencia nosotros no osamos dar clases de matemáticas o de cocina regional a los expertos en estas materias, todo español, por el hecho de serlo y aunque no haya estudiado nada de nada, se considere un sabio expertísimo, por ciencia infusa, en fútbol, toros, flamenco, golf y Derecho penal, y se atreva a dar lecciones hasta al lucero del alba. Y ojalá que la nueva acepción de “política criminal”, más acomodada a la de nuestros políticos que el otro tipo, tarde siglos en llegar al Diccionario de la Real Academia de la Lengua.

8. Un atento examen de las leyes que regulan actualmente en España la protección y la reforma de los menores de 18 años permite llegar a la conclusión de que las

primeras aparecen concordantes con las normas de superior rango, nacionales o internacionales, que regulan la misma materia, en tanto que las que regulan la reforma de los mal llamados menores delincuentes aparecen en ocasiones contrarias a nuestras normas constitucionales, a los tratados internacionales o a otras normas de superior rango que tratan de iguales temas. Estas contradicciones tienen que corregirse, y no sería de recibo salir del paso tachando de “leguleyismo” a lo que constituiría respeto escrupuloso del principio de legalidad, básico como garantizador en los ámbitos penal y sancionador en general. Sería, más que un fraude de ley, un “fraude de legislados” la doctrina que tratara de convencernos de que, siendo el actual un Gobierno de demócratas, todo lo que hace un demócrata ha de recibir por hipótesis la calificación invariable de “democrático”, sea lo que sea. (Sería algo así como decir que todo lo que yo haga han de ser cosas calvas, gordas, bajas y miopes, pero todo es posible).

9. La LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, responde al modelo correccionalista propio de principios del siglo XX, que preveía para los menores autores de delitos sanciones educativas o correccionales y no penas, porque, al faltar la imputabilidad y con ella la culpabilidad, los menores de la edad prevista en el Código penal no podrían ser propiamente delincuentes, sino “autores de hechos que, si fueran cometidos por adultos, serían constitutivos de delitos” (ONU). La diferencia con el sistema penitenciario es radical, porque la reinserción social en las prisiones tiene que hacer del interno un hombre con la intención de vivir sin delinquir pero sin invasión de su personalidad, buscando un panorama común de actitudes y un sistema de valores en el que las dos partes convengan sin imposiciones. En cambio, en relación con los menores los programas de tratamiento van encaminados a interiorizar los criterios vigentes sobre respeto de los demás y adquisición de convicciones propias, adquiridas aunque sea mediante métodos indirectamente coactivos, porque así es la educación de todos los menores, delincuentes o no, marginales o no. No tendría sentido exigir para quienes han demostrado fallos de personalidad o un comportamiento absolutamente autónomo, y para nuestros hijos, de la misma edad o más pequeños, algo rebeldes o no tanto, un tratamiento específicamente más severo y con menos libertades. (Los caramelos y las llaves vendrán después).

El CP de 1995 y la LORPM de 2000 han complicado un tanto la situación al denominar expresamente “penal” a la responsabilidad de los menores de edad autores de conductas tipificadas en las leyes penales. Tal responsabilidad no puede ser penal y los redactores de la LORPM mantuvieron al fin y a regañadientes dicho epíteto en el título de la Ley por razones políticas y no por convicción. El legislador puede construir *formalmente* como quiera la categoría de la imputabilidad, pero, si ésta no es una mera calificación de la ley sino que presupone algo material, esencial en la cuestión planteada, como lo es la capacidad de autodeterminación, la capacidad de conocer y de querer con la suficiente penetración, a propósito de los actos

que generan responsabilidad, dicha capacidad se tiene cuando se tiene y no cuando quiere *manu militari* el legislador. La ley, por supuesto, puede hacer cuanto quiera, incluso convertir a un hombre en mujer –y ya ha hecho algo parecido- pero sólo formalmente y a efectos exclusivamente jurídicos; en cuanto la regulación jurídica se corresponda con una situación material que sólo se puede o no dar en ese contexto formal, el operador del Derecho puede constatarla si se da, pero no crearla. El mandato legal no altera la naturaleza de las cosas.

Teniendo en cuenta los antecedentes y la voluntad del PSOE de situar la capacidad penal en la mayoría de edad de la Constitución (18 años), me parece obligado concluir que debajo de esa edad no hay imputabilidad, ni siquiera imputabilidad disminuida (porque entonces se aplicaría una atenuante, como en los Códigos penales del franquismo, a la pena prevista para el tipo básico, y no una medida educativa, de naturaleza diferente, adecuada a las necesidades personales del imputado y no en primer término a la proporcionalidad entre la antijuridicidad y la pena). Por lo tanto, afirmar, como hace la doctrina *progresista*, que ahora “la ley llama a las cosas por su nombre”, ni es acertado ni es progresista, porque lo correcto y lo avanzado no es ampliar por abajo el Derecho penal, convirtiendo en fundamento de la política criminal contemporánea el “principio de intervención máxima”, atribuido históricamente a los Monarcas absolutos y no a los absolutos socialdemócratas... No hay penalista, cualquiera que sea su ideología, que no predique incansablemente lo contrario y, pese a su indeterminación, hemos convertido entre todos en *rey* de la dogmática de nuestro tiempo al “principio de intervención mínima”, dificultades conceptuales aparte. ¿Es que ahora resulta que en este ámbito preciso también hay “republicanos” enemigos de los “reyes”? (Si no se entiende, pase al número siguiente).

10. No cabe duda de que considerar “penal” la responsabilidad de personas que no alcanzan el límite de edad fijado en el Código penal, repercute sobre el castizo concepto de la imputabilidad, porque, o bien la conducta de los menores autores de conductas típicas no ha sido realizada por imputables y entonces se explica todavía menos que se considere expresamente “penal”, o bien el sujeto *tiene que ser* imputable porque su responsabilidad es penal y no puede haber delito sin la pertinente capacidad (imputabilidad), la cual, por un pase mágico de la L.O. 5/2000, se ha extendido de los 18 a los 14 años, y aun pudiera ser más extensa si al Parlamento le da la venada de establecer la aplicación de dicha Ley en los 12, los 10 ó los 4 años y medio, quedando todos estos infantes, por la taumaturgia legal, convertidos de la noche a la mañana en delincuentes con toda la barba... Como entiendo que la capacidad penal no es una simple cuestión gerencial de fijar al azar una edad concreta para delimitar los términos de un Registro o fichero público, sino que requiere materialmente la posibilidad física de *autodeterminarse*, en virtud de una aptitud correcta de apreciar la gravedad de los propios actos y asumirlos libremente, y hoy por hoy el Código español y los Convenios internacionales aludidos en esta ponencia conside-

ran *niño* al menor de 18 años, entiendo que éste es razonablemente el límite de la imputabilidad en nuestro Código vigente, adecuado además a la Constitución, y que por lo tanto la L.O. 5/2000, de 12 de enero, impone sanciones a personas inimputables, con fundamento en la necesidad o en la peligrosidad, pero no en la culpabilidad de las mismas, y por eso se ha optado en esa ley especial por las medidas de tipo educativo intenso que pueden ayudar a corregir el desarrollo de la personalidad del sujeto, y no por penas de carácter represivo-preventivo-resocializador.

No veo inconveniente en esta postura, desde el momento en que es obvio que existen sanciones jurídicas sin relación con la imputabilidad o la culpabilidad penales, como sucede en las normas sancionadoras del Derecho civil, administrativo, fiscal o internacional, incluso aunque las sanciones que se impongan consistan en un internamiento forzoso (internamiento de enajenados o de deudores insolventes en el Derecho civil, de enfermos contagiosos en el Derecho administrativo, de prisioneros de guerra en el Derecho internacional), incluso de mayor dureza que el internamiento aplicable a los “menores delinquentes” según la Ley que estamos comentando.

11. Hemos de rechazar, por oponerse frontalmente a normas de superior rango o a los principios generales del Derecho en el ámbito del Derecho penal, las reformas de la LORPM efectuadas por el PP al final de su mandato en el segundo semestre de 2003, o las previstas en el proyecto elaborado por el Ministerio de Justicia socialista aprobado hace poco por el Consejo de Ministros y publicado en el Boletín Oficial de las Cortes, de 27 de enero pasado, en cuanto que, “atendiendo a reiteradas solicitudes de la sociedad española, que no hay más remedio que atender” (se refiere en realidad a los padres de una de las víctimas), se pretende endurecer las sanciones previstas en esa Ley para los menores, aumentar las facultades discrecionales de los Jueces *in peius*, la creación de Juzgados Centrales de Menores dedicados al ámbito competencial de la Audiencia Nacional, la posibilidad de sustituir la medida que está cumpliendo un delincuente que cumple 18 años por una medida análoga en un establecimiento penitenciario ordinario, etc. Rechazo igualmente que se pretenda cerrar toda posibilidad de aplicación de la Ley del Menor a los comprendidos entre los 18 y 21 años que tengan una personalidad análoga a la de los menores de 18, máxime cuando esto se hace por razones económicas y no por convicción de fondo. y también rechazaría lo contrario, es decir, rebajar el listón de la pena para la aplicación de la LO 5/2000 a los 12 años, de lo que se llegó a hablar, aunque afortunadamente luego no se ha materializado. La consecuencia más negativa de este ahondar en la represión sería la posibilidad de que una serie de fuerzas que contienen la delincuencia abandonen o se disparen.

12. Al parecer, la única reforma que se salva de las pretendidas por el Gobierno es la nueva regulación de la responsabilidad civil derivada del delito, que se llevará a cabo en el mismo proceso en el que se ejercita la acción penal ante el Juez de Meno-

res, simplificando la regulación actual que, por causa de las gestiones de CIU en el Parlamento, ha supuesto la existencia de dos procesos, con duplicación de la prueba, e inexistencia de cosa juzgada en el civil, todo lo cual ha provocado la resistencia judicial a tramitar con tanta inseguridad. (Comentario marginal: la tendencia evidente de nuestros Jueces de aplicar, interpretar e integrar las normas jurídicas con autonomía, con una autonomía que no les ha cedido el legislador, me parece grave y peligrosa. Me limito a ponerlo de manifiesto por si, como en el Quijote, “*forse alcuno canterá con miglior plettro*”).

13. Las disposiciones reformadoras de la LORPM adolecen, a mi juicio, de los siguientes defectos: son anticonstitucionales, contrarias a los tratados internacionales, ilegales, inmorales e inoportunas.

- a) El proyecto desconoce intencionadamente varios artículos de la *Convención sobre Derechos del Niño* de 20 de noviembre de 1989: son niños los menores de 18 años, el bien jurídico prevalente ha de ser el *interés superior del menor*, el internamiento es la *ultima ratio* para el tratamiento de los menores delincuentes, la clase y duración de la medida dependerá preferentemente de criterios subjetivos (defectos de educación) y no objetivos (gravedad del delito cometido, culpabilidad)...
- b) Entiendo que asimismo son contrarias a la Constitución española, además de las normas opuestas a los tratados internacionales de los que es parte España, aquellas otras, penales o penitenciarias, que pretenden una finalidad distinta de las clásicas (retribución, prevención general, prevención especial) enumeradas en el artículo 25 de la Constitución; las exposiciones de motivos que, con un valor que excede de su cometido, rehabilitan los viejos contenidos, aunque sea en un contexto diferente; encomendar el ejercicio de la potestad disciplinaria para con los menores a los empleados privados de la entidad; y, sobre todo, la posibilidad de que, al cumplir los 18 años, el sancionado como menor que no haya cumplido su condena ve convertida su condena en una pena ordinaria a cumplir en un establecimiento penitenciario, lo que supondría nada menos que el cumplimiento de una pena *por la cual no ha sido juzgado en su momento*, es decir, infracción de la garantía fundamental *nulla poena sine legale iudicio*... Todas estas desviaciones pueden ser, a mi juicio, objeto de control de constitucionalidad, aunque me atrevo a apostar que, llegado el caso, el Tribunal Constitucional, cuya misión es más de apoyo del Gobierno que de defensa de la Constitución, llevaría a cabo los juegos malabares con el lenguaje a que nos tiene acostumbrados para decir “digo Diego” donde el texto constitucional dice “digo digo”, y aquí no pasa nada.
- c) Son ilegales, por oposición a los principios fundamentales del Derecho correccional definidos en la LO 5/2000, las reformas alusivas a la privación al Juez de la facultad de elegir la medida más adecuada, teniendo que imponer el internamiento automáticamente cuando se trata de delitos graves; el criterio de la pro-

porcionalidad con la gravedad del hecho para la imposición de la sanción; y también, en mi opinión, el “traspaso” de la sanción y de su cumplimiento al Juez de Vigilancia cuando el Juez de Menores interna en un establecimiento penitenciario ordinario al mayor de 18 años para que termine de cumplir la medida impuesta. Creo que en estos casos el interno pasa a depender del Juez de Vigilancia sólo a efectos externos (disciplina, protección de derechos fundamentales), pero sigue siendo el Juez de Menores el encargado por la Ley de continuar o modificar el tratamiento que este Juez impuso al menor en su día. Sin embargo, nuestra experiencia actual es que los Jueces de Menores no están por la labor, mientras que los Jueces de Vigilancia están encantados de la nueva competencia. (Sin comentarios).

- d) La inmoralidad de la situación creada por la reforma la veo en estos dos detalles: el clima social que la Ley modificada acepta es que los menores son absolutamente culpables de sus delitos y esa culpabilidad merece hasta la modificación de la teoría del delito, cuando seguramente en la totalidad de los casos la culpa sería más propiamente de la sociedad, que difunde constantemente mensajes de violencia, lo que la privaría de legitimidad para castigar al menor que recibe e internaliza tales mensajes. El otro detalle al que me refería es que el Gobierno (y la oposición) están reaccionando a la campaña emprendida por los padres de una víctima, que se quejan amargamente de que las asesinas de su hija puedan rehabilitarse por el tratamiento penitenciario y enderezar su vida, y están desplegando la bandera del *ojo por ojo y diente por diente*, es decir, están reivindicando el derecho a la venganza, y ni la sociedad ni el Estado reaccionan adecuadamente condenando esa postura. Al contrario, el PSOE y el PP (aquí sí puestos de acuerdo) aceptan el deber de plasmar en las leyes la petición de la sociedad de mayor mano dura para los niños delincuentes, “porque el pueblo lo pide”, como si no tuviéramos las calles todos los días llenas de peticiones del pueblo a quien se le hace una higa, no con una mano, sino con todas las manos y los pies posibles.
- e) En un sentido técnico, son inoportunas, por las disfunciones que pueden generar, reformas, como la aceptación de la acusación particular, que tiene como sabemos un significado ampliamente teatral; lo mismo procede decir de la reducción del ámbito de la discrecionalidad judicial y del Juez Central de Menores, que arrastrará el rechazo que es inherente a la Audiencia Nacional y a sus instituciones. Finalmente, es también inoportuno que el Gobierno haya, si no identificado, sí contribuido a identificar el Derecho correccional de los menores con el “Derecho penal del enemigo”, expresión o realidad que jamás se justificará inoportuno resucitar, en el siglo XXI, la tesis prehistórica de que “la letra con sangre entra” y de que los niños deben ser educados a bofetadas, coherentemente, por los padres, los maestros y la policía, ni por razones culturales, ni por razones morales o religiosas, ni por nada. No se puede proferir un insulto tan feroz contra la dignidad humana con la cara más plácida que esa confianza en la eficacia y belleza de las

bofetadas por personas que seguramente se dicen demócratas y cristianas. Confundir el progreso moral y jurídico con el retorno al Neolítico es increíble, y es también imperdonable.

14. Tal vez la solución de mañana esté en la concepción del Derecho penal como un “Derecho de dos velocidades”, un Derecho penal que ayuda y facilita las cosas, dirigido a los delincuentes por necesidad o por falta de oportunidades, y un Derecho penal que castiga e inutiliza, dirigido a los delincuentes por prepotencia, inhumanidad o abuso de personas vulnerables. Tal vez. Si se acepta esta idea, el *primer* Derecho penal se contendría en los Códigos ordinarios, y el *segundo* Derecho penal en leyes especiales, a fin de que no contaminen con su carácter extraordinario al Derecho penal ordinario, extendiendo en la práctica a éste los principios orientadores de aquél. Ninguno de los dos Derechos penales adoptará la técnica excluyente, estigmatizadora y exclusivamente basada en la retribución, intimidación o eliminación que es característica propia del (mal) llamado *Derecho penal del enemigo*.

15. Los derechos y necesidades de la víctima han de tener, en el ámbito del Derecho penal del menor, la misma protección y el mismo reconocimiento que en el Derecho penal y procesal de los adultos, pero con las limitaciones propias del carácter educativo de las medidas y el procedimiento que regula la L.O. 5/2000, lo que hace improcedente y disfuncional el ejercicio de la acción penal por las víctimas o sus familiares, y en ningún caso se debe ni siquiera admitir la posibilidad de discutir un supuesto derecho a la venganza, que nos retrotraería a la situación del Derecho penal en la Edad Media. Por lo demás, se estima conveniente una disposición final de la propia LORPM que regule la compatibilidad entre los preceptos de la L.O. 5/2000 relativos a la víctima y las disposiciones especiales relativas a la protección de ésta (EXPOSICION DE MOTIVOS, VII Y XIII), como serían las normas reguladoras de la asistencia a sus necesidades inmediatas, las víctimas de delitos violentos o sexuales, la violencia doméstica (de género), etc. A mi entender, la jurisprudencia debería esforzarse por considerar compatibles los beneficios específicos regulados en estas tres leyes con la aplicación preferente de la LORPM. Sin embargo, la mención expresa en el proyecto de reforma de la nueva medida de “prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez” (art. 7, 1, i), me induce a pensar que el legislador estime lo mismo.

16. Considero muy interesante que el Derecho penal ordinario incorpore las técnicas de la conciliación, previa una mediación por personas con la suficiente preparación para dirigir un debate y conocimientos elementales de las Ciencias de la Conducta. En el fomento de la adhesión de la voluntad del delincuente hasta hacerla confluir con la voluntad de la víctima, del ciudadano medio y del Estado en cuanto

al papel preventivo asignado al Derecho, es decir, en los mecanismos apropiados para lograr el consentimiento, la adhesión de las voluntades de todos los implicados en un conflicto social a una solución común, radica uno de los elementos fundamentales del Derecho penal constructor del futuro próximo. Lo cual no nos evita recelos y suspicacias, por lo menos a los dinosaurios. Tal vez una vía de solución sea caminar hacia una discreta privatización del Derecho penal, pero no tenemos todavía los datos necesarios para zanjar esta última cuestión, que resulta en todos los sentidos *sugerente*. Por otro lado, la necesidad de que la Administración cuente con la colaboración de los particulares (voluntariado) es indiscutible, pero, si no encontramos fácilmente el justo medio, es previsible la facilidad de que una cierta generosidad legislativa incurra en patentes errores, por ejemplo en materia de ejecución por vía privada de sentencias judiciales, conferir a particulares el ejercicio de una potestad administrativa como es la disciplinaria... *Queda aún mucha tela por cortar, y no somos más que unos aprendices aficionados.*

17. *Caminante, no hay camino, se hace camino al andar...* (Antonio Machado).

Y no hay caminos/ y no hay/ caminos) y no/ hay caminos... (Blas de Otero).

Cuando emprendas tu viaje a Itaca / pide que el camino sea largo, / lleno de aventuras, lleno de experiencias... (Cavafis).

El futuro tiene la última palabra.

Bibliografía

- Albrecht, Peter Alexis (1990), *El Derecho penal de menores*, PPU, Barcelona.
- Albrecht, Peter Alexis (1990), *Hacia el futuro del Derecho penal para menores: peligros y posibilidades*, *Papers d'Estudis i Formació*, número 5 especial, 123 ss.
- Albrecht, Peter Alexis y otros (1986), *Derecho penitenciario de menores y prevención criminal*, *Cuadernos de Política Criminal*, 28, 133 ss.
- Barreda Hernández, Armando, (2001) *Estudio sobre la controvertida inclusión de la acción civil en el nuevo proceso penal de menores*, en el libro colectivo *Estudios jurídicos. Ministerio Fiscal I-2001*, Madrid, s.a., 299 ss.
- Beristain Ipiña, Antonio (1983), *Sanciones penales a los menores y a los jóvenes infractores en España*, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, número 6 monográfico, 89 ss..
- Bonet Esteva, Margarita (1994), *Algunas pautas constitucionales para la reinterpretación de un Derecho penal de Menores*, *La Ley*, número 3465, 1 ss.
- Buceta Miller, Emilio (1992), *Comentario breve a la L.O. 4/1992, de 5 de junio, reguladora de la competencia y el procedimiento de los Juzgados de Menores*, *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, 59 ss,
- Bueno Arús, Francisco (1999), *Líneas fundamentales sobre la reinserción de los*

- menores delincuentes, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, número 1836-1837, 7 ss.
- Calvo Cabello, José Luis (1984), *Principios del Derecho de Menores*, *Menores*, 1, 28 ss.
- Carmona Salgado, Concepción (2002), *Algunas observaciones sobre la responsabilidad penal de los menores, a raíz de la Ley 5/2000, de 12 de enero*, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 1 ss.
- Castellano Rausell, Pedro (2005), *Las últimas reformas penales*, *Cuadernos de Derecho Judicial*, III-2005, Consejo General del Poder Judicial, Madrid.
- Cervelló Donderis, Vicenta (1989), *Situación penal de la protección al menor en España*, *Cuadernos de Política Criminal*, 37, 29 ss.
- Cezón González, Carlos (2001), *La nueva Ley Orgánica reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*, Editorial Bosch, Barcelona.
- Cuello Contreras, Joaquín (2001), *Derecho penal español de Menores a la luz de las modernas tendencias del Derecho penal y la Criminología*, en la obra colectiva *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, UNED. Facultad de Derecho, Madrid, 205 ss.
- Defensor del Pueblo (2004), *El primer año de vigencia de la Ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores (Informe)*, Publicaciones Defensor del Pueblo, Madrid.
- Dolz Lago, Manuel Jesús (1992), *La nueva responsabilidad penal del menor*, Ediciones Revista General de Derecho, 1 ss.
- Funes Artiaga, Jaume (1995), *Mediación y justicia juvenil*, Fundació Jaume Callís, Barcelona.
- García Albero, Ramón, Tamarit Sumalla, Josep Maria (2004), *La reforma de la ejecución penal*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- Herrero Herrero, César (2005), *Delincuencia de menores. Tratamiento criminológico y jurídico*, Dykinson, Madrid.
- Higuera Guimerá, Juan Felipe (2003), *Derecho penal juvenil*, Editorial Bosch, Barcelona.
- Martín Cruz, Andrés (2002), *Los fundamentos de la capacidad de culpabilidad penal por razón de la edad*, tesis doctoral, Facultad de Derecho, Universidad de La Laguna.
- Jiménez Franco, Emmanuel (2001), *Legislación del menor*, 2ª edición, Tecnos, Madrid.
- Lázaro González, Isabel (y otro), *Jornadas sobre Derecho de los Menores*, Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2
- Lidón Montón García, María (2002), *Anotaciones sobre el registro de sentencias en el proceso de menores*, *La Ley*, número 5594, 1 ss.
- Marzoa Puga, José A. (2003): *Menores inadaptados: Intervención y evaluación*, Fundación Diagrama, Murcia..

- Montero de la Rubia, Javier, *El Fiscal instructor en la Ley del Menor*, Tirant lo Blanch. *Novedades*, boletín sin lugar ni fecha, 11 ss.
- Olivencia Ruiz, Manuel (1994), *Letras y letrados*, Real Academia Sevillana de Buenas Letras, Sevilla.
- Ornosa Fernández, María Rosario (2005): *Derecho penal de menores*, 3ª edición, Bosch, Barcelona.
- Rivero Hernández, Francisco (2000), *El interés del menor*, Ed. Dykinson, Madrid.
- Urbano Castrillo, Eduardo de(2003), *La primera sentencia de casación de la Ley de Responsabilidad Penal del Menor*, *Tribunales de justicia*, 19 s.
- Urbano Castrillo, Eduardo de; Rosa Cortina, José Miguel de la (2001) *Comentarios a la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor*, Aranzadi, Elcano (Navarra).
- Varios, (2005), *Derecho penal del menor*, *La ley penal*, 18, número monográfico.
- Varios (2006): *Jornada profesional de trabajo, reflexión y análisis sobre el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, etc.* Fundación Diafragma, Murcia.
- Varios (2000), *La nueva Ley de Responsabilidad Penal del Menor (Aspectos técnico-jurídicos)*, Escuela de Práctica Jurídica, Facultad de Derecho, Universidad P. Comillas, Curso 1999-2000, Madrid.
- Varios (2005), *La reforma penal*, Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, 30, número monográfico.