

LA REFORMA DE LA MAYORIA DE EDAD PENAL: UNA EVALUACION SOCIO-JURIDICA

MARÍA JOSÉ BERNUZ BENEITEZ
BECARIA DE FILOSOFIA DEL DERECHO
UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA

La decisión de ampliar la mayoría de edad penal a los dieciocho años, no es una medida tan banal como parece; supondrá principalmente la creación de un sistema de justicia juvenil que replantee las medidas aplicables hasta ahora a los menores de dieciséis años, y además una revisión de las políticas sociales de infancia y juventud que posibiliten la progresiva responsabilización del menor y su consiguiente integración en sociedad. La prevención y la desjudicialización se plantean si no como panacea, si como líneas de acción prioritarias.

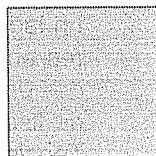
Palabras clave

Mayoría de edad penal-responsabilización-reforma de menores-medidas aplicables-prevención social.

C
O
M
U
N
I
C
A
D
O
R



La reforma de la mayoría de edad penal: Una evaluación socio-jurídica



María José Bernuz Beneitez

0. Introducción

El Congreso de los Diputados y el Senado ha aprobado el CP (LO 10/95, 23 de noviembre, de Código Penal) y con él la elevación de la mayoría de edad penal a los dieciocho años. Se pretende con ello equiparar la mayoría de edad civil y penal y adecuar nuestra legislación al resto de ordenamientos vigentes en el ámbito comparado. Hablamos de pretensión porque pese a que la LO 4/92 se remite al CP para la delimitación de la mayoría de la edad penal, el CP una vez establecida ésta en los dieciocho años (artículo 19) la deja pendiente de aplicación efectiva a la entrada en vigor de una ley que regule la responsabilidad penal del menor (D.D.Única). La adopción de esta medida supone la necesidad de instaurar un sistema de justicia penal juvenil cuya base ha sido sentada por la sumaria LO 4/92, de 5 de junio, sobre reforma del procedimiento regulador de Juzgado de Menores.

Así pues, la entrada en vigor de ésta medida despertaría un intenso debate no sólo político sino al nivel de la opinión pública dados los caracteres especiales que revisten los delitos cometidos por los jóvenes entre dieciséis y dieciocho años que son los que generan una mayor inseguridad pública. Ello supondría una revisión de la eficacia del sistema, de las medidas propuestas por la LO 4/92, así como de la previsión de otras nuevas y la aplicación real y organizada de las existentes a nivel legislativo.

Es obvio además que la puesta en práctica de esta medida incrementaría en un número considerable la cantidad global de casos que llegaría a los Juzgados de Menores. Ello supondría por

un lado, la necesidad de aumentar el número de jueces de menores encargados del conocimiento de los hechos delictivos cometidos por los jóvenes de los dieciséis a los dieciocho años, así como de fiscalías que deberían especializarse y de personal del Equipo Técnico de apoyo en los JJMM.

Los objetivos de este trabajo consisten en evaluar por dónde pasan estas nuevas necesidades en el ámbito de la administración de justicia juvenil, así como el análisis de las posibilidades reales de acoger este nuevo sector delictivo y las medidas que en la práctica les son aplicables. Con esta finalidad, además del estudio de las fuentes teóricas se realizará una investigación socio-jurídica que permita descubrir la dimensión de la problemática que deberá afrontar la entrada en vigor de una Ley Penal Juvenil y su consiguiente aplicación a los menores de dieciocho años. Para ello, se tendrán en cuenta diversas fuentes documentales y estadísticas proporcionadas por el Ministerio de Educación, el INE, el CGPJ, y las memorias de la Fiscalía General del Estado. Esta investigación secundaria, a partir de los datos generados por las instituciones nacionales nos permitirá una primera aproximación a las dimensiones del problema que abordamos.

En consecuencia expondremos inicialmente las posiciones teóricas mantenidas tanto por científicos sociales, como por juristas. Posteriormente se llevará a cabo un estudio de la incidencia social de la medida mediante el estudio sistemático de las estadísticas publicadas relativas a índices de delincuencia y delitos mayormente denunciados. Concluiremos este trabajo con el análisis de las medidas aplicables en España, así como las alternativas existentes para el tratamiento y prevención del fenómeno de la delincuencia juvenil.

1. El debate sobre la edad penal

1.1. Posiciones teóricas: La visión de los juristas y la práctica de los científicos sociales

Hablar de la edad penal no es hablar de un límite, ni un "punto", sino que de lo que se trata es de operar sobre un ámbito: el de la delincuencia juvenil. Se trata de regular adecuadamente los meca-

nismos de prevención respecto de los actos delictivos llevados a cabo por menores¹ o jóvenes².

Las discusiones entre juristas, criminólogos y científicos sociales no parecen llegar a término. Son discursos paralelos. Los campos de actuación son diferentes y por tanto los puntos de partida y las propuestas distan mucho entre sí, lo cual favorece una ineficacia del sistema en el que las energías y la imaginación puestas a disposición del "interés del menor", queda ahogado por luchas intestinas.

Los penalistas parten de que la causa que genera la exclusión de los menores de dieciséis o dieciocho años del ámbito de actuación de la justicia penal es su inimputabilidad.

En función del concepto de inimputabilidad aceptado por la doctrina mayoritaria³, esto es, como falta de capacidad para la comprensión de lo injusto y la determinación de la voluntad, podríamos subsumir a los mas pequeños en el concepto de inimputabilidad, los menores que cuentan con diez u once años; sin embargo difícilmente podríamos hablar de inimputabilidad en el caso de los menores con catorce, dieciséis, y con la reforma del CP y si se imponen realmente sus planteamientos, hasta dieciocho años. Es por esta razón por la que un importante sector doctrinal ha buscado otros fundamentos. Así se ha partido de considerar que la exclusión de los jóvenes con mayor edad de la justicia de adultos se jus-

¹ Hablaremos de menores para designar a aquellos entre doce y dieciséis años y jóvenes a los que tienen entre dieciséis y dieciocho; pese a ello somos conscientes de la reticencia que despierta el término "menor"; vid. J. URRÁ PORTILLO, *Menores, transformación de la realidad. Ley Orgánica 4/92*, Madrid, siglo XXI, 1995, p. 204, "tiene una connotación que lo hace pasivo, receptor de protección".

² Ver la intervención de T. VIVES ANTON, *Informe sobre el PCP de 1992* considera el problema de la minoría-mayoría de edad como un problema nimio: "la cuestión es tratar de actuar sobre una zona, no sobre un punto".

³ Vid. C. GONZALEZ ZORILLA, "Minoría de edad penal, imputabilidad y responsabilidad", *Documentación Jurídica*, 1983, cit. p. 166; T.S. VIVES ANTON, *Derecho penal. Parte general*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1990. Todos ellos se adhieren a la teoría de Welzel expuesta por R. CANTARERO BANDRES, *Delincuencia juvenil y sociedad en transformación...*, cit. en nota 63. Otra cosa es que partamos de las teorías positivas que consideran que la libertad del hombre no es demostrable; el hombre está naturalmente influido por su contexto. No hablan de culpabilidad, sino de peligrosidad y la consiguiente aplicación de medidas para lograr su rehabilitación y la defensa de la sociedad, según R. CANTARERO BANDRES, *La delincuencia juvenil y la sociedad en transformación...*, cit., pp. 107-110.

tífica en la "convicción de la moderna política criminal" de que éstos no pueden recibir el mismo trato que los adultos⁴.

Desde un análisis criminológico se parte de la necesidad de sacar al menor del ámbito de la inimputabilidad, de la "anormalidad", e introducirlo jurídicamente y de forma progresiva en el mundo de los adultos, responsabilizándole de sus propios actos. Una toma de postura diferente llevaría a configurar un sistema incoherente: al menor se le educa en la asunción de la responsabilidad por sus propios actos, pero después, caso de cometer un acto delictivo, se le absuelve. Por el contrario si responsabilizamos al menor conseguimos no romper la normal interrelación y la progresiva integración de éste en la sociedad "basada hasta ese momento en la exigencia de responsabilidad", ni le hacemos perder su "estatus de normalidad"⁵.

Los científicos sociales analizan el fenómeno de la delincuencia juvenil desde el punto de vista de las causas, tanto externas: desempleo, analfabetismo, desestructuración familiar, tiempo

⁴ Esta es la posición que parece acoger el nuevo C.P. Desde el punto de vista doctrinal vid. S. MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, Barcelona, PPU, 1990, p. 636; C. GONZALEZ ZORRILLA, "Minoría de edad penal, imputabilidad y responsabilidad", cit., pp. 167-169, expone otras razones que justifican la exclusión del menor del ámbito de la jurisdicción ordinaria, entre ellas están: la falta de motivación del menor y la necesidad de la aplicación de una medida. También T. RODRIGUEZ DEVESA, *Manual de derecho penal*, Barcelona, PPU, 1993, p. 442 atribuye el cambio a los estudios sociológicos que confieren una importancia troncal al aprendizaje en la dirección de la conducta. J. BUSTOS RAMIREZ, *Manual de derecho penal. Parte general*, Barcelona, Ariel, 1993, p. 344 considera que la diferencia radica en la distinta racionalidad del menor respecto a la racionalidad que rige el mundo adulto; justifica por ello un tratamiento según reglas e instituciones "que se avengan a su racionalidad". T. BANDINI y U. GATTI, "Il concetto di immaturità", *Aspetti criminologici e psichiatrico-forensi dell'età minore*, Milano, Giuffrè editore, 1987, p. 146 expone que el concepto de inmadurez ha sido utilizado de modo instrumental para lograr objetivos de política criminal y en concreto una despenalización del sector menor; la desviación del menor es fruto de carencias psicológico-sociales que deben ser tratadas con instrumentos terapéuticos y reeducativos.

⁵ J. FUNES y C. GONZALEZ ZORRILLA, "Delincuencia juvenil, justicia e intervención comunitaria", *Menores*, num. 7 (enero-febrero 1988), pp. 58-59; también J.L. CUESTA ARZAMENDI, "Líneas directrices de un nuevo derecho penal juvenil y de menores", *Eguzkilore*, num. 2, (octubre 1988), p. 63, considera que presuponer la responsabilidad del menor no supone castigarlo más. En este mismo sentido se orientan G. DE LEO, *La justicia de menores. La delincuencia juvenil y sus instituciones*, Barcelona, Teide, 1985, pp. 133-134 y E. GIMENEZ-SALINAS, "Principios básicos para un nuevo derecho penal juvenil", *Jornadas de Estudio de la legislación del menor*, Madrid, 1985, pp. 262-264.

libre⁶..., como internas: inmadurez⁷. El fenómeno delictivo en los jóvenes es consecuencia de la "inadaptación" a un ambiente que no le permite desarrollar plenamente sus capacidades. No es el joven quien realmente tiene problemas, sino que es la sociedad en la que se ubica la que realmente tiene dificultades para dar respuesta a todas las necesidades de los jóvenes⁸. Si el entorno es quien genera inadaptación la solución viene de favorecer un ambiente que facilite el desarrollo de las facultades personales. Propugnan como base e inicialmente la prevención como instauración de un nivel de vida⁹.

1.2. *El debate político: Análisis de la discusión parlamentaria desde 1980 hasta 1994*

Vistas las posiciones tanto teóricas como prácticas sobre la mayoría de edad penal se plantea la necesidad de analizar la evo-

⁶ G. FICHE, "L'autonomie et "l'insertion" annoncés de l'action éducative", *Annales de Vaucresson*, CNFPJJ, 1993, pp. 163-174 expone con un vital optimismo los medios educativos de reeducación mediante la reestructuración y la "educación" del tiempo libre.

⁷ P. CARPI, "La personalità del minore: Il concetto e la diagnosi di immaturità psicologica", *Nel segno del minore. Psicologia e diritto nel nuovo proceso minorile*, Padova, CEDAM, 1990, pp. 130-133 analiza los caracteres inherentes a la inmadurez, destacando tanto un aspecto intelectual: incapacidad para prever las consecuencias de sus actos; como un aspecto afectivo: predominio del principio del placer e inexistencia de un verdadero código moral.

⁸ J. VALVERDE MOLINA, *La cárcel y sus consecuencias. La intervención sobre la conducta desadaptada*, Madrid, Ed. Popular, 1991, pp. 29-30 considera que en el individuo inadaptado se produce inicialmente una adaptación a los fines sociales pero no a los medios para lograrlos, no tiene acceso a esos medios; tras la intervención de las instancias de control social la inadaptación es tanto a los medios y como a los fines. Igualmente J. URRRA PORTILLO, *Menores, transformación de la realidad...*, cit., p. 206 considera que pese a las dificultades tanto económicas como políticas que supone la implementación de la medida, ésta resulta beneficiosa en tanto que esta población juvenil que "quedaría en la calle" tendrá la posibilidad de que su problema sea tratado.

⁹ J. VALVERDE MOLINA, *La cárcel y sus consecuencias*, cit., pp. 63-65 parte de la necesidad de una intervención adecuada al grado de inadaptación social del individuo donde la prevención será la base de toda actividad de intervención. Cuando se produce una inadaptación objetiva la respuesta social se profundiza en la misma línea de actuación, educándolo en la sociabilidad, no aislándolo. Ante situaciones subjetivas de inadaptación el individuo permanece en instituciones de control social, la intervención viene del lado de intentar "retardar el proceso de prisionización".

lución del tema a nivel del debate político, y ver si las teorías de los juristas y los científicos sociales son tenidas en cuenta a nivel legislativo y ejecutivo.

En España el ámbito subjetivo de la justicia de menores viene definido por dos leyes: el art. 8.2 del antiguo CP que fija la mayoría de edad penal en los dieciséis años y el art. 65 del mismo que establece disminuciones de la pena a los jóvenes entre los dieciséis y los dieciocho años¹⁰ y la LO 4/92, de 5 de junio, que establece el límite por debajo del cual no podrá actuar la jurisdicción de menores, en los doce años¹¹. Los jueces de menores sólo podrán conocer de los hechos delictivos cometidos por menores con más de doce años y menos de la edad fijada en el CP, (que por el momento son dieciséis años) tipificados como delito o falta en el CP o en las leyes penales.

Hasta la promulgación de la LO 4/92 se identificaba minoría y mayoría de edad penal en los dieciséis años, (adoptando un criterio puramente biológico¹²); esta postura fue criticada por la doctrina penalista dada la injusticia que supone pasar de una irresponsabilidad absoluta a la responsabilidad plena exigible sólo a los adultos¹³. Supone una ruptura artificiosa de la natural continuidad de la existencia humana y una falta de consideración de las teorías psi-

¹⁰ Ambos siguen en vigor según la Disposición Derogatoria Única del CP de 1995 y en tanto no entre en vigor la Ley Penal Juvenil.

¹¹ Hasta 1992 los TTM podían conocer de casos sin límite mínimo de edad.

¹² La fase anterior a la adopción del criterio biológico era la que atendía al criterio del discernimiento. El criterio de discernimiento, aplicado desde 1822 hasta 1928 partía del análisis del caso concreto; este criterio tiene como base la inimputabilidad: si se excluye la aplicación del derecho penal al menor según tenga capacidad o no, es lógico que se averigüe si realmente lo posee o no. Sin embargo la confusión de qué debía entenderse por discernimiento, así como la errónea e insegura aplicación que realizaron de ella los jueces bastaron para que fuera deshechada y reemplazada por el criterio biológico; este criterio si bien es injusto, bien aplicado ofrece una mayor seguridad. También lo propone así S. MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte general*, Barcelona, PPU, 1990, p. 636. En relación a la inseguridad del criterio del discernimiento veanse I. MARTINEZ GONZALEZ, "La minoría de edad penal", *Cuadernos de Política Criminal*, num 20, 1983, pp. 429-431; R. CANTARERO BANDRES, *Delincuencia juvenil y sociedad en transformación...*, cit., pp. 94-100; C. GONZALEZ ZORILLA, "Minoría de edad penal, imputabilidad y responsabilidad", cit., pp. 163-165; J. BUSTOS RAMIREZ, *Manual de derecho penal*, cit., p. 344.

¹³ F. MUÑOZ CONDE, *Teoría general del delito*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1989, p. 131 pone de manifiesto la injusticia que supone unificar la minoría y la mayoría de edad penal; expone que "...apenas se sobrepasan los dieciséis años, aunque sólo sea en un día el menor entra de lleno en el derecho penal...".

cológicas que demuestran que a igual edad no corresponde igual desarrollo psíquico, ni igual percepción de la realidad¹⁴.

El Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1980 en el art. 26.3 exime de responsabilidad penal al menor de quince años, sin indicar si es referida a la mayoría o minoría de edad penal. Doce años más tarde el Anteproyecto de Código Penal de 1992 mantiene la mayoría de edad penal en los dieciséis años (art. 19.3), mientras que la minoría de edad penal queda fijada en los doce años por la LO 4/92 de 5 de junio. Recientemente la LO 10/95 de 23 de noviembre, de Código Penal supone el aumento de la mayoría de edad penal a los dieciocho años efectivamente aplicable siempre que una ley clarificadora de la responsabilidad del menor entre en vigor.

Para empezar tenemos que tener en cuenta al analizar los debates parlamentarios que surgen con motivo de los proyectos de Código Penal de 1980 y 1992 que en ambos se discuten edades penales, pero los discursos son diferentes. En 1980 se pide un límite único puesto que minoría y mayoría de edad penal se identificaban. En 1992 se pide un aumento de la mayoría de edad penal dado que existe ya una minoría de edad penal establecida por la LO 4/92 de 5 de junio. Con la elevación de la mayoría de edad penal a los dieciocho años se pretende acoger a los jóvenes entre dieciséis y dieciocho años que actualmente y de hecho ven archivados sus casos; se considera deseable poder aplicarles algún tipo de medida educativa para evitar la reincidencia y posibilitar su reinserción.

Hecha esta aclaración podemos pasar al análisis de las Tablas 1 y 2, que sistematizan los debates parlamentarios generados con motivo de los proyectos de CP de 1980 y 1992.

Un tema a explorar es la incoherencia de los argumentos mantenidos en 1980 tanto por quienes sostienen la necesidad de mantener la edad penal en los dieciséis años como la de aquellos que proponen elevarla a los dieciocho sin hacer ninguna otra aclaración. Minoría Catalana, Coalición Democrática y el Partido Centrista enmiendan el Proyecto de CP de 1980 de cara a mantener la edad penal en 16 años en base a la necesidad de adecuar nuestro ordenamiento a los derechos positivos de nuestro entorno.

¹⁴ R. CANTARERO BANDRES, *Delincuencia juvenil y sociedad en transformación*, cit., pp. 100-102.

Si esa es la verdadera razón no queda claro cuál sería la función de los dieciséis años, si actuar como minoría o como mayoría de edad penal. Adoptando la posición contraria, el Grupo Socialista, Socialistas de Cataluña y Grupo Andalucista enmiendan el Proyecto de CP de 1980 en el sentido de proponer un aumento de la edad penal a los 18 años. Si tenemos en cuenta que lo que se discute es la fijación de un único límite, la medida resultaría criminógena, en tanto no aluden a la necesidad de establecer una minoría de edad penal; un sector muy importante de población delincuente quedaría fuera y sin medida aplicable¹⁵.

Es de destacar la visión de futuro y la modernidad de los planteamientos mantenidos ya en 1980 por el Partido Nacionalista Vasco que propone fijar una franja de edades; los catorce años como minoría de edad penal, y los dieciocho como mayoría de edad penal. Resulta chocante que en las enmiendas al CP de 1995 se retracten y propongan mantener la mayoría de edad penal en los dieciséis años aduciendo la flagrante falta de medios personales y materiales necesarios "para hacer frente a los infractores entre dieciséis y dieciocho".

Otro punto a analizar es el de la entidad de los argumentos esgrimidos en 1980 y en 1992. No deja de ser sorprendente en 1980 que pese a que las pretensiones muestren objetivos diversos los motivos alegados son básicamente coincidentes; como puede apreciarse en la Tabla 1 en 1980 las cinco categorías de razones son acogidas por los grupos parlamentarios representantes de las dos tendencias: la de mantener o elevar la edad penal. Las razones con mayor entidad son: falta de madurez del menor, adaptación al derecho comparado o armonización de edades a las que se consigue la responsabilización total social. Igualmente se observa similitud entre los argumentos alegados en 1980 y los aducidos en 1992, siendo los motivos y los objetivos del Código de 1980 diferentes de los que motivaron el Proyecto de 1992; esto parece revelar un estudio superficial del tema de la edad penal y su consecuente creación de un sistema de justicia juvenil.

¹⁵ No deja de sorprendernos que posteriormente, y manteniendo una posición poco evolutiva, al elaborar el Anteproyecto de CP de 1992 no defendieran su postura de elevar la mayoría de edad penal a los 18 años, sino que se limitaran a mantenerla en los dieciséis.

TABLA 1.

Tabla comparativa entre las razones alegadas por las diferentes tendencias políticas a las enmiendas presentadas con motivo del Proyecto del código penal de 1980. Dirección de las enmiendas

DIRECCION	RAZONES				
	Adecuación al derecho comparado	Armonización de las mayorías de edad	Necesidad de la creación del derecho penal juvenil	No madurez del menor	Coyunturalidad del fenómeno de la delincuencia juvenil
16 años	-Minoría catalana	-Coalición Democrática	-Partido Centrista -Coalición Democrática	-Partido Centrista	-Minoría Catalana
18 años	-Partido Andalucista	-Partido Andalucista -Grupo Socialista	-Partido Andalucista	-Grupo Socialista	-Partido Andalucista
14-18 años			-Partido Nacionalista Eskerra		

Fuente: Elaboración propia a partir de los Diarios de Sesiones

TABLA 2.

Tabla comparativa entre las razones alegadas por las diferentes tendencias políticas a las enmiendas presentadas con motivo del Proyecto del código penal de 1992. Dirección de las enmiendas

DIRECCION	RAZONES				
	Adecuación al derecho comparado	Armonización de las mayorías de edad	Necesidad de la creación del derecho penal juvenil	No madurez del menor	Coyunturalidad del fenómeno de la delincuencia juvenil
18 años	-Grupo Mixto Agrupación Independiente para Canarias -Convergencia i Unió -Grupo Popular	-Grupo Mixto Eskadiko Eskerra	-Grupo Mixto Euskadiko Eskerra		

Fuente: Elaboración propia a partir de los Diarios de Sesiones

2. Población afectada

2.1. *El desconocimiento real del problema*

La doctrina penalista y sociológica en general considera que las estadísticas criminales parten de categorías preestablecidas por el CP, lo cual "reduce aquello que estaba existente en la complejidad de la vida"; únicamente reflejan aquello que se criminaliza por las leyes penales, pero no dan idea "del comportamiento desviado en el interior de una sociedad"¹⁶.

Es algo obvio que siempre va a existir una "cifra oscura"¹⁷, es decir, un número de casos que no salen a la luz por la actuación de los diversos filtros institucionales. Por ello las cifras llevan a confusión, no hablan del fenómeno de la delincuencia juvenil en su globalidad, sino de una perspectiva elaborada desde las instancias de control social en el proceso de criminalización¹⁸.

¹⁶ ALBRECHT-ALEXIS, *Derecho Penal de Menores*, (trad. Bustos Ramírez, J.), Barcelona, PPU, 1990, pp. 35-37, considera que al realizar un estudio sociológico-criminológico debe contarse con este hándicap. DE LEO, G., *La justicia de menores*, cit., p. 2. habla de que "Las instituciones tomadas en sentido amplio, actúan de mediación o filtro respecto a los hechos; de modo que definen su naturaleza, su significado social y cultural y sus consecuencias institucionales y subjetivas"; a continuación añade que "la criminología siempre ha producido saber y "ciencia" en el interior de todas estas mediaciones sociales y culturales, por cuanto ha tomado como objeto propio de estudio aquello que se había seleccionado por esos procesos e instituciones"; todo ello nos da una idea de los límites con que tenemos que contar al tratar de analizar los datos estadísticos

¹⁷ ALBRECHT-ALEXIS, *El derecho penal de menores*, cit., pp. 35-37; en el mismo sentido se manifiesta H. KAUFMANN, "¿Represión o prevención de menores?", *Doctrina Penal*, 1978, pp. 462-463, considera que "lo que se registra es un barómetro de la intensidad con que trabaja la policía".

¹⁸ Al hablar de filtros nos referimos a la actuación de la policía en primer lugar (GRUME en España), que son quienes entran en primer lugar en contacto con los menores; ellos, pese al escaso poder discrecional que poseen son quienes deciden poner en conocimiento del fiscal el caso o no hacerlo por la consideración que el caso les merezca. También en España el fiscal tras la LO 4/92 hace la función de "red institucional" al ser él el encargado de instruir o no un caso. La cifra oscura más importante cuantitativamente sería la que la propia sociedad g al no denunciar el caso por considerarlo insignificante (tanto cuantitativa como cualitativamente) o por desconfiar de la eficacia del sistema.

2.2. Evolución de la población afectada entre 1990 y 1993

Un tema importante de cara a calibrar el alcance de la medida de elevar la mayoría de edad penal de dieciséis a dieciocho años es analizar tanto cuantitativa como cualitativamente el fenómeno de la delincuencia juvenil en los jóvenes de dieciséis a dieciocho años respecto a los menores que no han cumplido los dieciséis años.

Para comenzar merece la pena resaltar que entre 1990 y 1993, y en virtud de las estadísticas facilitadas por el Ministerio de Interior, se han producido variaciones significativas en las detenciones llevadas a cabo por los Cuerpos de Seguridad, que han descendido radicalmente; las detenciones producidas en 1993 suponen un 43,2% menos de las que se realizaron en 1990. Las razones aparecen poco claras, quizás podría adelantarse una mayor incidencia de la política preventiva o una diferente orientación en la política de detenciones llevadas a cabo por la policía.

Es de destacar sobre todo el incremento de más del doble que experimenta la actividad delictiva llevada a cabo por los jóvenes entre los dieciséis y los dieciocho años a los que afectarían el aumento de la mayoría de edad penal en relación con los delitos cometidos por los menores con menos de dieciséis. Nunca la cifra de delitos cometidos por menores entre dieciséis y dieciocho es menor a la de los cometidos por menores que no han alcanzado esa edad, lo cual supondrá un ascenso realmente importante en el volumen de casos a ser resueltos. La finalización de los estudios básicos y la ociosidad ante la que se encuentran hasta que alcanzan la edad legal para trabajar serían las razones que principalmente generan un aumento de la delincuencia en estas edades.

TABLA 3:

Evolución de la cifra global de delincuencia desde 1990 hasta 1993. Comparación entre las cifras de delincuencia de los menores de 16 años y la cometida por jóvenes entre 16 y 18 años.

	AÑO 1990		AÑO 1993	
	Enero	Junio	Enero	Junio
Jóvenes con menos de 16 años	896	1600	363	849
Jóvenes entre 16 y 18 años	1174	1990	698	439
Total por meses	2070	3590	1061	1388

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos facilitados por el Ministerio de Asuntos Sociales. Boletines de 1990 y 1993

El fenómeno de la delincuencia juvenil continúa siendo fundamentalmente masculino. El 88% de los jóvenes delincuentes son varones frente a un escaso porcentaje del 12% de mujeres. Entre las razones que se barajan para explicar este fenómeno están, tanto las de índole social: un mayor arraigo familiar de las chicas, mayor posibilidad de conseguir trabajo y una orientación eminentemente familiar; como las de índole psicológica, en tanto que se afirma que las chicas tienden a interiorizar sus problemas, manifiestan la violencia hacia sí mismas: problemas de salud provocada, mayor índice de suicidios, depresiones.

TABLA 4.
Relación entre la cifra de delincuencia femenina y masculina sobre la cifra global de delincuencia juvenil.

	MENORES DE 16 AÑOS		MENORES ENTRE 16 y 18 AÑOS	
	Varones	Mujeres	Varones	Mujeres
Enero 1990	90.90% (821)	9.10% (75)	91.90% (1086)	8.10% (88)
Junio 1990	89.60% (1448)	10.40% (152)	88.96% (1792)	11.04% (198)
Enero 1993	91.40% (334)	8.60% (29)	90.80% (639)	9.20% (59)
Junio 1993	91.50% (849)	8.50% (73)	92.14% (407)	7.86% (32)

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos facilitados por el Ministerio de Asuntos Sociales. Boletines de 1990 y 1993

Resulta destacable y observable en todas las Tablas el incremento de la delincuencia en los meses de verano respecto a los meses de invierno tanto en 1990 como en 1993. En 1990 la delincuencia en verano aumentó en un porcentaje del 42,4% sobre la que se produjo en los meses de invierno. En 1993 sin embargo, supone un incremento de sólo el 23,4%. Si partimos de que entre las causas principales de la delincuencia juvenil están la existencia de gran cantidad de tiempo de ocio desestructurado y la falta de control paterno, se aprecia que durante el periodo estival, de vacaciones escolares, ambos factores se agudizan.

Un tema significativo a explorar es el de la entidad cualitativa del tipo de delitos cometidos. Pese a que los más importantes cuantitativamente siguen siendo los delitos contra la propiedad, éstos han disminuido en relación con el nivel de la delincuencia en general; el tráfico de estupefacientes, la comisión de delitos contra las personas y los delitos contra la libertad sexual han aumentado, aunque no en número tan alarmante como proclaman los medios de comunicación.

Los delitos contra la propiedad se mantienen constantes con porcentajes en torno al 80% del total de delitos cometidos por los jóvenes de menos de dieciocho años; si bien es de destacar que en 1993 han aumentado entre un 20 y un 30% los delitos contra la propiedad cometidos por jóvenes entre los dieciséis y los dieciocho años alcanzando porcentajes de un 84% del total de delincuencia juvenil.

Como contrapartida cabe subrayar la lenta pero constante importancia cuantitativa de los delitos contra la libertad sexual que aparece especialmente grave en los jóvenes que no han cumplido los dieciséis años, en tanto se equiparan en cantidad a los delitos de esta índole cometidos por los jóvenes entre dieciséis y dieciocho años. Su trascendencia es mínima respecto a la cifra global de la delincuencia en tanto no llegan a porcentajes superiores al 3%, suponiendo sólo 9 casos en enero y 18 durante el mes de junio; sin embargo adquiere significancia si se comparan con las estadísticas relativas a 1990 donde no llegaban al 1% del volumen global de detenciones.

Por lo que respecta a los delitos contra las personas cobran relevancia en 1993 los delitos de esta índole cometidos por los menores de dieciséis años que se equiparan en número a los llevados a cabo por los más mayores, los cuales se mantienen constantes. Un porcentaje que en 1993 en el caso de los menores de dieciséis años superan el 3% mientras que en 1990 escasamente sobrepasa el 1%. Estos delitos experimentan a su vez una profunda transformación cualitativa en tanto ya no son delitos inicialmente contra el patrimonio y subsidiariamente contra las personas, sino que revisten exclusivamente el tipo de delitos contra las personas: lesiones provocadas en peleas callejeras o causados por motivos ideológicos, políticos o religiosos; igualmente ascienden en valor cuantitativamente los delitos de este tipo cometidos bajo influencia de drogas o bebidas alcohólicas que son consumidas a edades cada vez más bajas.

TABLA 5.
Relación del tipo de delitos y su número cometidos por menores de 16 años

	AÑO 1990		AÑO 1993	
	Enero	Junio	Enero	Junio
Delitos contra la propiedad	93.90% (842)	77.60% (1242)	80.90% (294)	79.90% (679)
Delitos contra las personas	1.45% (13)	1.37% (22)	3.85% (14)	3.65% (31)
Delitos contra la libertad sexual	0.66% (6)	0.25% (4)	2.47% (9)	2.12% (18)
Tráfico de estupefacientes	2.45% (22)	3.87% (62)	3.58% (13)	3.18% (27)

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos facilitados por el Ministerio de Asuntos Sociales. Boletines de 1990 y 1993

TABLA 6.
Relación del tipo de delitos y su número cometidos por menores entre 16 y 18 años

	AÑO 1990		AÑO 1993	
	Enero	Junio	Enero	Junio
Delitos contra la propiedad	74.70% (878)	52.60% (1036)	84.32% (589)	84.28% (370)
Delitos contra las personas	2.55% (30)	3.26% (65)	2.57% (18)	3.64% (16)
Delitos contra la libertad sexual	0.76% (9)	0.70% (14)	1.86% (13)	2.50% (11)
Tráfico de estupefacientes	6.38% (75)	7.88% (157)	2.57% (18)	5.01% (22)

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos facilitados por el Ministerio de Asuntos Sociales. Boletines de 1990 y 1993

No deja de ser sorprendente el hecho de que las detenciones por delitos de tráfico de estupefacientes hayan disminuido en 1993

desde porcentajes en torno al 8% en 1990, a un escaso 5%. El tráfico de estupefacientes en los menores de dieciséis años se mantiene estable en torno al 3% de la delincuencia global pese a que cada vez se habla más de una identificación drogadicción-delincuencia, según ha puesto en relieve el Informe sobre la juventud elaborado por el Senado¹⁹. Resulta llamativo el dato, en virtud de los datos de la Tabla 6 de que el consumo de droga (incluimos también el alcohol) entre los menores de dieciséis años ha ascendido del 15,84% y el 12,9% en 1990 (enero y junio respectivamente) a 26,7% y 45,20% en 1993. La Tabla permite observar igualmente que el porcentaje de consumo de drogas en general es mayor, y sobre todo entre los jóvenes entre dieciséis y dieciocho años que de un 44,87% y un 23,06% en 1990 han pasado a un 56,5% y un 64,4% en 1993.

TABLA 7.

Relación del consumo de droga en jóvenes con menos de 16 años y de aquellos entre 16 y 18 años.

	AÑO 1990		AÑO 1993	
	Enero	Junio	Enero	Junio
Jóvenes con menos de 16 años	15.84% (142)	12.90% (207)	26.70% (97)	45.20% (384)
Jóvenes entre 16 y 18 años	44.87% (528)	23.06% (459)	56.50% (395)	64.46% (283)

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos facilitados por el Ministerio de Asuntos Sociales. Boletines de 1990 y 1993

Estos datos parecen sugerir la conclusión de que España se suma a la tendencia seguida por los países desarrollados, donde la delincuencia deja de ser un fenómeno "propio" de las clases marginadas, limitado a los delitos contra la propiedad o provocados por la necesidad. La delincuencia juvenil empieza a revestir cada vez más los caracteres de una delincuencia del ocio, realizada por diversión, de la violencia gratuita o por motivos ideológicos poco fundados; ello reviste sin duda mayor peligrosidad social que la

¹⁹ Informe sobre la juventud española, Boletín de Cortes, 14 de noviembre de 1994, número 192.

delincuencia juvenil de los países en vías de desarrollo. Esta nueva generación de delitos surgen como consecuencia de una relajación del control paterno ejercido sobre los hijos, el desarrollo de una arquitectura urbana que no favorece ni la estructuración del ocio, ni la cohesión humana, unos medios de comunicación que transmiten mensajes antieducativos, y la falta flagrante y cada vez mayor de formación e información de los jóvenes en cuanto a su función social²⁰.

3. La respuesta social ante el fenómeno de la delincuencia juvenil: Acción social y control penal

3.1. Los condicionantes de la respuesta

La reacción social que se genere al fenómeno delictivo en los jóvenes va a depender en gran medida de la concepción que se

²⁰ Es interesante destacar los rasgos que presenta el "delincuente institucional" en la Comunidad Autónoma Aragonesa realizado en base a los datos elaborados por el Equipo de Medio Abierto de la Dirección General de Aragón relativos al año 1993. Este trabajo pone de manifiesto la realidad de los jóvenes en reforma que pese a su localismo puede ser extensible a otras CCAA de similares características. Así, la generalidad de ellos saben leer y escribir, y en el 77% de los casos en el momento de entrar en contacto con la justicia estaban escolarizados; pese a ello el nivel intelectual del menor es bastante bajo y el rendimiento escolar nulo. La casa aunque habitable en el 73% de las ocasiones, y sin llegar al chabolismo, presenta un cierto grado de hacinamiento en tanto tenemos que contar con el número de habitaciones (entre tres y cuatro), y también el número de personas que conviven en el mismo hogar que en un 94% de los casos esta entre tres y ocho miembros. Se destaca el dato de que sólo un 6% vive en zona rural, el resto habitan en Zaragoza, repartidos entre los barrios deprimidos un 38%: Casco Viejo, Magdalena..., donde existe un alto índice de paro, viviendas en malas condiciones, tráfico de drogas y el 44% restante ubicados en barrios obreros (44%), así: Oliver, Picarral, Delicias, San José o Almozara principalmente. Pese a lo que puede pensarse el 62% de los menores en reforma procede de familias "intactas" biparentales. En un 91% de los casos, los menores viven con su familia de origen y sólo un 9% habitan con otros familiares, que generalmente son los abuelos. Son familias con un número muy elevado de hijos, sobre todo si tenemos en cuenta que sólo el 32% de los padres y el 9% de las madres se encuentran en una situación laboral mínimamente estable. El salario familiar, procedente generalmente de uno de los miembros del grupo familiar, nos da idea real del nivel de vida del menor, en tanto que el 54% de las familias sobreviven con salarios de entre 60.000 y 150.000 pesetas, y en un 36% de los casos el salario es desconocido. Si añadimos a esto el número de miembros que conviven en un hogar, se llegan a niveles que rozan el umbral de la pobreza.

tenga del menor y de la que se tenga sobre el origen y causa de la delincuencia²¹, así como de la idea sobre la función del sistema judicial y social.

Asimismo si la respuesta que se dé al problema de la delincuencia juvenil pretende ser eficaz, no puede ser única ni impuesta en un sólo momento, sino que debe plantear respuestas múltiples, aplicables en momentos diferentes y que ayuden al desarrollo e integración social de la infancia y la adolescencia. Las reacciones al fenómeno de la delincuencia juvenil se polarizan en torno a la acción social y al control penal: una política preventiva o de profilaxis previa a la comisión del delito; o bien una política represiva una vez cometido el hecho delictivo²².

3.2. *Profilaxis social*

Vistas las dos posibles respuestas al fenómeno de la delincuencia juvenil vamos a empezar analizando aquélla hacia la que se orientan quienes reconocen la responsabilidad de la sociedad; en tanto se reconoce su responsabilidad indirecta del comportamiento delictivo debemos actuar sobre ella previamente a actuar de forma represiva sobre el menor que ya ha delinquirido²³. La acción preventiva, llevada a cabo por los servicios de acción social, parten de bases diferentes a las de la actuación represiva judicial, que actúan por mecanismos de disuasión y no de prevención²⁴. La preven-

²¹ G.M. LOPEZ HERNANDEZ, "Nuevos planteamientos sobre la delincuencia juvenil", *CPC*, num. 36, 1988, p. 628 concluye que "el cambio social en la política criminal pasa por el cambio en la apreciación individual y social del fenómeno de la delincuencia juvenil y en consecuencia de las reacciones y respuestas sociales al mismo".

²² Vid. H. KAUFMANN, "¿Represión o prevención?", cit., p. 474 éste parte de que hay que tener siempre en cuenta que "un simple reemplazo de represión por profilaxis representa una de esas utopías que nunca tendrán éxito" en tanto el ser humano tienda a menospreciar las normas a las que se somete.

²³ DUBET, F. en *La galère. Jeunes en survie*, París, Fayard, 1987, pp. 22-25 realiza un estudio sociológico de la juventud delincuente y acaba concluyendo que el joven es una víctima de la sociedad que lo fabrica como víctima y una vez interiorizado su estatus de víctima le arrebata los recursos.

²⁴ ROBERT, Philippe, *Les politiques de prevention de la délinquance à l'aune de la recherche*, París, L'Harmattan, 1991, p. 14 considera que pese a que prevención y represión pretenden objetivos similares: "reducir los comportamientos incriminados", los mecanismos de actuación son diferentes.

ción se basa en la lógica de las necesidades, así como en las teorías de la oportunidad²⁵ y del control social. La represión judicial tiene su origen y sentido en la violación de las normas.

En base a la lógica de las necesidades la prevención ha de actuar únicamente según criterios de desigualdad social en tanto se trata de sectores desfavorecidos. Si la prevención actuase según lógica de violación de las normas las medidas se impondrían en virtud del comportamiento desviado de los menores y en lugar de prevenir tendería a controlar; se generaría un efecto criminógeno en tanto se establece el comportamiento desviado como medio para lograr una asistencia social que de otra forma sería difícil de conseguir. Se debe además tener en cuenta el previo consentimiento de los sujetos, ya que la "imposición" de medidas supondría una concepción paternal y absolutista del poder. Las mismas contradicciones se plantean cuando la represión judicial se basa en la lógica de las necesidades: criminaliza la miseria y contribuye a configurar estereotipos privando a los menores de las garantías propias de un estado de derecho²⁶.

Por otro lado y según las teorías del control social y de la oportunidad el hecho delictivo se produce porque no existen "frenos suficientes" que lo impidan, (control social negativo), esto es, que las inhibiciones para cometer hechos delictivos son escasas; teniendo esto en cuenta la prevención se orientaría a reforzar los frenos y a poner obstáculos mayores para impedir la comisión del delito.

En tanto que una política de profilaxis social tiende a atacar las causas del delito, y éstas son múltiples podemos hablar de diferen-

²⁵ J. FUNES y C. GONZALEZ ZORRILLA, "Delincuencia juvenil, justicia e intervención...", cit., pp. 56-57, parten y exponen la teoría de las necesidades de que parte la acción preventiva; del mismo punto de vista parte J. JUNGER-TAS "Prevención de la delincuencia juvenil: teoría y práctica en Holanda" *La reeducación del delincuente juvenil. Los programas del éxito* (edt. por V. GARRIDO GENOVES y L. MONTORO GONZALEZ), Valencia, Tirant lo Blanch, 1992, pp. 53-57.

²⁶ En esta dirección se orientan E. GIMENEZ-SALINAS, "Justicia de menores y ejecución penal...", cit., p. 234 que utiliza este criterio para distinguir las medidas preventivas de las judiciales. También en este sentido mantienen J. FUNES y C. GONZALEZ ZORRILLA, "Delincuencia juvenil, justicia...", cit., pp. 53-57. Sin embargo J.L. CARRERA MARCEN, "¿Tratamiento penal para menores?" en *Jornadas de estudio y planificación de la acción social*, Ed. San Esteban, Salamanca, 1991, pp. 348-353, critica la disfuncionalidad que se genera si se habla de prevención y represión como ámbitos separados; plantea así la necesaria continuidad de actuaciones.

tes políticas preventivas según sea su objeto, su fin, así como los medios empleados²⁷.

La prevención primaria, remota o comunitaria surge como un imperativo en todo estado de derecho. Se dirige a eliminar las condiciones sociales criminógenas, "al origen del problema"²⁸, por ello se dice que se basa en la teoría de las causas; una vez determinadas las causas que facilitan o promuevan la comisión de actos delictivos será necesario actuar sobre ellas. La delincuencia juvenil se perfila como un producto de la industrialización y el desarrollo irracional de la vida urbana, por ello ésta reviste mayor peligrosidad en los países desarrollados que en aquellos en vías de desarrollo²⁹. Una adecuada planificación de la industria y el trabajo, un desarrollo urbanístico que favorezca la integración e impida el vandalismo, descentralización y eficacia en la administración de justicia y medidas que refuercen la cohesión social, así como los valores y estructuras sociales delimitarán una adecuada política preventiva del delito³⁰.

²⁷ Partimos de la distinción realizada por E. GIMENEZ-SALINAS en su artículo "Reacción social a la delincuencia juvenil: la prevención, la desjudicialización y la mediación, la justicia de menores", *Menores*, num. 5 (sep.-oct.), 1987, pp. 55-57.

²⁸ J.H. GONZALEZ DEL SOLAR, *Delincuencia y derecho de menores. Aporte para una legislación integral*, Buenos Aires, Depalma, 1986, pp. 75-77 utiliza un lenguaje moralizante y paternalista. S. DINITZ, "Prevenzione della criminalità e della delinquenza minorile", *Aspetti criminologici e psichiatrico-forensi dell'età minore*, Milano, Giuffrè, 1987, p. 65 hace alusión a la prevención primaria y secundaria al hablar de las medidas a adoptar de cara a la prevención de la delincuencia, en concreto la menciona al hablar de la importancia del urbanismo de cara a la integración social. Igualmente ROBERT, Ph. *Les politiques de prévention...*, cit. p. 16 parte de esta distinción.

²⁹ S. DINITZ, "Prevenzione della criminalità...", cit., pp. 57-63 analiza las causas por las que Japón y Suiza pese a sus altos índices de industrialización y desarrollo tienen bajos niveles de delincuencia.

³⁰ Vid. experiencias realizadas en Holanda para prevenir el fracaso escolar presentada por J. JUNGHER TAS, "La prevención de la delincuencia juvenil...", cit. pp. 77-89. Igualmente ver las experiencias recogidas por D. FARRINGTON, "Implicaciones sobre las carreras delictivas", *La reeducación del delincuente juvenil. Programas para el éxito...*, cit., pp. 145-149. Th. FIRCHOW, "La prévention de la délinquance juvénile en milieu urbaine: justice et politique de la ville", *Droit et société*, 1992, pp. 503-513, parte de que el origen de la delincuencia juvenil está en la falta de comunicación, la "excommunication"; su propuesta se orienta a crear "groupes de référence" y "groupes de relais" orientados a la conexión del joven con sus interlocutores naturales (maestros, educadores, camareros...). Muestra de esta actividad preventiva fueron la creación de los Consejos de Prevention de la Délinquance, según muestra DUBET, F., *l'Etat et les jeunes*, Paris, Les Editions Ouvrières, 1985, pp. 159-192.

La prevención primaria puede ser directa o indirecta. La prevención primaria directa parte de la base de que marginación y delincuencia van unidos y por tanto tiende a modificar las condiciones que generan la marginación (ayudas económicas familiares, comedores infantiles). La prevención primaria indirecta, por el contrario, presupone que la delincuencia es un fenómeno extendido en todas las clases sociales y por ello tiende a fomentar proyectos dirigidos a la juventud en general³¹. La prevención primaria, directa o indirecta, utiliza recursos e instancias normalizadas, al alcance de todo el mundo y dirigidas a un público en general. Se considera que "lo mejor para el sujeto es ser atendido sin más etiquetas que las estrictamente inevitables"³².

La prevención secundaria se dirige a un individuo concreto en función de las previsibles posibilidades que éste tenga de cometer actos delictivos. Esta respuesta que es defendida por un sector doctrinal que considera previsibles los comportamientos desviados³³, es sin embargo criticada por otros alegando que la persona acaba comportándose según el tratamiento que ha recibido³⁴.

La prevención material parte del dato de que los delitos cometidos por los jóvenes son principalmente actos de vandalismo, hurto en grandes almacenes o utilización gratuita de Servicios Públicos. La acción preventiva se llevaría a cabo dificultando la comisión del delito, lo que en definitiva se reduce a reforzar la vigilancia. Una

³¹ G. DE LEO, *La justicia de menores...*, cit., pp. 71-ss.

³² J.L. FUNES y C. GONZALEZ ZORRILLA, "Delincuencia juvenil, justicia e intervención...", cit., pp. 61-62 proponen que las instituciones normalizadas de la sociedad tengan en cuenta la diversidad social, no que la diversidad sea tratada mediante instituciones diversas; que las medidas se establezcan "...en función del conjunto de necesidades y dificultades, no del síntoma por el que la sociedad ha reaccionado".

³³ D. FARRINGTON, "Implicaciones sobre las carreras delictivas...", cit., p. 144 alega que no hay evidencia de que sea perjudicial esta identificación para el tratamiento preventivo. S. DINITZ, "Prevenzione della criminalità...", cit., p. 58 parte de la experiencia de que la mayoría de los delitos juveniles son cometidos por un número muy reducido de jóvenes; identificarlos y corregirlos sería una eficaz política preventiva.

³⁴ J.L. FUNES y C. GONZALEZ ZORRILLA, "Delincuencia juvenil, justicia...", cit., p. 61 parte de que si el menor es tratado como "posible delincuente", asume que la sociedad lo vea como un delincuente y acaba interiorizando el papel que le han asignado; también en este sentido G.M. LOPEZ HERNANDEZ, "Nuevos planteamientos sobre la delincuencia juvenil", cit., p. 626, pone de manifiesto la ineficacia de las intervenciones centradas en el individuo y propone una actuación conjunta del individuo integrado en su grupo de origen.

mayor eficacia de las medidas tendentes a impedir la comisión de delitos, se lograría reforzando y potenciando la colaboración ciudadana, haciendo que la prevención "no sea privativa de la policía o de la justicia"³⁵, es necesario para ello concienciar a la gente de que "la problemática humana es la de la persona en situación"³⁶.

3.3. La actuación "post facto": El control penal

Trás el análisis de las medidas previstas previa la comisión del delito, se hace necesario el análisis de las reacciones sociales generadas una vez cometido el hecho delictivo. Actualmente las respuestas que la doctrina da una vez cometido el hecho delictivo se agrupan en torno a dos tendencias: las que defienden la penalización o judicialización, y aquellas que tienden a la despenalización o desjudicialización de la respuesta.

3.3.1. La respuesta penal

En España la declarada inconstitucionalidad en que incurrió el sistema previo de carácter asistencial, irrespetuoso con los derechos y la propia dignidad del menor, así como la ineficacia de un modelo administrativo de imposición de justicia hacen inclinar la balanza en favor de un sistema judicial³⁷. Las bases para la crea-

³⁵ E. GIMENEZ-SALINAS, "La reacción social a la delincuencia juvenil...", cit., pp. 56-76; y en el mismo sentido J. JUNGER-TAS, "La prevención de la delincuencia en Holanda...", cit., p. 71, atribuye responsabilidades a los Ministerios, a los Ayuntamientos y a los niveles medios de gestión; existe en esta dirección una Recomendación del Consejo de Europa, la R (83) 7 del Comité de Ministros de los estados miembros sobre participación del público en la política criminal, sensibilizada ante la falta de participación ciudadana.

³⁶ G.M. LOPEZ HERNANDEZ, "Nuevos planteamientos...", cit., pp. 625-626, parte de la necesidad de concienciar y hacer ver los problemas sociales más allá del sensacionalismo impuesto por los medios de comunicación. P. MECA y B. DINECHIN, *La vie, la nuit*, Paris, Ed. du Cerf, 1989, p. 124 parte de la idea de que la "prevención especializada comienza ahí donde la prevención general es insuficiente o ha fracasado"... "ésta no debe reconducirse a un papel securitario sino a uno de desarrollo comunitario".

³⁷ E. GIMENEZ-SALINAS, "La reacción social a la delincuencia...", cit., pp. 58-61 hace referencia a los tipos posibles de justicia de menores: un modelo asistencial en se basaba la ley de 1948; un modelo administrativo vigente en los países nór-

ción de un sistema de justicia juvenil las ha sentado la LO 4/92, de 5 de junio, sobre reforma de la competencia y el procedimiento de los Juzgados de Menores.

Un sistema de justicia juvenil es uno intermedio entre un sistema meramente asistencial y el sistema penal común, que supone unas características peculiares en virtud de la especificidad de su ámbito subjetivo de aplicación; así: una consideración primordial de la personalidad del menor y no de la gravedad del hecho para determinar las medidas aplicables; primacía del principio de oportunidad con la idea de llegar a un derecho penal mínimo mediante descriminalización de los comportamientos constitutivos de bagatela; impulso de las instancias de mediación extra-judicial; una mayor potenciación de la participación del menor en la elección y posterior cumplimiento de la medida; así como imposición de medidas principalmente educativas y subsidiariamente correctivas o represivas³⁸. Pese a ello, un sector doctrinal considera incompatible la pena, que tiene un contenido fundamentalmente negativo, con el fin educativo que debe guiar la imposición de la medida³⁹.

Desde el momento en que el juez español deberá aplicar las medidas⁴⁰ teniendo en cuenta "la personalidad y las necesidades del menor", así como "su entorno familiar y social", la doctrina pro-

dicos; y un modelo judicial caracterizado por basarse en el principio de oportunidad, limitación a una franja de edad, garantía de derechos, aplicación de medidas fundamentalmente educativas y participación del joven en la elección de la medida.

³⁸ Es opinión compartida por todos los autores citados hasta ahora: GIMENEZ-SALINAS, GONZALEZ ZORRILLA, FUNES, CARRERA MARCEN, ALBRECHT-ALEXIS, CUESTA ARZAMENDI, CANTARERO BANDRES, desde perspectivas tanto sociológicas como penalistas.

³⁹ Es matizado en el sentido indicado por E. GIMENEZ-SALINAS, "Principios básicos para un nuevo derecho penal...", cit., pp. 167-170 quien considera incompatible educación y pena. También C. GONZALEZ ZORRILLA, "Joven, desviación y reacción social", *Poder Judicial*, junio, 1985, pp. 120-125 considera necesario "llamar a las cosas por su nombre" y si se habla de la responsabilización del menor, no cabe cobijar eufemísticamente bajo el término de medida aquello que claramente es sanción. En el mismo sentido L. PRIETO SANCHIS, "Orientaciones básicas de la reforma del derecho de menores" en *Jornadas de estudio de la legislación del menor*, Ministerio de Justicia, 1985, pp. 132-133 distingue las medidas que tendrán fundamentalmente carácter terapéutico de las sanciones que se basan en la responsabilidad del menor.

⁴⁰ No se ajustan al concepto de medida usado en Derecho Penal ya que éstas en Derecho Penal Común se establecen de forma indeterminada y "hasta que se logre su plena recuperación", que no es el caso del derecho penal juvenil en que se establecen de forma determinada, al igual que las penas.

pugna la definición de un amplio espectro de medidas a disposición del juez de menores. Sin embargo la práctica está muy alejada de la teoría en tanto que las posibilidades reales de aplicación reducen el amplio abanico legal propuesto.

Las medidas propuestas por la LO 4/92, de 5 de junio, son:

- 1º. *La amonestación* o mera reprensión judicial que pese a haber sido una de las medidas mayormente empleadas ahora se tiende a restringir su aplicación⁴¹; viene siendo aplicada generalmente ante la comisión de hechos delictivos de escasa importancia o bien cometidos por primera vez⁴².
- 2º. *Privación del derecho a conducir ciclomotores o vehículos de motor*. Es una medida de carácter educativo en el sentido de que al conectar delito-sanción, de una forma tan visible, hace comprender al menor el sentido de la sanción sin que parezca desproporcionado⁴³.
- 3º. *El tratamiento fuera del núcleo familiar*
 - a) El acogimiento por otra persona o núcleo familiar. Esta medida procedería cuando se pretenda alejar al menor de un entorno familiar que le perjudica. La efectiva puesta en práctica de esta medida reside en la promoción de programas y difusión de información para encontrar familias de "acogida", dándoles determinadas facilidades del tipo de subvenciones y ayudas para la adquisición de ropa o gastos escolares⁴⁴, o bien establecimiento de un salario por el cuidado y atención del joven.

⁴¹ Según las estadísticas del Instituto Nacional de Estadística relativas al año 1990 en Aragón la proporción de casos amonestados es importante; en Zaragoza 193/456; en Teruel 38/70; y en Huesca 85/114. ROSENCVEIG, J.P. *Enfants victimes, enfants délinquants*, París, Ballard, 1989. p. 291 destaca lo positivo que resulta la teatralidad del lugar que da fuerza a la advertencia, "se anuncia una verdadera sanción que habría podido ser impuesta".

⁴² G. DE LEO, en *Justicia de Menores*, cit., pp. 74-79 ha criticado el uso discriminatorio de la amonestación por los jueces principalmente en los casos de menores integrados perfectamente, niños socializados, y el uso de sanciones más fuertes en el caso de niños inadaptados, o con problemas familiares o sociales.

⁴³ En este sentido se ha manifestado L. PRIETO SANCHIS, "Orientaciones básicas de la reforma.", cit., p. 133.

⁴⁴ Ver las exposición de las exitosas experiencias realizadas en Noruega con familias dedicadas al acogimiento analizadas por F. D'UNKEL, "La conciliación delincente-víctima y la reparación de daños: desarrollos recientes del derecho penal y

- b) Tratamiento ambulatorio o ingreso en centro de carácter terapéutico. Al igual que la anterior ésta es una medida que atiende fundamentalmente a las circunstancias del menor. Es una medida dirigida a menores con especiales problemas psicológicos o psiquiátricos, o de toxicomanías. Según el estado psico-mental o de toxicomanía del menor, la medida consistirá, o bien en asistir periódicamente a un centro ambulatorio que se le indique, o bien cuando la gravedad de su patología no lo permita, en permanecer internado en un centro de carácter terapéutico. La importancia de esta medida reside en la estrecha relación existente entre delincuencia y drogas⁴⁵.
- c) Internamiento por tiempo de uno a tres fines de semana. Cumplidos en centros de internamiento cerrados, no se pretende con ello un proceso educativo de larga duración, sino mas bien una "llamada al orden" y a la actuación correcta. Se basa en la concepción de que la medida de reforma es meramente transitoria; una vez transcurrido un periodo corto, de shock o de concienciación, la medida se reconvierte en una de protección, o bien el joven vuelve a su familia si ello es posible. Además con este tipo de internamiento se eluden las críticas dirigidas contra los internamientos breves realizados durante la semana con la consiguiente pérdida de tiempo escolar o laboral, así como la exclusión de los medios familiar y social⁴⁶.
- d) Ingreso en un centro de régimen cerrado. Pese al eminente carácter correctivo de esta medida, se posibilitan generalmente una serie de alternativas educativas y

de la práctica del derecho penal en la comparación internacional", *Papers d' estudis i formacio*, num. 5. 1990, pp. 56-57. En Aragón no hay ningún caso de acogimiento familiar para menores en reforma.

⁴⁵ Sólo se ha aplicado un caso de tratamiento ambulatorio en Aragón y ninguno de internamiento debido a la inexistencia de centros.

⁴⁶ P. ALBRECHT-ALEXIS, *Derecho Penal de Menores*, cit., pp. 293-302 considera que el internamiento por tiempo breve es degradante y despersonalizante; para ello señala otras alternativas a esta medida.

sociales a los jóvenes internos⁴⁷. La diferencia entre centros de internamiento cerrado, semiabierto y abierto son meramente teóricas⁴⁸.

- 4º. *Tratamiento en el ambiente socio-familiar del menor. La libertad vigilada.* Propuesta por la LO 4/92, es la tendencia a la que se orienta la práctica judicial: la imposición de medidas que tengan en cuenta el medio familiar de procedencia del menor, siempre que ello sea posible. Esta medida es llenada con actividades educativas tendiendo a lograr los siguientes objetivos: en el ámbito personal se orientan a tratar su comportamiento, relaciones, actitudes, hábitos; en el ámbito formativo-escolar o laboral se trata de potenciar las aptitudes, motivaciones e intereses; en el ámbito familiar y social se pretende fomentar la integración del menor en su entorno a partir de los medios que éste ofrece⁴⁹.
- 5º. *La prestación de servicios en beneficio de la comunidad.* Es una de las grandes novedades que presenta la LO 4/92. Consiste en la realización de actividades de interés general y en beneficio de la colectividad por parte del menor infractor. La actividad laboral por las relaciones interpersonales y

⁴⁷ El art. 25 de la CE establece que las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad "estarán orientadas hacia la reeducación y la reinserción social". La mayoría de los autores se muestran contrarios a esta medida que debe ser aplicada en última instancia y en todo caso para los menores con mayor edad, nunca a menores de catorce años. GIMENEZ-SALINAS, E., "Justicia de menores...", cit., pp. 232-233 y "Principios básicos para un nuevo...", cit., pp. 257-261; A. BERISTAIN, "Interrogantes cardinales para ...", cit., pp. 180-182; A. DE SOLA DUEÑAS, "Alternativas a la prisión", *Papers d' estudis i formació*, num. 5, 1990, pp. 139-150; J.L. CUESTA ARZAMENDI, "Lineas directrices de un nuevo derecho penal...", cit., pp. 66-68; J. FUNES y C. GONZALEZ ZORRILLA, "Delincuencia juvenil, justicia...", cit., pp. 59-61. Consideramos destacable la experiencia aportada por P. ALBRECHT-ALEXIS, *Derecho penal de menores*, cit., pp. 314-315 y 82-84 sobre la realidad de las prisiones de menores en Alemania: el aislamiento, inseguridad, agresividad sobre sí mismos así como el personal inadecuado son las características que él destaca. También Jean Marie CAMORS, in J.P. CORCELETTE, *Justice des mineurs, justice mineure?. Le cri d'alarme des juges pour enfants*, Belgique, Casterman, 1980, p. 54 se suma a la tendencia contraria al encarcelamiento: e Y. BONIN, "Enfants en prison", *Lieux d'Enfance*, mayo 1990, pp. 21-23 llega a afirmar que la cárcel "logra unos objetivos contrarios a los que se propone".

⁴⁸ En la práctica y en Aragón sólo existe un centro de régimen cerrado, El Buen Pastor. El número de internamiento es relativamente reducido, sólo un 7% de los casos, pese a que durante el año 1995 se ha aumentado su número a 12 jóvenes.

⁴⁹ Ver Informe del Equipo de Medio Abierto de la Diputación General de Aragón relativo a 1993.

la responsabilidad que conlleva "aparece en un puesto relevante para la inserción del individuo en el grupo"⁵⁰; el menor adquiere con ello una mayor conciencia social al realizar trabajos que realmente tienen interés general (limpiar graffitis de las paredes pintadas por ellos mismos, ayuda en centros de caridad, de ancianos, de minusválidos, limpieza de riberas, reparación de destrozos, trabajos sencillos de albañilería) conservando no obstante el carácter de sanción-castigo en tanto ocupan el tiempo libre del menor.

3.3.2. La descriminalización

Hay que partir del principio de máxima tolerancia hacia los hechos delictivos cometidos por menores y jóvenes. El temor y la ineficacia de un estado total, de vigilancia plena lleva a que el joven no alcance a vislumbrar los límites de la norma y se autodefinan como marginado y perseguido social⁵¹. Se trata por tanto, de evitar en lo posible, todo contacto del menor con la justicia. Ello se logra o bien mediante una descriminalización de los comportamientos o mediante una desjudicialización de los trámites.

Quienes propugnan la descriminalización de las conductas delictivas parten de que la comisión de pequeños actos delictivos forma parte del desarrollo normal de la persona, es un "síntoma de maduración" de ésta. El derecho penal debe ser la última ratio de la intervención coactiva del estado⁵².

Plasmación de esta tendencia sería la de *desjudicializar* la bagatela, esto es, las conductas delictivas de escasa relevancia; llegar al derecho penal sólo en última instancia. Se trata de establecer una "red institucional" que haga llegar al juez sólo aquellas conductas que merezcan una sanción penal. En España un primer

⁵⁰ Vid. J.L. CUESTA ARZAMENDI, "La sanción de trabajo en provecho de la comunidad", *Jornadas de estudio de la legislación del menor*, Ministerio de Justicia, 1985, pp. 226-227. Resultaría según este autor especialmente interesante en casos de menores con un sentimiento de marginación o adaptación social.

⁵¹ En este sentido se manifiesta P. ALBRECHT-ALEXIS, *Derecho penal de menores*, cit., pp. 43-44.

⁵² P. ALBRECHT-ALEXIS, *Derecho penal de menores*, cit., pp. 36-37 expone varias investigaciones realizadas mediante encuestas a jóvenes estudiantes de bachillerato de la que resultó que más de la mitad de ellos habían cometido lesiones, alteración del orden, peleas, conducción sin licencia, robos o hurtos.

filtro lo llevaría a cabo el GRUME que remite el caso al fiscal. Por otro lado, la LO 4/92 establece que es el fiscal quien decide instruir o no un caso ante el juez, "acordará en su caso la incoación del oportuno expediente, de lo que dará cuenta al juez de menores" (art. 2. dos). Y como novedad desde el 92 se permite al juez que teniendo en cuenta la petición del fiscal y siempre que no haya habido violencia o intimidación grave en la comisión del hecho delictivo, remita el caso a las autoridades administrativas para la adopción de medidas meramente educativas y formativas. De esta forma se acoge el principio de oportunidad reclamado por la doctrina como principio rector del derecho penal juvenil⁵³.

Asimismo la LO 4/92 es moderna en el sentido de que permite en su articulado la *actuación extrajudicial o reparación*; el art. 2. dos de la LO 4/92 establece que el juez podrá dar por concluida la tramitación de todas las actuaciones cuando "el menor haya reparado o se comprometa a reparar el daño causado a la víctima". Los tipos de reparación son principalmente: una mera disculpa; prestación de trabajos para reparar el daño; regalos como símbolo de reconciliación⁵⁴.

4. Conclusiones

La tendencia manifiesta a equiparar nuestro ordenamiento positivo al derecho comparado y a la instauración de un sistema de jus-

⁵³ Vid. G. DE LEO, *La justicia de menores*, cit., pp. 69-73. También P. ALBRECHT-ALEXIS, "Derecho penal para menores: peligro y posibilidades..", cit., pp. 123-127, manifiesta preocupación por la discriminación que implica la aplicación del derecho penal según criterios de oportunidad. El hecho de que actos comparables sean instruidos por un fiscal y no lo sea por otro no parece muy acorde al principio de seguridad promovido y respaldado por un estado social y democrático de derecho. Su propuesta va en la dirección de combinar el principio de diversión con una política preventiva adecuada; así se logra la función de control propia del derecho penal.

⁵⁴ F. DÜNKEL, "La conciliación delinciente-víctima...", cit., pp. 60-62 hace referencia a varios programas de conciliación delinciente-víctima realizados al margen de la actuación judicial llevada a cabo por mediadores, y en el marco de las instituciones penitenciarias como terapia. En Alemania se ha probado su eficacia para evitar la reincidencia. Por otro lado en Aragón no se ha aplicado esta medida más que en tres casos. La solución quizás vendría de poner en práctica la postura catalana, que posee una fiscalía encargada de filtrar los casos y de llevar a cabo proyectos de reparación extrajudicial y conciliación víctima-delinciente.

ticia juvenil impone la delimitación de su ámbito subjetivo. En España la minoría de edad penal viene delimitada por la LO 4/92, de 5 de junio, y la mayoría de edad penal por el antiguo CP provisionalmente y en tanto no entre en vigor el nuevo sistema.

Se plantea como inevitable la creación de un derecho penal juvenil basado en parámetros completamente diferentes de los que rigen el derecho penal común; ni la responsabilidad exigible es una responsabilidad plena, ni las medidas aplicables son meramente medidas de seguridad sino que son prevalentemente educativas y únicamente en última instancia represivas.

La medida propuesta es importante desde un punto de vista cuantitativo y cualitativo. Es importante cuantitativamente porque el número de actos delictivos cometidos por jóvenes de edades comprendidas entre los dieciséis y los dieciocho duplican en algunos meses a los delitos cometidos por menores que no han cumplido los dieciséis. Ello supondría la ampliación de medios destinados a justicia juvenil: mayor número de jueces de menores, del Equipo de Apoyo de éste, así como medios materiales en general para la aplicación de las medidas a estos menores y que posibilite su posterior inserción.

Igualmente es de destacar la diferencia cualitativa existente entre los delitos cometidos por menores de dieciséis años de aquellos llevados a cabo por menores entre los dieciséis y los dieciocho años. Los nuevos menores acogidos en este futuro sistema de justicia juvenil cometen un mayor porcentaje de delitos contra las personas, contra la libertad sexual y tráfico de estupefacientes; aunque no podemos dejar de señalar que la importancia de este tipo de delitos cometidos por jóvenes que no han cumplido los dieciséis años es igualmente creciente.

La doctrina tanto en el ámbito estatal como en el marco comparado propugna la necesidad de posibilitar al juez un espectro de medidas lo suficientemente amplio como para que pueda escoger aquella que mejor se adecúe a la personalidad y circunstancias del menor. La LO 4/92 establece una amplia gama de medidas aplicables, sin embargo quizás la novedad de algunas de ellas y la inaplicabilidad práctica de otras ha hecho que el abanico propuesto por la ley quede bastante reducido, y que las medidas a las que acude el juez sean casi siempre las mismas ante casos diferentes: sobreseimiento, amonestación, libertad vigilada y en última instancia el internamiento.

El punto de partida de este derecho penal juvenil deberá ser el principio de responsabilización progresiva del menor en oposición

al sistema actual que parte de la consideración del menor como inimputable. La declaración de inimputabilidad genera en el menor una desconfianza hacia un sistema que se muestra incoherente en tanto que le educa en unos valores que tienden a responsabilizarlo por aquello que hace, y ante la comisión de un hecho delictivo no sólo no se le responsabiliza sino que todo concluye con una mera reprensión judicial. Una responsabilización del menor no significa sin embargo la imposición de una pena similar a la del adulto sino que más bien será una medida basada en principios educativos, que tiendan a hacer que el menor vaya aceptando la responsabilidad que se le exige a todo ser social, y por el hecho de serlo.

Otro de los principios que deberán presidir el sistema de justicia juvenil será el de oportunidad, esto es, acudir al derecho penal sólo en última instancia. Se prefiere la prevención general y el consenso a la represión una vez cometido el delito. En esta línea se propugna la descriminalización de los hechos constitutivos de bagatela, o de escasa relevancia social. Con esta finalidad se plantea la necesidad de crear una red de instituciones especializadas que seleccionen los casos que han de llegar al conocimiento del juez de menores.

Dentro de esta tendencia despenalizadora, está la posibilidad que plantea la LO 4/92 de la reparación extrajudicial. Parte del hecho de que el juez podrá suspender el procedimiento cuando el menor haya procedido o se haya comprometido a reparar el daño causado. Con esta medida se posibilita el mínimo recurso al derecho penal común y la concienciación del menor por el daño cometido.

La acción preventiva aparece como un campo deseable de acción. Siempre es mejor eliminar las causas que favorecen la comisión del hecho delictivo, antes que segregar a quienes no han tenido otra opción que la de delinquir. Desde el punto de vista de la acción preventiva siempre es preferible aquella que hace accesibles a los jóvenes "en riesgo" los recursos generales disponibles a todos, frente a aquellos recursos específicos dirigidos a un sector de la sociedad; ésto último tiende a criminalizarlos mediante la deferencia con que se les trata y les hace asumir su diferencia y su marginación así como a comportarse conforme a la idea que la sociedad se ha formado. Para el desarrollo efectivo de una política preventiva se hace imprescindible la colaboración ciudadana, concienciada con el problema social de la delincuencia que actúa según principios de máxima tolerancia hacia el sector de los menores en reforma.