



Respuestas jurídico-penales a la criminalidad de los menores*

Fernando Guanarteme Sánchez Lázaro

Universidad de La Laguna

RESUMEN: La presente reforma de la Ley Orgánica 5/2000 de responsabilidad penal de los menores responde principalmente, no a un déficit punitivo, sino comunicacional. Por ello no se entiende la solución avanzada por nuestro legislador, consistente una vez más, en un incremento del rigor sancionatorio. Pues un problema comunicacional aconseja preferentemente, otro tipo de respuestas; por ejemplo, a través de un desarrollo científico de la legislación simbólica.

PALABRAS CLAVE: Ley penal, menor, legislación simbólica.

SUMMARY: The present revision of Law 5/2000 concerning criminal responsibility of minors does not afford an answer to punitive deficits, but rather a communicational deficit. For this reason it is not easy to understand the solution announced by the government to increase the punishment. Communicational problems require first another kind of answer such as a scientific development of symbolical legislation

KEY WORDS: Criminal law, minor, symbolical legislation.

Sumario: I. Supuesto de hecho. II. Marco legal de la discusión: Gravedad de las consecuencias jurídicas previstas en el vigente Derecho penal de menores. III. Posibles vías de lege ferenda. 1. Agravación del marco sancionador: ¿Cabe más rigor? 2. Ampliación del catálogo de medidas. 3. Hacia unos nuevos términos de discusión: Derecho penal simbólico.

I. Supuesto de hecho

A raíz de una serie de sucesos que trascendieron a la opinión pública a lo largo de estos últimos años, se ha ido generando un clima de desconfianza frente al denominado Derecho penal de menores¹. Casos de extrema brutalidad como el de Sandra Palo o delincuentes como Valentín Moreno, quien tras protagonizar el “salvaje y brutal”² asesinato de Carlos Javier Robledo —más conocido como “el

crimen de la Villa Olímpica”— es detenido mientras se encuentra en libertad provisional por arrojar a la cabeza del portero de una discoteca una tapa de alcantarilla desde una altura de cuatro metros, plantean a la sociedad y, a través de ella, a nuestra disciplina muy diversas y aún más complejas cuestiones. Pese a su escasa frecuencia estadística, la brutalidad y repercusión de estos supuestos de violencia juvenil ha generado en nuestra ciudadanía una urgencia punitiva de muy difícil respuesta. Por una parte,

* Texto, con notas, de la ponencia que bajo el mismo título ofrecí el día 27 de noviembre de 2005 en el Aula Magna de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Laguna.

1. Así, por ejemplo, v. el informe de 2004 del Defensor del Menor en la Comunidad de Madrid, BOAM 2005/1003; el Informe del Ararteko al Parlamento Vasco 2004; el informe especial sobre la violencia juvenil del Justicia de Aragón, BOCA 215/2002; el Informe Especial del Defensor del Pueblo Andaluz 7-04/OIDC-000003, relativo a la gestión realizada por el Defensor del Menor de Andalucía correspondiente al año 2003, DSCA 2005/112. Desde otra perspectiva, también el informe de 2 de febrero de 2005 de la Plataforma de Organizaciones de Infancia.

2. Según los términos de la SAP Barcelona (sección 6ª), 2 de abril 2002, fundamento jurídico vigésimo séptimo.

porque la realidad que impulsa tales movimientos de cambio de la normativa penal vigente se muestra, muchas veces, como una realidad falseada o al menos distorsionada cuando se examina desde perspectivas científicas. En este sentido, el reciente Proyecto de reforma de la LO 5/2000 señala la incidencia del impacto social de los delitos de carácter violento en el desgaste de la credibilidad de la ley, pese a que no han aumentado significativamente³. Por otra parte, el recurso más tranquilizador, el endurecimiento de los marcos penales, se encuentra —pese a la sensación de impunidad en relación con los menores infractores— prácticamente agotado, al menos dentro de los márgenes de constitucionalidad.

En cualquier caso, la irracionalidad de tales sentimientos o el agotamiento de los marcos punitivos no resta virtualidad al problema preventivo esbozado: existen serias dudas sobre la vigencia de las normas de este específico

sector del ordenamiento jurídico-penal. Por ello precisamente nos encontramos inmersos en un proceso de reforma. Luego, urge reflexionar no sólo sobre la razón —o sinrazón— de tal déficit normativo⁴, también sobre sus posibles vías de solución. A esto último se dedica el presente trabajo.

II. Marco legal de la discusión: Gravedad de las consecuencias jurídicas previstas en el vigente Derecho penal de menores

La urgencia punitiva que se advierte en amplios estratos sociales tiene lugar dentro de un marco positivo que en ningún caso puede entenderse como suave. De ahí que se viniese rechazando un endurecimiento general de las medidas⁵. No resta apenas marco para ello. Se adelantaba, con matices, la intención de enriquecer el catálogo de me-

3. Exposición de Motivos, Proyecto de Ley 121/000076 Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, BOCG, 27 enero 2006. En el Derecho comparado, señalando la disociación entre los datos estadísticos y la atmósfera social que desembocó en Alemania en la “Ley de lucha contra los delitos sexuales y otros hechos punibles peligrosos” (“Gesetz zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen gefährlichen Straftaten”), por ejemplo, v. LAUBENTHAL, Klaus: “Die Renaissance der Sicherungsverwahrung”, ZStW, 116, (2004), pp. 704 y s. Sobre ello, también v. DOOB, Anthony N.: “Política criminal en Canadá: «Ladra mucho y muere poco»” (trad. castellana de Susana Soto Navarro), en José Luis Díez Ripollés, Ana María Prieto del Pino y Susana Soto Navarro (eds.): La política legislativa penal en occidente. Una perspectiva comparada, Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología-Tirant lo blanch, Valencia, 2005, pp. 362 y s. En la doctrina italiana PALAZZO, Francesco: “Scienza penale e produzione legislativa: paradossi e contraddizioni di un rapporto problematico”, RIDPP, 1997/3, pp. 700 y s. En nuestra doctrina, entre otros, v. CUELLO CONTRERAS, Joaquín: El nuevo Derecho penal de menores, Civitas, Madrid, 2000, pp. 33 y s. n. 23; DE LA CUESTA AGUADO, Paz Mercedes: “Delincuencia juvenil: características y tipología”, en Luis Ramón Ruiz Rodríguez y José Ignacio Navarro Guzmán (coord.): Menores. Responsabilidad penal y atención psicosocial, Tirant lo blanch, Valencia, 2004, pp. 266 y s.; Díez Ripollés, José Luis: “El derecho penal simbólico y los efectos de la pena”, AP, 2001/1, margs. 3 y 21; el mismo: La racionalidad de las leyes penales, Trotta, Madrid, 2003, pp. 21, 34 y ss.; el mismo: “Introducción”, en José Luis Díez Ripollés, Ana María Prieto del Pino y Susana Soto Navarro (eds.): La política legislativa penal en occidente. Una perspectiva comparada, Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología-Tirant lo blanch, Valencia, 2005, p. 10; GARCÍA PABLOS, Antonio: “Presupuestos criminológicos y político-criminales de un modelo de responsabilidad de jóvenes y menores”, CDJ, Menores Privados de libertad, 1996, pp. 252, 253, 268 y s. Con carácter general, v. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María: La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales, 2ª ed., Civitas, Madrid, 2001, pp. 32 y ss., especialmente, pp. 36-41, 57 y s., donde señala la influencia de los medios de comunicación en la intensificación de la vivencia subjetiva de los riesgos. Sobre esta última cuestión recientemente, también RODRÍGUEZ RAMOS, Luis: “Justicia penal y medios de comunicación”, en Dogmática y ley penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004, pp. 1418 y ss. Señalando la pérdida de influencia científica ALBRECHT, Hans-Jörg: “Die Determinanten der Sexualstrafrechtsreform”, ZStW, 111, (1999), p. 888. En nuestra doctrina, recientemente también Díez Ripollés, José Luis: “La racionalidad legislativa penal: contenidos e instrumentos de control”, en José Luis Díez Ripollés, Ana María Prieto del Pino y Susana Soto Navarro (eds.): La política legislativa penal en occidente. Una perspectiva comparada, Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología-Tirant lo blanch, Valencia, 2005, p. 274.

4. Sobre ello v. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María: La expansión del Derecho penal, cit. n. 3, pp. 25 y ss. Sobre la fabricación de “expertos” y la política mediática, también DOOB, Anthony N.: “Política criminal en Canadá: «Ladra mucho y muere poco»”, cit. n. 3, 2005, pp. 361 y ss.

5. En este sentido apuntaban las declaraciones del ministro de Justicia, v. El País, 10 de junio de 2005. Más recientemente también El País, 8 de octubre de 2005, y El Mundo, 8 de octubre de 2005. No obstante, el Informe gubernamental sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, de 7 octubre 2005, anunciaba ya un incremento sustancial del rigor y la ampliación del marco de las medidas de internamiento, incluso, a delitos no violentos. Sobre su naturaleza jurídica, v. BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel: “Principales aspectos sustantivos del nuevo Derecho penal juvenil español”, en Miguel Ángel Boldova Pasamar (edit.): El nuevo Derecho Penal juvenil español. Diputación General de Aragón, Zaragoza, 2002, pp. 41 y s.; anteriormente, también GARCÍA PÉREZ, Octavio: “La evolución del sistema de justicia penal juvenil. La Ley de Responsabilidad Penal del Menor de 2000 a la luz de las directrices internacionales”, AP, 2000/3, marg. 684 y ss. Sobre la idoneidad preventiva de tales políticas represivas GARCÍA PABLOS, Antonio: “Presupuestos criminológicos y político-criminales de un modelo de responsabilidad de jóvenes y menores”, cit. n. 3, pp. 284 y ss.

didadas para facilitar la distinción “entre los delitos de menor gravedad y los de más brutalidad”⁶, aunque parece que finalmente se va a ir más allá⁷. En cualquier caso, los presupuestos legales sobre los que acontece esta discusión dificultan de antemano un recurso más amplio al instrumento —tradicionalmente— más tranquilizador: la pena.

En relación con los menores infractores con edad comprendida entre los catorce y los quince años⁸, se habla en el actual artículo noveno apartado tercero de la LO 5/2000 de un límite temporal máximo de dos años. Sin embargo, sabemos que la disposición adicional cuarta en su apartado 2 letra c) prevé, en los supuestos de los delitos recogidos en los artículos 138, 139, 179, 180, 571-80 y demás sancionados con pena igual o superior a quince años, la posibilidad de imponer una medida de internamiento en régimen cerrado de uno a cuatro años, complementada en su caso por otra medida de libertad vigilada hasta un máximo de tres años. Esta última fue la consecuencia impuesta al menor Tobías, “nacido el 8-2-90”, quien abordó a una joven nacida un año posterior al suyo, y “logró arrastrarla hasta un descampado, detrás de una nave de material de construcción... Allí, le bajo los pantalones..., le levanto la camiseta,... y la penetró eyaculando. Posteriormente se lo quitó y la penetró vaginal y analmente, causándole desgarros en ambos orificios”⁹. Tobías golpeó a la menor causándole “contusión en región frontal a nivel de línea media por encima de los arcos ciliares, contusión en región molar derecha, y hematoma en región orbicular

derecha con intensa hemorragia subconjuntival”¹⁰, y una vez sin fuerzas, “la cogió del cuello... y... estranguló, causándole la muerte”¹¹. “Sobre las 8 h. saco a pasear su perro y acordándose que había dejado el preservativo utilizado al lado del cuerpo, con intención de destruir pruebas, volvió al lugar, le dio la vuelta al cadáver, pero no lo encontró”¹². El menor reconoció que “no solía llevar preservativos pero que ese día lo llevaba”¹³.

El Juzgado de Menores núm. 2 de Alicante condenó a Tobías como autor de un delito de asesinato y dos delitos de agresión sexual, a la medida, por cada uno de los delitos, de cuatro años de internamiento en régimen cerrado seguido de tres años de libertad vigilada. En concreto, se señala “teniendo en cuenta... la grave, cruel y brutal conducta de violar y dar muerte a una niña de 13 años llevada a cabo por el menor...; la frialdad demostrada en el acto de la vista rota al final de la misma con tenues lágrimas y palabras de perdón que denotan más su temor ante las consecuencias judiciales que pudieran tener sus actos que un sincero arrepentimiento; así como la «sangre fría» con la que después de haber llevado a cabo tan espeluznantes hechos se marchó a pasear a su perro como si nada hubiera sucedido... aconseja la imposición de la medida indicada”¹⁴. No obstante, continúa la sentencia, “en virtud de lo dispuesto en el art. 9, y la D.A. 4.^a Tobías no podrá cumplir una medida de internamiento terapéutico cerrado por tiempo superior a cuatro años seguido de una libertad vigilada por tiempo superior a tres años”¹⁵.

6. Ibidem.

7. Particularmente, v. art. 9.2 a) y c) del Proyecto, cit. n. 3, donde se prevé la posibilidad de aplicar la medida de internamiento en régimen cerrado a los hechos tipificados como delito grave o cuando en su comisión se actuase en grupo o como miembro de una banda, organización o asociación que se dedique a tales actividades. En cuanto al endurecimiento de los marcos superiores de las medidas, v. arts. 10 y 11.2 del Proyecto de reforma, cit. n. 3., recogiendo en este último nuevas reglas concursales que permiten elevar el margen superior de las medidas hasta los seis y diez años de internamiento respectivamente en función de la franja de edad. Sobre ello resulta ilustrativo el cuadro comparativo que se recoge en el Informe gubernamental sobre el Anteproyecto, cit. n. 5.

8. Sobre la concreta opción legislativa de distinguir entre mayores y menores de dieciséis años, desde las recientes aportaciones de la Psicología del desarrollo, favorablemente v. MARTÍN CRUZ, Andrés: Los fundamentos de la capacidad de culpabilidad penal por razón de la edad, Comares, Granada, 2004, pp. 194 y ss., 224 y ss., 234 y ss., quien, no obstante, pp. 273, 279, 334 y ss., aboga por retrasar hasta los veinte la mayoría de edad penal. En esta última línea, también GARCÍA PÉREZ, Octavio: “La evolución del sistema de justicia penal juvenil. La Ley de Responsabilidad Penal del Menor de 2000 a la luz de las directrices internacionales”, cit. n. 5, marg. 691 y s. Igualmente v. la propuesta del Grupo de Estudios de Política Criminal: Un proyecto alternativo a la regulación de la responsabilidad penal de los menores, Grupo de Estudios de Política Criminal, 2000/5, pp. 14, 15, 27 y s., tendente a extender este régimen a los jóvenes de entre 18 y 21 años con independencia de la gravedad del delito cometido. En sentido contrario sin embargo, v. lo avanzado en el art. 1.1 y en la Disposición derogatoria única del Proyecto, cit. n. 3, donde se anuncia la intención de suprimir definitivamente la posibilidad de aplicar la ley a los jóvenes de entre 18 y 21 años, así como en el art. 14 sobre las posibilidades de ordenar el cumplimiento de las medidas de internamiento por los mayores de 18 en centros penitenciarios.

9. Hechos probados, Sentencia del Juzgado de Menores Alicante (Núm. 2), 203/2004, de 9 julio.

10. Ibidem.

11. Ibidem.

12. Ibidem.

13. Fundamento jurídico segundo.

14. Fundamento jurídico tercero.

15. Ibidem.

En relación con el otro grupo de menores infractores, los de edad comprendida entre los dieciséis y los diecisiete años, las consecuencias jurídicas se agravan notablemente. Con carácter de general, el artículo noveno en su apartado quinto de la LO 5/2000 permite, como sabemos, imponer una medida de internamiento en régimen cerrado de uno a cinco años de duración, complementada sucesivamente por otra medida de libertad vigilada con asistencia educativa hasta un máximo de otros cinco años. Mientras que la disposición adicional cuarta en su apartado 2 letra c), para los hechos delictivos antes señalados, permite la imposición de una medida de internamiento en régimen cerrado de uno a ocho años, complementada en su caso por otra medida de libertad vigilada hasta un máximo de cinco años. Esta última fue impuesta en su máximo rigor a dos de los menores que intervinieron en la violación y asesinato de Sandra Palo. Los hechos, básicamente, fueron los siguientes: “Los menores expedientados..., circulaban a bordo de un Citroën ZX,... que, previamente..., habían sustraído..., cuando, vieron caminando por el arcén..., a la pareja compuesta por S. P. B. y J. A. M-S, decidiendo... robarles y violar a la joven. A tal fin, detuvieron el vehículo, obligándoles a montar para lo que esgrimieron una navaja, continuando la marcha para, después, detener el vehículo..., echando... al acompañante de S... En todo momento de común acuerdo y con intención de satisfacer sus apetencias sexuales, tomaron dirección Getafe... se desviaron, introduciéndose en un descampado para ir a parar a un callejón... Una vez dentro, detuvieron el vehículo y obligaron bruscamente y a empujones a S. a bajar, desnudándola, tirándola al suelo para sucesivamente penetrarla... Cuando terminaron, mientras S. trataba de vestirse y huir... resolvieron... matarla, para que no los delatase, así embistieron el coche contra ella, empostrándola contra el muro trasero... cayendo finalmente al suelo para pasar de nuevo el vehículo marcha adelante y marcha atrás en reiteradas ocasiones... Al ver que la joven no se movía, decidieron... quemarla con la finalidad de que no quedara huella alguna..., rociaron el cuerpo de la joven con la gasolina, mientras S... aún con vida movía los brazos muy despacio... intentando incorporarse. Prendiéndole fuego para fallecer instantes después”¹⁶. El Juzgado de Menores núm. 5 de Madrid condenó a J.R.M. y R.S.G, ambos de 17 años, como autores de un delito de detención ilegal, tres delitos de agresión sexual y un delito de asesinato, imponiéndoles —según lo previsto en la disposición adicional cuarta— la

medida de ocho años de internamiento en régimen cerrado complementada con cinco años de libertad vigilada.

Pese a su gravedad, las medidas de internamiento anteriores pueden extenderse, como sabemos, hasta un máximo de diez años para los mayores de dieciséis años y de cinco años para los menores de esa edad cuando fuesen responsables de más de un delito, alguno de los cuales esté calificado como grave y sancionado con pena de prisión igual o superior a quince años de los delitos de terrorismo comprendidos entre los artículos 571 a 580 del Código Penal, según los términos de la disposición adicional cuarta de la LO 5/2000 en su apartado 2 letra c). En estos supuestos se prevé, además, la imposición de la medida de inhabilitación absoluta por un tiempo superior entre cuatro y quince años al de la duración de la medida de internamiento en régimen cerrado impuesta.

Los hechos anteriores no constituyen una imagen representativa de la criminalidad de los menores de edad en nuestro país. Sin embargo, sí se corresponde en buena medida con la vivencia que un sector importante de nuestra ciudadanía mantiene de la misma¹⁷. Ello explica que, pese a la gravedad y extensión de las medidas comentadas, calificadas reiteradamente desde grupos expertos como excesivas, se aprecien inequívocos síntomas de un grave problema preventivo: presentación de más de un millón de firmas en el Congreso de los Diputados por los familiares de víctimas exigiendo la modificación y endurecimiento de la Ley Penal del Menor, la recepción y respuesta a este descontento en la mayoría de los programas en las últimas elecciones generales, etc. En términos técnicos: se aprecia un importante y creciente déficit de confianza en la vigencia de estas normas¹⁸. Pese al importante —e insisto, según los sectores expertos, excesivo— rigor de las actuales consecuencias jurídicas, se ha venido hablando en numerosos foros de sensación de impunidad, de pérdida de credibilidad o deficiencias preventivo-generales de la ley penal del menor. A continuación reflexionaremos sobre algunas de las posibles soluciones:

III. Posibles vías de *lege ferenda*

1. Agravación del marco sancionador: ¿Cabe más rigor?

Pese al nivel de rigor de la LO 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, esta primera vía es

16. Hechos probados, Sentencia del Juzgado de Menores Madrid (Núm. 5), 169/2003, de 13 octubre.

17. Sobre ello, recientemente, RODRÍGUEZ RAMOS, Luis: “Justicia penal y medios de comunicación”, cit. n. 3, pp. 1415 y ss., quien señala los condicionamientos éticos, técnicos y empresariales en la gestión de la verdad *noticiable*. Sobre su incidencia en la verdad procesal, también v. pp. 1424 y ss.

18. En este sentido, señala el cambio de perspectiva en relación con la criminalidad infantil en los sistemas de nuestro entorno SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María: La expansión del Derecho penal, cit. n. 3, p. 60.

la que parece va a tomar nuestro legislador. En sus últimos pronunciamientos venía hablando de “mayor proporcionalidad” o de graduar la responsabilidad a los hechos “de más brutalidad”¹⁹. En esta línea se orienta también el Proyecto de reforma²⁰. Frente a una sociedad y un problema de complejidad creciente nuestro legislador pretende desenfundar, parece, sus tradicionales instrumentos de defensa. Sin embargo, el actual marco legal genera bastantes dudas sobre el verdadero margen y oportunidad de esta primera solución. Ello se aprecia particularmente, cuando comparamos el rigor de las medidas actuales, y en especial las impuestas en el segundo supuesto recogido, con los periodos de privación de libertad que se prevén en nuestro Código Penal para los supuestos de delincuencia adulta. Así, por ejemplo, en el artículo 138 del Código Penal se prevé para el delito de homicidio una pena de diez —a quince— años de privación de libertad. Mientras que a los dos menores de diecisiete años condenados por la muerte y violación de Sandra Palo se les ha impuesto una medida que comprende ocho años de internamiento en régimen cerrado y cinco de libertad vigilada. Luego, se trata —cuando menos— de medidas de un rigor importante, comparable incluso con la consecuencia jurídica prevista para la comisión de delitos como el de violación u homicidio por parte de un adulto. Frente a los 6 años de prisión

que, por ejemplo, se ha impuesto a un ciudadano mayor de edad por coger un cuchillo de cocina, ponérselo a la víctima en el cuello, conducirla “al dormitorio y pese a su negativa tras quitarle la ropa y mientras la sujetaba a la cama por la muñeca... penetrarla por vía vaginal”²¹, o a los 12 años y 6 meses de prisión que, por ejemplo, se ha impuesto a otro ciudadano también mayor de edad por sacar violentamente a un tercero de su vehículo, apuñalarlo “en repetidas ocasiones en la parte delantera de su cuerpo” y finalmente degollarlo²², en el segundo supuesto comentado se impone a un menor de edad ocho años de internamiento en régimen cerrado y cinco de libertad vigilada.

El rigor de tales medidas se acentúa, cuando se tiene presente que —según lo sostenido por la doctrina especializada— un periodo de privación de libertad de duración superior a quince años causa tales perjuicios en el sujeto que lo transforman en un ser irrecuperable para la vida en libertad²³. Ello se mantiene en relación con delincuentes adultos, pese a que el Código en no pocos e irrelevantes supuestos supera ampliamente dicho margen. En relación con los menores de edad, nos lleva a cuestionar el rigor de los ocho y, para el supuesto excepcional mencionado, diez años de privación de libertad —o internamiento en régimen cerrado— que permite la actual regulación legal. De hecho, su rigor ya es objeto de crítica²⁴, cuestionándose

19. Cit. n. 5.

20. Cfr. n. 7.

21. STS 1031/2004, de 21 de septiembre, fundamento jurídico tercero.

22. STS 874/2005, de 4 de julio, hechos probados.

23. Así, con ulteriores referencias, v. ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier: “Exasperación penal y límites constitucionales a la duración de las penas privativas de libertad”, en Emilio Octavio de Toledo y Ubieto, Manuel Gurdíel Sierra y Emilio Cortés Bechiarelli (coords.): Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón, Tirant lo blanch, Valencia, 2004, pp. 87 y ss.; el mismo: Consideraciones sobre los fines de la pena en el ordenamiento constitucional español, Comares, Granada, 2001, pp. 83 y s.; CEREZO MIR, José: Curso de Derecho Penal español. Parte general. I. Introducción, 6ª ed., Tecnos, Madrid, 2004, p. 36; COBO DEL ROSAL, Manuel/VIVES ANTÓN, Salvador: Derecho Penal. Parte general. 5ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, 1999, p. 831; GARCÍA ARÁN, Mercedes: Fundamentos y aplicación de Penas y Medidas de Seguridad en el Código Penal de 1995, Aranzadi, Pamplona, 1997, p. 44; GIMBERNAT ORDEIG, Enrique: “Prólogo a la novena edición”, Código Penal, Tecnos, 10ª ed., 2004, pp. 26 y s.; GRACIA MARTÍN, Luis: “Culpabilidad y prevención en la moderna reforma penal española”, AP, 1993/2, margs. 562 y s., con ulteriores referencias bibliográficas y jurisprudenciales en n. 88 y ss.; JORGE BARREIRO, Agustín: “El sistema de sanciones en el Código Penal español de 1995”, ADPCP, 1996, pp. 330 n. 3, 333-5, 336 n. 13 y 380; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel: Curso de Derecho Penal. Parte general I, Universitas, Madrid, 1996, p. 89; MIR PUIG, Santiago: Derecho Penal. Parte general. 7ª ed., Reppertor, Barcelona, 2004, pp. 131 marg. 60 y 681 marg. 14 con ulteriores referencias en n. 23; ROMEO CASABONA, Carlos María: “El Anteproyecto de Código penal de 1992”, en Presupuestos para la Reforma Penal, Centro de Estudios Criminológicos de la Universidad de La Laguna, 1992, p. 10.

24. Así, entre otros, v. ALASTUEY DOBÓN, M.ª Carmen: “El Derecho penal de menores: evolución y rasgos esenciales de la Ley Orgánica 5/2000”, en José Luis Díez Ripollés, Carlos María Romeo Casabona, Luis Gracia Martín y Juan Felipe Higuera Guimerá: La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor D. José Cerezo Mir, Tecnos, Madrid, 2002, pp. 1548 y s., señalando los excesos preventivo-generales; BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel: “Principales aspectos sustantivos del nuevo Derecho penal juvenil español”, cit. n. 5, pp. 55 y s.; GARCÍA PÉREZ, Octavio: “Los actuales principios rectores del Derecho penal juvenil: un análisis crítico”, RDPC, 1999/3, pp. 73 y ss.; LANDROVE DÍAZ, Gerardo: “El nuevo Derecho penal juvenil”, en José Luis Díez Ripollés, Carlos María Romeo Casabona, Luis Gracia Martín y Juan Felipe Higuera Guimerá: La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor D. José Cerezo Mir, Tecnos, Madrid, 2002, pp. 1584 y s. Desde la perspectiva de las directrices internacionales, también v. GARCÍA PÉREZ, Octavio: “Los actuales principios rectores del Derecho penal juvenil: un análisis crítico”, cit. n. 24, pp. 42 y s.

incluso la idoneidad misma de este tipo de medida para hacer frente a la criminalidad de los menores²⁵.

En un plano más técnico, cabe asimismo objetar que su particular estatuto jurídico —menor libertad de organización (restricción en el ejercicio de derechos civiles, políticos, sociales, económicos, etc.), luego, menor responsabilidad por las consecuencias— estrecha considerablemente los márgenes del juicio de reproche²⁶, y genera dudas sobre la proporcionalidad —y constitucionalidad— de las medidas adoptadas. Se cercena esencialmente la libertad personal de los menores²⁷. Por otra parte, las razones político-criminales —particularmente de prevención general— que han llevado al legislador a superar el plazo de

quince años antes apuntado en la solución legal de algunas de las figuras previstas en la parte especial, ceden también frente a la intensidad de las razones preventivo-especiales que inciden en el tratamiento de este tipo de delincuencia²⁸. La orientación constitucional de éstas y las medidas de seguridad, según establece el artículo 25.2 de nuestra Constitución, “hacia la reeducación y la reinserción social”²⁹ parece acentuar su significado en relación con estos supuestos, esto es, sujetos activos aún en muchos aspectos en desarrollo³⁰.

Las dudas anteriores se acentúan en relación con las especificidades apuntadas sobre los delitos de terrorismo en la disposición adicional cuarta (hasta diez años de inter-

25. En esta última línea, v. GARCÍA PABLOS, Antonio: “Presupuestos criminológicos y político-criminales de un modelo de responsabilidad de jóvenes y menores”, cit. n. 3, pp. 278 y ss.; LANDROVE DÍAZ, Gerardo: Derecho penal de menores, Tirant lo blanch, Valencia, 2001, p. 223; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M.^a Isabel: Minoría de edad penal y derecho penal juvenil, Comares, Granada, 1998, p. 161 con ulteriores referencias en n. 26. En esta línea igualmente v. la propuesta del Grupo de Estudios de Política Criminal: Un proyecto alternativo a la regulación de la responsabilidad penal de los menores, cit. n. 8, pp. 15, 16, 28 y ss. Con carácter general, también LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo: Teoría de la pena, Akal, Madrid, 1991, pp. 24 y s. Más recientemente, v. DOOB, Anthony N.: “Política criminal en Canadá: «Ladra mucho y muerde poco»”, cit. n. 3, pp. 379 y s.

26. Así también, siguiendo a DE LA CUESTA, GARCÍA PÉREZ, Octavio: “La evolución del sistema de justicia penal juvenil. La Ley de Responsabilidad Penal del Menor de 2000 a la luz de las directrices internacionales”, cit. n. 5, marg. 678. En términos de corresponsabilidad social, SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María: La expansión del Derecho penal, cit. n. 3, p. 60, especialmente n. 129. En términos preventivos, anteriormente, sin embargo v. el mismo: “El régimen de la minoría de edad penal (artículo 19)”, en El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales, José María Bosch, Barcelona, 1997, pp. 172 y ss. En esta línea, fundamental, GIMBERNAT ORDEIG, Enrique: “¿Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal?”, en Estudios de Derecho Penal, 2^a ed., Tecnos, Madrid, 1990, pp. 157 y s. También v. CUELLO CONTRERAS, Joaquín: El nuevo Derecho penal de menores, cit. n. 3, pp. 29-33, quien apunta igualmente al déficit de madurez, así v. pp. 72, 157 y s.; TERRADILLOS BASOCO, Juan: “Responsabilidad penal de los menores”, en Luis Ramón Ruiz Rodríguez y José Ignacio Navarro Guzmán (coord.): Menores. Responsabilidad penal y atención psicosocial, Tirant lo blanch, Valencia, 2004, pp. 52 y s. Atendiendo, particularmente, a razones preventivo-especiales BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel: “Principales aspectos sustantivos del nuevo Derecho penal juvenil español”, cit. n. 5, pp. 44 y s.; el mismo: “Lección IX. La responsabilidad penal de los menores”, en Luis Gracia Martín/Miguel Ángel Boldova Pasamar/M^a Carmen Alastuey Dobón: Lecciones de consecuencias jurídicas del delito, 3^a ed., Tirant lo blanch, Valencia, 2004, pp. 443, 445 y 447, matizando en este último lugar que “la imputabilidad del menor es en realidad, si no completa, sí una *imputabilidad sui generis*... Las diferencias entre menores y adultos como sujetos imputables penalmente no son para la ley únicamente cuantitativas, sino cualitativas” (negrita, en lugar de cursiva, en el original), engarzando su comprensión con la naturaleza particular de las medidas. Críticamente, sin embargo, v. BACIGALUPO ZAPATER, Enrique: Principios de Derecho Penal, 4^a ed., Akal, Madrid, 1997, pp. 110 y s., quien concibe la minoría de edad, op. cit., p. 325, “como una excepción personal al régimen del derecho penal común”. También SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M.^a Isabel: Minoría de edad penal y derecho penal juvenil, cit. n. 25, pp. 24 y s., quien encuentra su razón, op. cit., pp. 156 y ss., en un déficit de imputabilidad. En esta línea también, GARCÍA PÉREZ, Octavio: “La evolución del sistema de justicia penal juvenil. La Ley de Responsabilidad Penal del Menor de 2000 a la luz de las directrices internacionales”, cit. n. 5, marg. 682 y ss.; aludiendo a una mayor “irreflexión y la falta de madurez y conocimiento total de la trascendencia de sus actos”, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo: Teoría de la pena, cit. n. 25, p. 238. Desde las aportaciones de la Psicología actual, v. MARTÍN CRUZ, Andrés: Los fundamentos de la capacidad de culpabilidad penal por razón de la edad, cit. n. 8, pp. 194 y ss., 224 y ss., 234 y ss.

27. Desplazando la discusión del engarce constitucional del principio de proporcionalidad hacia los bienes jurídicos afectados, cfr. STC 136/99, de 20 de julio, fundamentos jurídicos vigésimo segundo y tercero, con ulteriores referencias jurisprudenciales en los fundamentos citados.

28. Así, con ulteriores referencias, señala la nociva influencia que el exceso de rigor ejerce en el ulterior desarrollo de los menores BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel: “Principales aspectos sustantivos del nuevo Derecho penal juvenil español”, cit. n. 5, p. 40.

29. Sobre ello, ampliamente, v. ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier: “Exasperación penal y límites constitucionales a la duración de las penas privativas de libertad”, cit. n. 23, pp. 79 y ss.; el mismo: Consideraciones sobre los fines de la pena en el ordenamiento constitucional español, cit. n. 23, pássim, especialmente, pp. 27 y ss., 31 y ss.; sobre los conceptos de reeducación y reinserción, pp. 55 y ss. Anteriormente también GARCÍA ARÁN, Mercedes: Fundamentos y Aplicación de Penas y Medidas de Seguridad en el Código Penal de 1995, cit. n. 23, pp. 31 y ss.

30. Cfr. SCHÜLER-SPRINGORUM, Horst: “Jugend, Kriminalität und Recht”, Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag, tomo segundo, Duncker & Humblot, Berlin, 1985, pp. 1131 y s.

namiento en régimen cerrado, cinco de libertad vigilada y quince de inhabilitación absoluta). Político-criminalmente, la relevancia que se otorga al “terrorista menor” frente al “menor terrorista”³¹ puede conllevar un importante coste preventivo-especial. Pues, se entiende, “una pena justa... es más favorable a la corrección o enmienda del delincuente que una pena desproporcionada o injusta”³². No obstante, en este aspecto el actual Proyecto de reforma prevé la imposición de la medida de internamiento en régimen cerrado por un periodo de diez años, más allá de los supuestos de terrorismo, en ciertos casos de concurso de delitos³³.

Ciertamente, los argumentos anteriores, particularmente el argumento comparativo, pierden fuerza cuando se relacionan con el régimen previsto para los menores infractores con edad comprendida entre los catorce y los quince años de edad. El Gobierno en su reciente Proyecto —artículos 10.2 a) y 11.2 respectivamente— propone ampliar el rigor de la medida de internamiento en régimen cerrado hasta un máximo de cinco años y, en determinados supuestos concursales, incluso hasta seis. Sin embargo, la correlativa acentuación de los argumentos preventivo-especiales genera dudas sobre

la idoneidad de esta propuesta³⁴. Las razones de humanidad también aumentan a medida que disminuye la edad del infractor. Por ello es difícil establecer si queda margen —y, en tal caso, amplitud— de agravación de la medida de internamiento en régimen cerrado. Así, piénsese, por ejemplo, que el artículo 178 del Código Penal prevé para el delito de agresión sexual una pena de uno a cuatro años de privación de libertad. Igualmente, debe repararse en la diferente interiorización de los plazos de cumplimiento. Por ello, si se entiende que este marco es susceptible de endurecimiento, debiera pensarse en otro tipo de medidas como, por ejemplo, la medida de libertad vigilada³⁵. En este sentido, la actual solución legal que prevé el cese de toda actuación sobre el mismo a los veintiuno o veintidós años de edad con independencia de sus aristas de peligrosidad puede perjudicar también expectativas preventivo-especiales. Particularmente, cuando se considera la importancia del factor edad así como la posibilidad de adecuar —razonablemente y en un plano abstracto— la intervención jurídico-penal a las distintas fases de peligro³⁶. La virtualidad —también³⁷— preventivo-general de este tipo de medidas, se muestra particularmente interesante en estos supuestos de tan escaso margen

31. Utilizando la gráfica expresión de LANDROVE DÍAZ, Gerardo: “El nuevo Derecho penal juvenil”, cit. n. 24, p. 1585.

32. CEREZO MIR, José: Curso de Derecho Penal español. Parte general. I, cit. n. 23, p. 31.

33. En concreto, prevé el art. 11.2: “Cuando alguno de los hechos a los que se refiere el apartado anterior fuere uno de los mencionados en el artículo 10.2 de esta Ley, la medida impuesta podrá alcanzar los seis años de duración si se trata de un menor de entre 14 y 16 años, y los diez años si es mayor de 16 años”.

34. Señalando su déficit de imputabilidad, también v. GARCÍA PÉREZ, Octavio: “La evolución del sistema de justicia penal juvenil. La Ley de Responsabilidad Penal del Menor de 2000 a la luz de las directrices internacionales”, cit. n. 5, marg. 683 n. 42. Anteriormente, también v. el mismo: “Los actuales principios rectores del Derecho penal juvenil: un análisis crítico”, cit. n. 24, pp. 66 y ss., quien entiende incluso, p. 72, que “por debajo de una determinada edad (16 años) no cabe atribuir a un menor la infracción de la norma si quiera de forma atenuada por lo que no se le puede sancionar penalmente, aun cuando ello se pudiera justificar por razones de prevención”.

35. Sobre ello v. BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel: “Lección IX. La responsabilidad penal de los menores”, cit. n. 26, pp. 454 y s.

36. Cfr. KAISER, Günther: Kriminologie, 3ª ed., C. F. Müller, Heidelberg, 1996, § 47 margs. 7 y ss. Y aunque ciertamente, los datos estadísticos no deben sobrevalorarse. Pues les subyacen diferentes trayectorias, etc.; las posibilidades de individualización que ofrece nuestro marco legal permite atenuar su relativismo.

37. En nuestra doctrina, entre otros, v. CARBONELL MATEU, Juan Carlos: Derecho Penal: concepto y principios constitucionales, 3ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, 1999, pp. 75 y s.; GARCÍA PÉREZ, Octavio: La punibilidad en el Derecho Penal, Aranzadi, Pamplona, 1997, pp. 350 y s.; GARCÍA ARÁN, Mercedes: Fundamentos y Aplicación de Penas y Medidas de Seguridad en el Código Penal de 1995, cit. n. 23, p. 136; GRACIA MARTÍN, Luis en Luis Gracia Martín/Miguel Ángel Boldova Pasamar/Mª Carmen Alastuey Dobón: “Las medidas de seguridad y reinserción social”, en Lecciones de consecuencias jurídicas del delito, 3ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, 2004, pp. 385 y 428; JORGE BARREIRO, Agustín: Las medidas de seguridad en el Derecho español, Civitas, Madrid, 1976, pp. 96 y 171, por ejemplo; MIR PUIG, Santiago: Derecho Penal. Parte general, cit. n. 23, pp. 102 y s. margs. 57-61; MUÑAGORRI LAGÜIA, Ignacio: Sanción penal y política criminal, Reus, Madrid, 1977, pp. 208 y s.; MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCÍA ARÁN, Mercedes: Derecho Penal. Parte general, cit. n. 20, pp. 576-8; POLAINO NAVARRETE, Miguel/ POLAINO-ORTS, Miguel: “¿Medidas de Seguridad «inocuidadoras» para delincuentes peligrosos? Reflexiones sobre su discutida constitucionalidad y sobre el fundamento y clases de las medidas de seguridad”, AP, 2001/3, marg. 920; ROMEO CASABONA, Carlos María: Peligrosidad y Derecho Penal preventivo, Bosch, Barcelona, 1986, pp. 81, 86 y s., por ejemplo; SANTOS REQUENA, Agustín-Alejandro: La imposición de medidas de seguridad en el proceso penal, Comares, Granada, 2001, pp. 34 y s.; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María: “La regulación de las medidas de seguridad (artículo 6)”, en El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales, José María Bosch, Barcelona, 1997, p. 34, señalando que “mientras que la pena asegura la vigencia de la norma desde un punto de vista *normativo o contrafáctico*, la medida de seguridad opera mediante un aseguramiento *empírico o cognitivo*”; el mismo: “Consideraciones sobre las medidas de seguridad para inimputables y semiimputables (con especial referencia al PCP 1994)”, en Estudios Jurídicos en memoria del Profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz, v. II, Universitat de Valencia. Institut de Criminologia, Valencia, 1997, pp. 797, 801 y s.; TERRADILLOS BASOCO, Juan: Peligrosidad

punitivo³⁸. Pero sobre ello, sobre las posibilidades y límites del sistema de medidas, se entrará a continuación.

De lo argumentado hasta ahora se puede inferir ya la respuesta a la primera de las cuestiones planteadas: los marcos penales previstos para los menores infractores de entre 16 y 17 años apenas conceden un margen de agravación. No se trata de una cuestión de idoneidad —o inidoneidad— político-criminal, la discusión acontece en los márgenes de lo posible en nuestro cuadro jurídico-constitucional³⁹. En cuanto al otro grupo de infractores, la drástica reducción de los límites punitivos a la mitad quita fuerza al argumento comparativo. Sin embargo, la especial intensidad de las razones preventivo-especiales y de humanidad en las consecuencias jurídicas permite avanzar que, si resta margen, no es considerable. Por otra parte, los términos del discurso de reforma no se pueden agotar en la autoprotección social, argumentos de racionalidad ética obligan a atender —cuando menos en la misma medida— a los propios intereses y tutela del menor infractor⁴⁰.

En cuanto a lo avanzado por el Proyecto de reforma de la Ley penal del menor, la ampliación de las medidas de internamiento a delitos graves no violentos, como se prevé con carácter general en su artículo 9.2 letra a), o el incremento de los límites máximos de internamiento en régimen cerrado hasta seis y diez años en función de la franja de edad⁴¹, nos merece una valoración negativa⁴². A nuestro juicio, se pierde racionalidad ética, esto es, se apuran los

márgenes de proporcionalidad y subordina el interés de los menores en aras de razones preventivo-generales, sin que exista certeza sobre sus consecuencias en términos de eficiencia a corto plazo. A largo plazo, la acentuación de las políticas represivas no suele producir los efectos deseados. Sobre ello hay ejemplos en el Derecho comparado⁴³. La posibilidad, entre otras, de agravar abstractamente tales márgenes pero fortalecer la orientación de los cauces procesales hacia la prevención especial, neutralizando de este modo los posibles efectos instrumentales de la reforma, y en definitiva la existencia de otras vías —más allá de las punitivas— para afianzar la vigencia de las normas reafirman nuestro juicio. Pero sobre esto último, y las posibilidades de la legislación simbólica en materia de menores entraremos en tercer lugar.

2. Ampliación del catálogo de medidas

Frente al binomio culpabilidad-pena, la orientación de las medidas de seguridad hacia la peligrosidad ha generado también ciertas expectativas sobre su margen de operatividad en el Derecho penal de menores. La tendencia en los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno a ceder un mayor protagonismo político-criminal a medidas como la denominada custodia de seguridad (“*Sicherungsverwahrung*”)⁴⁴, no ha pasado desapercibida en nuestros foros⁴⁵. Tampoco sus efectos preventivo-generales. Ante hechos y

social y Estado de Derecho, Akal, Madrid, 1981, pp. 23 y 131. En la doctrina alemana, por ejemplo, v. ROXIN, Claus: *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen Aufbau der Verbrechenslehre*, 3ª ed., C.H. Beck, München, 1997, § 3 margs. 56 y s. También, con matices, FRISCH, Wolfgang: “Die Maßregeln der Besserung und Sicherung im strafrechtlichen Rechtsfolgensystem”, *ZStW*, 102, (1990), p. 358, en especial n. 65, quien si bien rechaza la persecución de cualquier finalidad de carácter preventivo-general, acepta que estas puedan realizarse como consecuencia del rigor de la concreta medida adoptada. En otro sentido COBO DEL ROSAL, Manuel/VIVES ANTÓN, Salvador: *Derecho Penal. Parte general*, cit. n. 23, p. 994.

38. Así también v. GARCÍA PÉREZ, Octavio: “Los actuales principios rectores del Derecho penal juvenil: un análisis crítico”, cit. n. 24, pp. 56 y ss.

39. Señala con razón, los diversos planos de discusión PALAZZO, Francesco: “La Política legislativa y los controles de la Ley en Italia”, en José Luis Díez Ripollés, Ana María Prieto del Pino y Susana Soto Navarro (eds.): *La política legislativa penal en occidente. Una perspectiva comparada*, Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología-Tirant lo blanch, Valencia, 2005, p. 171.

40. En este sentido, con razón, SCHÜLER-SPRINGORUM, Horst: “Jugend, Kriminalität und Recht”, cit. n. 30, pp. 1135.

41. Y ello pese a lo expresado en las Exposiciones de Motivos, II, apartado 7, de la LO 5/2000, y del presente Proyecto de reforma, cit. n. 3, donde, sin embargo, se matiza que el interés del menor, aunque principio superior, no es “único y excluyente frente a otros bienes constitucionales a cuyo aseguramiento obedece toda norma punitiva o correccional”. No obstante, también, sobre los principios de proporcionalidad y retribución y su significado en la LO 5/2000 más allá de las intenciones declaradas v. MARTÍN CRUZ, Andrés: *Los fundamentos de la capacidad de culpabilidad penal por razón de la edad*, cit. n. 8, pp. 303 y ss. Con anterioridad, igualmente, ALASTUEY DOBÓN, M.ª Carmen: “El Derecho penal de menores: evolución y rasgos esenciales de la Ley Orgánica 5/2000”, cit. n. 24, pp. 1547 y s.

42. Cfr. también lo previsto en materia de prescripción y medidas cautelares en los arts. 15 y 28. 2 y 3 del actual Proyecto de reforma, cit. n. 3, respectivamente.

43. Así, recientemente, v. DOOB, Anthony N.: “Política criminal en Canadá: «Ladra mucho y muere poco»”, cit. n. 3, pp. 355 y ss.

44. Sobre esta tendencia en los ordenamientos jurídicos más próximos, v. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: “El retorno de la inocuidad”, en Luis Arroyo Zapatero y otros (dir.): *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In memoriam*, v. I, Universidad de Castilla-La Mancha/Universidad de Salamanca, Cuenca, 2001, pp. 708 y s.

45. Ampliamente v. SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanteme: “Un problema de peligrosidad postdelictual. Reflexiones sobre las posibilidades y límites de la denominada custodia de seguridad”, *RP*, 2006/17, pp. 142 y ss.

actores como los expuestos más arriba, el enriquecimiento del sistema de medidas de seguridad —más allá de los fines terapéuticos— y su orientación en mayor medida hacia la delincuencia culpable se muestra como una vía sugerente. En particular, por los graves problemas de peligrosidad y el agotamiento de la medida de internamiento en régimen cerrado⁴⁶. No obstante, medidas como la custodia de seguridad y, en general, las orientadas hacia la inocuización apenas disponen de operatividad en este ámbito.

La tradicional perspectiva culpabilidad-pena/peligrosidad-medida de seguridad, obvia los problemas de legitimidad que subyacen a estas últimas. Tan sólo en relación con medidas como las que prevé el artículo séptimo apartado 1 letra d) de la LO 5/2000 —orientadas a menores que padecen anomalías o alteraciones psíquicas— cabe sostener la tradicional comprensión de “que la medida adecuada, considerándola desde un punto de vista estrictamente dogmático, habría de ser de duración indeterminada”⁴⁷. Porque concurren razones que sustentan su imposición, básicamente, déficit de orientación normativa y correlativos deberes de tute-

la del Estado⁴⁸. Ahora bien, cuando se trata de la medida de custodia de seguridad u otras orientadas hacia la inocuización de la delincuencia culpable no se aprecian razones sobre las que sustentar su imposición⁴⁹. Una vez que el menor adquiere la mayoría de edad —y ejecutadas las sanciones correspondientes— no hay títulos suficientes sobre los que volver a sustentar ulteriores privaciones de libertad frente a actores culpables. En un marco jurídico constitucional de los rasgos que consagra nuestra Ley Fundamental, la peligrosidad —pre- o aun postdelictual— no basta ni puede bastar como —único— fundamento de la privación de libertad⁵⁰. Luego, una vez que transcurren los cuatro, ocho o diez años de internamiento en régimen cerrado, y el menor imputable ha saldado sus cuentas con la sociedad, no cabe la imposición a un sujeto —ya entonces adulto— de una medida de privación de libertad orientada a fines de custodia o —incluso también— de reinserción social por el mero hecho de que se entienda que es una persona peligrosa. Ejecutada la pena sobre el actor culpable, no resta fundamento suficiente para sustentar ulteriores privaciones de libertad⁵¹.

46. En esta línea, cuestionando el criterio adoptado por la LO 5/2000, señala CEREZO MIR, José: Curso de Derecho Penal español. Parte general. I, cit. n. 23, p. 43, que “las medidas de seguridad, a diferencia de las penas, no tienen que ser necesariamente proporcionadas a la gravedad de los delitos cometidos, sino únicamente a la peligrosidad del delincuente”.

47. URRUELA MORA, Asier: “Los principios informadores del derecho de medidas en el Código penal de 1995”, RDPC, 2001/8, p. 178. En el mismo sentido, por ejemplo, CEREZO MIR, José: Curso de Derecho Penal español. Parte general. I, cit. n. 23, pp. 42 y s.; el mismo: Curso de Derecho Penal español. Parte General. III Teoría jurídica del delito/2, Tecnos, Madrid, 2001, p. 72 y s.; GRACIA MARTÍN, Luis: “Culpabilidad y prevención en la moderna reforma penal española”, cit. n. 23, margs. 566 y ss.; el mismo: “Las medidas de seguridad y reinserción social”, cit. n. 37, pp. 397 y ss.; JORGE BARREIRO, Agustín: “Las medidas de seguridad en la reforma penal española”, en Política criminal y reforma penal. Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal, Edersa, Madrid, 1993, p. 742; más recientemente, el mismo: “El sistema de sanciones en el Código Penal español de 1995”, cit. n. 23, pp. 356-8 y 382; el mismo: “El enfermo mental delincuente y peligroso ante el CP de 1995”, RDPC, 2000/6, pp. 183, 213, 219 y s.; MIR PUIG, Santiago: Derecho Penal. Parte general, cit. n. 23, p. 137 marg. 76; ROMEO CASABONA, Carlos María: Peligrosidad y Derecho Penal preventivo, cit. n. 37, pp. 78 y s.; SANTOS REQUENA, Agustín-Alejandro: La imposición de medidas de seguridad en el proceso penal, cit. n. 37, p. 294.; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María: “La regulación de las medidas de seguridad (artículo 6)”, cit. n. 37, pp. 19, 22, 41 y s. Críticamente, POLAINO NAVARRETE, Miguel/ POLAINO-ORTS, Miguel: “¿Medidas de Seguridad <<inocuidadoras>> para delincuentes peligrosos? Reflexiones sobre su discutida constitucionalidad y sobre el fundamento y clases de las medidas de seguridad”, cit. n. 37, marg. 900 n. 5, quienes entienden que el criterio de proporcionalidad señalado confiere a las medidas cierto carácter pre-delictual.

48. Así ya WELZEL, Hans: Das deutsche Strafrecht, 11ª ed., Walter de Gruyter, Berlín, 1969, p. 245. Más recientemente, por ejemplo, v. JESCHECK, Hans-Heinrich/WEIGEND, Thomas: Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil, 5ª ed., Duncker & Humblot, Berlín, 1996, p. 86. También FRISCH, Wolfgang: “Die Maßregeln der Besserung und Sicherung im strafrechtlichen Rechtsfolgensystem”, cit. n. 37, pp. 365 y s., quien deduce su legitimación a partir de los deberes de protección del Estado, v. pp. 367 y ss. En nuestra doctrina, entre otros, GRACIA MARTÍN, Luis: “Las medidas de seguridad y reinserción social”, cit. n. 37, p. 415; JORGE BARREIRO, Agustín: Las medidas de seguridad en el Derecho español, cit. n. 37, pp. 43, 83 y ss.; RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo: “Medidas de seguridad y Estado de Derecho”, en Peligrosidad Social y Medidas de Seguridad, Universidad de Valencia, 1974, pp. 367 y s.

49. En este sentido con razón, señala CEREZO MIR, José: Curso de Derecho Penal español. Parte general. I, cit. n. 23, p. 42, que la anterior “fundamentación sólo es válida, ... para las medidas de seguridad aplicables a los inimputables o semiimputables, es decir, a las personas a las que el Derecho penal reconoce su incapacidad o la disminución de su capacidad de culpabilidad”. Sólo entonces adquiere sentido tal tutela.

50. Sobre ello v. SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme: “Un problema de peligrosidad postdelictual. Reflexiones sobre las posibilidades y límites de la denominada custodia de seguridad”, cit. n. 45, pp. 155 y ss.

51. Por esta razón, nos merece una valoración distinta la propuesta de SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María: “El régimen de la minoría de edad penal (artículo 19)”, cit. n. 26, pp. 183 y 185, en el sentido de introducir medidas de seguridad para el segmento de edad que va de los 12 a 14 años de edad, se comparta o no su idoneidad político-criminal: existen títulos jurídicos válidos sobre el que sustentar la intervención. No obstante, sobre su postura críticamente, también v. CUELLO CONTRERAS, Joaquín: El nuevo Derecho penal de menores, cit. n. 3, pp. 37, 38 y 42 n. 44. Sobre este último segmento de edad, también MARTÍN CRUZ, Andrés: Los fundamentos de la capacidad de culpabilidad penal por razón de la edad, cit. n. 8, pp. 318 y s.

La inseguridad inherente al juicio de pronóstico así como las dudas sobre la supuesta eficacia preventivo-especial de este tipo de medidas refuerzan las razones anteriores⁵². El cambio de etiquetas, custodia de seguridad en lugar de pena, no esconde sus excesos aflictivos y su cercanía al denominado Derecho penal de autor, si bien ahora sobre estas imprecisas razones de peligrosidad⁵³. La argumentación esgrimida recientemente por el Tribunal Constitucional alemán, en su sentencia de 5 de febrero de 2004⁵⁴, para sustentar la custodia de seguridad en los amplios términos en que se encuentra recogida en aquel país, aludiendo a razones de peligrosidad o —en otros términos— seguridad⁵⁵, abre la puerta —si bien bajo el rótulo de medida de seguridad— a todo tipo de excesos preventivo-generales⁵⁶.

Mayores posibilidades ofrecen las medidas de seguridad no privativas de libertad. Frente a medidas como la de custodia, se muestra más sugerente, por ejemplo, la vía anunciada por algunas comunidades autónomas de emplear tecnología GPS para asegurar un mayor control de determinada clase de autores, tal y como se prevé en ordenamientos jurídicos de nuestro entorno. Se trata de distintos tipos de mecanismos, generalmente una pulsera o etiqueta electrónica, que a través de un transmisor de

señales permiten ubicar a la persona sujeta a vigilancia con un margen de error de tan sólo dos metros. Tales mecanismos, en tanto que acentúan la certeza de las posibles consecuencias jurídicas, muestran una innegable idoneidad preventiva.

En esta línea también deben señalarse medidas como, por ejemplo, la asistencia a un centro de día, plenamente integrado en la comunidad, a realizar actividades de apoyo, educativas, formativas, laborales o de ocio, tal y como se recoge ya en el artículo séptimo apartado 1 letra f) de la LO 5/2000, o como se apuntó anteriormente, una mayor potenciación de la medida de libertad vigilada, en los términos que se recoge actualmente en la letra h) del mismo artículo y apartado de esta ley⁵⁷. La menor gravedad de estas medidas frente a las privativas de libertad, permite un mayor margen de operatividad y orientar efectivamente las mismas hacia la reinserción y reeducación social. No obstante, esta segunda vía genera bastantes reservas, dados los conocidos problemas de medios que han lastrado decisivamente a esta normativa⁵⁸. Por otra parte, el menor contenido aflictivo —o cuando menos su menor evidencia— suscita dudas sobre su idoneidad para resolver el problema preventivo-general expuesto.

52. En este sentido, por ejemplo, v. ALBRECHT, Hans-Jörg: "Die Determinanten der Sexualstrafrechtsreform", cit. n. 3, pp. 878 y ss.; KINZIG, Jörg: "Die Praxis der Sicherungsverwahrung", ZStW, 109, (1997), pp. 125 y ss., con ulteriores referencias en n. 16; SCHALL, Hero/SCHREIBAUER, Marcus: "Prognose und Rückfall bei Sexualstraftätern", NJW, 1997/37, pp. 2413 y ss.; STRENG, Franz: "Modernes Sanktionenrecht?", ZStW, 111, (1999), p. 834. En la doctrina italiana, también MUSCO, Enzo: "Maßregeln der Besserung und Sicherung im strafrechtlichen Rechtsfolgensystem Italiens", ZStW, 102, (1990), pp. 428 y ss. En nuestra doctrina, por ejemplo, GONZÁLEZ RUS, Juan José: "Artículo 6" en Manuel Cobo del Rosal (dir.), Comentarios al Código penal, Edersa, Madrid, 1999, p. 239; ROMEO CASABONA, Carlos María: Peligrosidad y Derecho Penal preventivo, cit. n. 37, p. 181; señalando incluso la "propia inidoneidad del concepto de peligrosidad para servir de garantía suficiente a favor de la persona que va a ser considerada peligrosa", SANTOS REQUENA, Agustín-Alejandro: La imposición de medidas de seguridad en el proceso penal, cit. n. 37, pp. 55 y ss., quien, no obstante, cree, p. 59, en la posibilidad de superar procesalmente tales deficiencias; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María: "La regulación de las medidas de seguridad (artículo 6)", cit. n. 37, pp. 46 y s. Anteriormente, también, v. la crítica exposición de VIVES ANTÓN, Tomás S.: "Métodos de determinación de la peligrosidad", en Peligrosidad Social y Medidas de Seguridad, Universidad de Valencia, 1974, pp. 395 y ss. Con carácter general, cuestionando sobre estas razones la legitimidad de estos institutos v. Bock, Michael: "Prävention und Empirie – Über das Verhältnis von Strafzwecken und Erfahrungswissen", JuS, 1994/2, pp. 93 y ss., especialmente p. 95.

53. Advierte de este aspecto, con razón, BACIGALUPO ZAPATER, Enrique: Estudios sobre la parte especial del Derecho penal, Akal, Madrid, 1991, p. 415.

54. V. *BVerfGE*, NJW, 2004/11, pp. 740. 741 y 749. En esta línea también v. *BVerfGE* 10.2.2004, NJW, 2004/11, p. 758. En sentido contrario, con razón, advierte GARCÍA PÉREZ, Octavio: "Los actuales principios rectores del Derecho penal juvenil: un análisis crítico", cit. n. 24, p. 72, que "la necesidad de una sanción desde un punto de vista preventivo no implica simultáneamente su legitimidad". No obstante, admitiendo la constitucionalidad de "las medidas de seguridad cuyo fin primordial sea el aseguramiento de la sociedad, o la aplicación de cualquier medida cuando las posibilidades de reeducación o reinserción social sean escasas", también v. CEREZO MIR, José: Curso de Derecho Penal español. Parte general. I, cit. n. 23, p. 38 n. 91.

55. En nuestra doctrina, aunque desde otros planteamientos, CARBONELL MATEU, Juan Carlos: Derecho Penal: concepto y principios constitucionales, cit. n. 37, p. 75, también deriva su legitimación "de la necesidad de defensa y prevención social frente a eventuales conductas negadoras de los bienes jurídicos".

56. En este sentido, también v. STRENG, Franz: "Modernes Sanktionenrecht?", cit. n. 52, pp. 835 y ss.

57. En este sentido también se orienta la propuesta del Grupo de Estudios de Política Criminal: Un proyecto alternativo a la regulación de la responsabilidad penal de los menores, cit. n. 8, pp. 28 y s., de estructurar las medidas de internamiento en dos periodos, el primero de realización en el centro y un segundo de libertad vigilada tendente a facilitar la integración de los menores.

58. Cfr. n. 1.

3. Hacia unos nuevos términos de discusión: Derecho penal simbólico

El escaso margen de agravación que ofrecen los actuales marcos de nuestro sistema de medidas, en particular la medida de internamiento en régimen cerrado, las dudas sobre su idoneidad político-criminal o los problemas de fundamento y medios que cuestionan la ampliación del catálogo de medidas hacia la delincuencia culpable, no resta virtualidad al problema preventivo esbozado⁵⁹: es preciso afrontar jurídico-penalmente la sensación de impunidad que se advierte en determinados sectores sociales e, incluso, también en los propios infractores, y restablecer la confianza en la vigencia de estas normas. Sin embargo, ¿qué otra solución puede ofrecer el Derecho penal ante un escenario como el descrito?

Hace algunos años, desde nuestra doctrina se volvía a insistir en la necesidad instrumental e idoneidad político-criminal del denominado Derecho penal simbólico. Según DIEZ RIPOLLÉS, en una sociedad como la actual, con su marcado carácter “comunicacional, con la proliferación de mecanismos de transmisión de mensajes normativos y su influencia sobre los comportamientos, parece poco realista sostener que el control social penal debe limitarse al uso de aquellos efectos que hemos llamado materiales, só-

lo reforzados por un efecto expresivo-integrador, e intimidatorio”⁶⁰. Los efectos expresivo-integradores, más allá de su trascendencia comunicativa, representan “uno de los pilares fundamentales de la utilización legítima de la pena, ya que... constituyen el núcleo de la prevención intimidatoria, individual y colectiva, además de jugar el papel fundamental en las teorías preventivas que buscan reforzar determinadas socializaciones o confirmar la vigencia de los contenidos básicos del orden social entre los ciudadanos”⁶¹. El desarrollo del componente simbólico o —como prefiere denominarla este autor— expresivo-integrador inherente a toda intervención jurídico-penal, ofrece una vía sugerente cuando lo que se pretende es responder a disfunciones sociales aparentes. Ante problemas preventivos como el esbozado, proveniente de sentimientos e impresiones con un importante contenido —según perspectivas científicas— de irracionalidad, la solución simbólica abre la puerta a un tipo de política criminal que no se traduce en una alteración de los márgenes punitivos⁶².

¿En qué términos se concretaría una intervención simbólica? ¿Cómo resolver supuestos de hechos tan complejos como el que se ha planteado? Ciertamente, un mayor desarrollo simbólico de este sector del ordenamiento jurídico tendente a responder —también— a este tipo de problemas preventivo-generales plantea importantes ries-

59. Con carácter general, apuntando la trascendencia de las disfunciones sociales aparentes, DIEZ RIPOLLÉS, José Luis: La racionalidad de las leyes penales, cit. n. 3, p. 21, recogiendo algunos ejemplos en n. 15, y sobre el creciente protagonismo del discurso emocional tendente, por tanto, a su equilibrio en estos términos, también v. pp. 36 y ss. Críticamente sobre las respuestas político-criminales ante las mismas en materia de menores TERRADILLOS BASOCO, Juan: “Responsabilidad penal de los menores”, cit. n. 26, pp. 48 y s. También, señalando la disociación entre las necesidades preventivas y las cifras de criminalidad de los inmigrantes, v. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María: La expansión del Derecho penal, cit. n. 3, p. 107.

60. DIEZ RIPOLLÉS, José Luis: “El derecho penal simbólico y los efectos de la pena”, cit. n. 3, marg. 21; el mismo: La racionalidad de las leyes penales, cit. n. 3, p. 14, señalando el déficit de atención que sufre la legislación. Este autor distingue: “El derecho penal simbólico y los efectos de la pena”, cit. n. 3, marg. 5, entre efectos instrumentales, expresivos e integradores: los primeros, en la línea más tradicional, serían aquellos que suponen “una cierta modificación de la realidad social y, más en concreto, de los componentes humanos;... efecto expresivo al que suscita emociones o sentimientos en las conciencias; y estaríamos ante un efecto integrador cuando se generan determinadas representaciones valorativas en las mentes”. Anteriormente también v. AMELUNG, Knut: “Strafrechtswissenschaft und Strafgesetzgebung”, ZStW 92 (1980), pp. 54 y ss. Desde perspectivas económicas, más recientemente, ZIMRING, Franklin E.: “Política criminal y legislación penal en la experiencia estadounidense reciente”, en José Luis Díez Ripollés, Ana María Prieto del Pino y Susana Soto Navarro (eds.): La política legislativa penal en occidente. Una perspectiva comparada, Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología-Tirant lo blanch, Valencia, 2005, p. 57. En un sentido distinto, con anterioridad, también SCHÜLER-SPRINGORUM, Horst: “Jugend, Kriminalität und Recht”, cit. n. 30, pp. 1120 y ss. Sobre ello también v. las reflexiones de CUERDA RIEZU, Antonio: El legislador y el derecho penal (Una orientación a los orígenes), Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1991, pp. 57 y s.

61. DIEZ RIPOLLÉS, José Luis: “El derecho penal simbólico y los efectos de la pena”, cit. n. 3, margs. 6 y s. En el mismo sentido, v. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María: La expansión del Derecho penal, cit. n. 3, pp. 55 y ss., y en relación con la importancia del significado comunicativo, pp. 77 y ss., con ulteriores referencias en n. 181; anteriormente, ya el mismo: Aproximación al Derecho penal contemporáneo, J. M. Bosch, Barcelona, 1992, pp. 304 y ss. Igualmente v. BACIGALUPO ZAPATER, Enrique: Principios de Derecho Penal, cit. n. 26, p. 20.

62. Una interesante perspectiva comparada ofrece DOOB, Anthony N.: “Política criminal en Canadá: «Ladra mucho y muere poco»”, cit. n. 3, pp. 355 y ss., especialmente pp. 368 y ss.

63. Así v. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María: Aproximación al Derecho penal contemporáneo, cit. n. 61, pp. 305 y ss.; el mismo: “El régimen de la minoría de edad penal (artículo 19)”, cit. n. 26, p. 175. Más recientemente PALAZZO, Francesco: “La Política legislativa y

gos. Entre ellos se señala incluso posibles pérdidas de fiabilidad a largo plazo⁶³. Por ello una instrumentación precipitada, por ejemplo, mediante la agravación aparente de los marcos penales a través de la introducción de circunstancias agravantes de imposible aplicación a los menores, más que reforzar pautas de comportamientos normativos y restaurar o afianzar en mayor medida la confianza en la vigencia de estas normas, puede producir los efectos contrarios. Particularmente porque tales normas son objeto de estudio por todos los colectivos. También por quienes entienden que procede una agravación efectiva y sustentan el discurso que —desde la perspectiva aquí seguida— se considera irracional. Luego, un modelo sencillo como, por ejemplo, una redefinición imposible de la reincidencia, esto es, exigiendo una reiteración en la comisión de ciertos hechos delictivos de imposible realización por los menores debido a los plazos establecidos o por la gravedad de los hechos y las consecuencias jurídicas que normalmente conllevan, aunque resuelve las dudas jurídico-constitucionales apuntadas: no existe afectación de derechos, luego tampoco problemas de proporcionalidad⁶⁴; se puede mostrar insatisfactorio incluso a corto plazo si se acentúa mal su orientación simbólica, dada la trascendencia comunicativa de una reforma en estos términos.

Una vía más sutil ofrece, por ejemplo, una mayor orientación preventivo-especial de los cauces procesales, de forma que se compense —procesalmente— la correspondiente agravación de los marcos de las medidas. Así, junto al anunciado endurecimiento de las medidas de internamiento en régimen cerrado en los términos previstos en el actual Proyecto, se pueden introducir en las reglas para la ejecución de estas medidas —Título VII, capítulos I, II y III— mecanismos de revisión que orienten —a partir de

los plazos de cumplimiento que se estimen adecuados— las facultades de modificación, suspensión o sustitución en mayor medida hacia razones preventivo-especiales y, en concreto, hacia la reinserción social del menor⁶⁵, condicionando —ya en sede de ley y— en el sentido indicado la decisión de los diferentes operadores jurídicos. Recientemente, se ha señalado una interesante relación entre los aspectos procesales y decisorios y los movimientos sociales de reforma: frente a los elementos sustantivos (plazos máximos de cumplimiento, rigor de la medida, etc.), el interés social tiende a decrecer en las cuestiones que requieren el protagonismo de la decisión experta⁶⁶. También entre los márgenes de información y las tendencias punitivas, en este sentido la experiencia canadiense muestra el importante papel de los órganos jurisdiccionales en la contención de los niveles de encarcelamiento⁶⁷. La vía aquí esbozada, excluyendo ya en sede de ley la atención a razones preventivo-generales y, a través de ello, reduciendo el rigor aparente de la medida a través de su cauce de imposición, abre la puerta a una adecuación a los términos político-criminales satisfactorios del contenido aflictivo de las mismas.

DÍEZ RIPOLLÉS habla, en un sentido próximo, de leyes aparentes y leyes imperfectas⁶⁸. Las primeras serían aquellas que debido a una formulación técnica defectuosa se muestran inaccesibles a las condiciones operativas del proceso penal, mientras que las segundas engloban tanto a las que no prevén sanciones como a las que muestran una aplicación técnica imposible. El modelo esbozado se aproxima más a este segundo tipo, en la medida en que el mantenimiento del internamiento en régimen cerrado difícilmente facilita cualquier tipo de integración social⁶⁹. Frente a otras manifestaciones de legislación simbólica,

los controles de la Ley en Italia”, cit. n. 39, p. 146, señalando que “el efecto de reducción temporal de la alarma social está destinado a desaparecer, provocando más bien una sensación social de insatisfacción y actitudes críticas hacia este tipo de legislación”.

64. Cfr. n. 27.

65. Frente a la neutralidad o, incluso, incidencia de aspectos preventivo-generales que se advierte en otras cláusulas a través de elementos como la “expresión suficiente del grado de reproche que merece la conducta”, así, por ejemplo, v. arts. 14.1 y 51.2 LO 5/2000. También en la disposición adicional cuarta letra c) se condiciona “el uso de las facultades de modificación, suspensión o sustitución de la medida impuesta a... que... haya transcurrido, al menos, la mitad de la duración de la medida de internamiento impuesta”. En la vía apuntada v. la propuesta del Grupo de Estudios de Política Criminal: Un proyecto alternativo a la regulación de la responsabilidad penal de los menores, cit. n. 8, pp. 29 y s., en concreto la acentuación de los aspectos preventivo-especiales en la configuración que sugieren para el art. 9.2 de la LO 5/2000.

66. Cfr. ZIMRING, Franklin E.: “Política criminal y legislación penal en la experiencia estadounidense reciente”, cit. n. 60, pp. 57 y s. En nuestra doctrina, también DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis: La racionalidad de las leyes penales, cit. n. 3, p. 41.

67. Cfr. DOOB, Anthony N.: “Política criminal en Canadá: «Ladra mucho y muerde poco»”, cit. n. 3, pp. 363-4, 380-1 y 383.

68. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis: “El derecho penal simbólico y los efectos de la pena”, cit. n. 3, marg. 18.

69. Cfr. SCHÜLER-SPRINGORUM, Horst: “Jugend, Kriminalität und Recht”, cit. n. 30, pp. 1117 y 1133. Más recientemente también DODERO FUEJO, Marta: “Socialización: familia y escuela”, en Luis Ramón Ruiz Rodríguez y José Ignacio Navarro Guzmán (coord.): Menores. Responsabilidad penal y atención psicosocial, Tirant lo blanch, Valencia, 2004, pp. 528 y ss. En este sentido igualmente v. art. 55 LO 5/2000. Desde la perspectiva de las directrices internacionales, igualmente cfr. GARCÍA PÉREZ, Octavio: “La evolución del sistema de justicia penal juvenil. La Ley de Responsabilidad Penal del Menor de 2000 a la luz de las directrices internacionales”, cit. n. 5, marg. 680.

carentes de cualquier función de tutela —de bienes jurídicos— y prevención, y que suscitan dudas sobre la legitimidad⁷⁰, se habla aquí de normas que pese a agotarse en la fase de conminación, muestran —si no idoneidad al menos— una tendencia preventivo-general evidente y que obedecen, como sabemos, a razones urgentes de necesidad.

Más allá de los modelos aquí apuntados, la instrumentación simbólica del Derecho penal presenta tantas e importantes particularidades en relación con la forma tradicional —instrumental— de intervención que exige una reflexión sobre sus principios y criterios de racionalidad. Así, por ejemplo, en relación con el mandato de proporcionalidad, una forma de intervención jurídico-penal que se agota en la primera fase de la pena, la fase de conminación, excluyendo técnicamente —a partir de determinados niveles de rigor— las fases posteriores de imposición y ejecución, plantea una problemática radicalmente distinta. Generalmente, se entiende que “la existencia y entidad de la pena debe reflejar la presencia e importancia de la afectación al bien jurídico, así como la concurrencia e intensidad de la responsabilidad del autor”⁷¹. Sin embargo, estas exigencias se mantienen y se entienden en relación con una consecuencia jurídica orientada a su aplicación. Desde esta perspectiva, una pena que exceda de la intensidad de lo injusto reprochable al autor —sea por razones de prevención general o incluso especial— fricciona con el significado de su dignidad humana⁷². Sin embargo, la pena asignada a un instituto jurídico-penal técnicamente inaplicable no incide en la esfera jurídica del sujeto ni permite su instrumentación, instrumenta la propia norma. Concretamente, instrumenta la entidad de su consecuencia jurídica —dada su virtud comunicacional y— en aras de ciertos fines preventivo-generales, sin que tenga lugar una afectación de los derechos de sus —en apariencia— destinatarios inmediatos. Luego, no desconoce el significado y alcance de los mismos. Por ello surgen dudas sobre los márgenes de constitucionalidad —en relación con el principio de proporcionalidad— de una reforma en el sentido esbozado. En principio, parece que simbólicamente podría ser posible el establecimiento de una medida de diez, doce o quince años de internamiento en régimen cerrado a un menor de edad sin exceder del marco jurídico-

constitucional. Pues no es traducible en una efectiva privación de derechos.

En cuanto a la concreta solución esbozada, agota la instrumentación simbólica del Derecho Penal en la fase post-legislativa, más concretamente, atiende a la incidencia de la norma —simbólica— jurídico-penal en los diversos sectores sociales tras su entrada en vigor. Una agravación aparente de los marcos de las medidas, orientando sus reglas de ejecución —a medida que nos aproximamos a los límites idóneos de cumplimiento— radicalmente hacia la prevención especial puede reforzar la confianza de los diferentes sectores sociales en la vigencia de estas normas sin suponer, al mismo tiempo, un desbordamiento en el rigor —material— de las mismas. Sin embargo, si se trata de generar efectos expresivo-integradores a través del Derecho penal, no se tiene por qué esperar a este último momento. Frente a la tradicional concepción instrumental, centrada en la efectiva o potencial imposición de la medida y de la pena y, por tanto también, en esta última fase del proceder legislativo, la apertura del Derecho penal en mayor medida a finalidades preventivo-integradoras permite un mayor dinamismo. Porque tales efectos pueden adelantarse, no ya a la propia norma jurídico-penal, también, incluso, a la propia discusión parlamentaria⁷³. En este sentido, las declaraciones del ministro de Justicia del pasado jueves 10 de junio, pueden entenderse como una instrumentación simbólica del Derecho penal. Afirmaciones como las siguientes: se ha “escuchado a la sociedad”, se recogerá “mayor proporcionalidad” en el sistema de medidas, la posibilidad de “distinguir entre los delitos de menor gravedad y los de más brutalidad” o “que la sanción privativa de libertad pueda cumplirse en centros penitenciarios a partir de la mayoría de edad”⁷⁴; pueden comprenderse en estos términos. Se trata de reafirmar la confianza en el Derecho penal de menores sin acudir a efectos instrumentales —básicamente más castigo—, se pretende la consecución de efectos preventivo-integradores o, en otros términos de tranquilizar a la ciudadanía, bien mediante normas que no sacrifiquen aún en mayor medida los intereses del menor a favor de la autoprotección de la sociedad, o sin esperar a este último momento, anticipándose ya nuestro legislador mediante mensajes o anuncios como los anteriores referentes a futuras reformas

70. Así, alude DIEZ RIPOLLÉS, José Luis: “El derecho penal simbólico y los efectos de la pena”, cit. n. 3, marg. 16, entre otras, a leyes reactivas, declarativas, principialistas o de compromiso.

71. DIEZ RIPOLLÉS, José Luis: “El derecho penal simbólico y los efectos de la pena”, cit. n. 3, marg. 8.

72. Cfr. CEREZO MIR, José: Curso de Derecho Penal español. Parte general. I, cit. n. 23, pp. 30 y s.

73. Recientemente, también, señalando la importancia de la fase prelegislativa, DIEZ RIPOLLÉS, José Luis: La racionalidad de las leyes penales, cit. n. 3, p. 19.

74. Cit. n. 5.

jurídico-penales⁷⁵. Se trata, en todos estos supuestos, de dinamizar este sector del ordenamiento jurídico —mediante la creación de normas en el sentido indicado o, incluso, mediante la atención a nuevos instrumentos alternativos de carácter expresivo-integrador como los pronunciamientos comentados— para reafirmar la confianza en la norma sin recaer en la sobreexplotación de las penas y medidas.

En este último sentido, las recientes e importantes contribuciones realizadas a la teoría de la legislación (“*Gesetzgebungslehre*”) dentro y fuera de nuestra doctrina⁷⁶, permiten racionalizar en mayor medida los diferentes pasos —desde la fase prelegislativa a la postlegislativa— en la respuesta de nuestro poder legislativo a los problemas que plantea la criminalidad⁷⁷. También, la diferenciación de distintos niveles de racionalidad legislativa (básicamente, ética, teleológica,

pragmática, jurídico-formal y lingüística) ofrece un marco satisfactorio para el enjuiciamiento y evaluación de las concretas decisiones⁷⁸. Desde la perspectiva aquí estudiada, se permite advertir la importancia de la fase prelegislativa y de pronunciamientos como los expuestos. El desarrollo del significado expresivo-integrador se abre a una estructuración de programas de acción —mediante pronunciamientos, foros donde interese manifestarse, etc.— en los que, entre otras posibilidades, se puede participar —y no sólo en las fases más técnicas del proceder legislativo— a grupos expertos, particularmente urgente dado el déficit de análisis y profundidad que muestra cada vez más el discurso en esta fase⁷⁹. A ello coadyuvan la urgencia de racionalidad ética en el discurso público⁸⁰, así como de legitimidad democrática del discurso experto⁸¹. A todo ello se abre el denominado Derecho penal simbólico.

75. Sobre la incidencia de los medios de comunicación, cfr. DIEZ RIPOLLÉS, José Luis: La racionalidad de las leyes penales, cit. n. 3, pp. 25 y ss., 34 y ss.; RODRÍGUEZ RAMOS, Luis: “Justicia penal y medios de comunicación”, cit. n. 3, pp. 1418 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María: La expansión del Derecho penal, cit. n. 3, pp. 32 y ss.

76. Así ATIENZA, Manuel: Contribución a una teoría de la legislación, Civitas, Madrid, 1997, *passim*, particularmente pp. 64 y ss. Más recientemente, dentro de nuestra disciplina DIEZ RIPOLLÉS, José Luis: La racionalidad de las leyes penales, cit. n. 3, *passim*, y especialmente pp. 17-107; el mismo: “Introducción”, cit. n. 3, pp. 11 y s.; el mismo: “La racionalidad legislativa penal: contenidos e instrumentos de control”, cit. n. 3, pp. 275 y ss. En la doctrina alemana, recientemente, también v. STÄCHELIN, Gregor: *Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat*, Duncker & Humblot, Berlin, 1998, pp. 324 y ss.

77. Sobre los términos de la “*racionalidad*” en este plano, v. ATIENZA, Manuel: “Argumentación y legislación”, en José Luis Díez Ripollés, Ana María Prieto del Pino y Susana Soto Navarro (eds.): La política legislativa penal en occidente. Una perspectiva comparada, Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología-Tirant lo blanch, Valencia, 2005, pp. 25 y ss.

78. Así v. SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme: “Racionalidad legislativa y política criminal. Sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la LO 5/2000 reguladora de la responsabilidad penal de los menores”, AFDULL, 2006/23, en prensa. En la doctrina alemana, también VOGEL, Joachim: “Evaluación de los sistemas penales. Contribución a una Política criminal racional” (trad. castellana de Susana Soto Navarro), en José Luis Díez Ripollés, Ana María Prieto del Pino y Susana Soto Navarro (eds.): La política legislativa penal en occidente. Una perspectiva comparada, Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología-Tirant lo blanch, Valencia, 2005, pp. 265 y ss.

79. Cabe recordar aquí el importante programa de acción realizado —hace ya bastantes años— por el grupo de profesores suizos y alemanes en relación con el Proyecto Alternativo de Código Penal alemán, con distribución entre otras cuestiones de pronunciamientos en los distintos medios de comunicación, etc.; sobre ello v. AMELUNG, Knut: “Strafrechtswissenschaft und Strafgesetzgebung”, cit. n. 60, pp. 63 y ss.; NOLL, Peter: “Strafrechtswissenschaft und Strafgesetzgebung”, ZStW 92 (1980), p. 76. Más recientemente, en nuestro país, desde comienzo de los noventa el denominado Grupo de Estudios de Política Criminal ha venido realizando una importante labor orientada, según señala su punto programático cuarto, a “informar y sensibilizar a la opinión pública sobre la conflictividad social que subyace en el fenómeno criminal así como sobre las limitaciones del Derecho penal como medio de resolución de los conflictos sociales”, particularmente, v. Un proyecto alternativo a la regulación de la responsabilidad penal de los menores, cit. n. 8, y Una propuesta alternativa a la protección penal de los menores, Grupo de Estudios de Política Criminal, 2003/7.

80. En este sentido, con razón, nos recuerda PALAZZO, Francesco: “Scienza penale e produzione legislativa: paradossi e contraddizioni di un rapporto problematico”, cit. n. 3, p. 729, nuestro compromiso con los principios que sustentan nuestra disciplina. Recientemente, también, TERRADILLOS BASOCO, Juan: “Responsabilidad penal de los menores”, cit. n. 26, p. 55, sugiriendo políticas formativas de la opinión pública. Sobre la inquietante pérdida de protagonismo del principio de culpabilidad en nuestra sociedad, por ejemplo, v. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: “El retorno de la inocuización”, cit. n. 44, pp. 708 y s.

81. Pues no se debe olvidar que “el saber políticocriminal —y el saber jurídicopenal que de aquél deriva— es, como su nombre indica, un saber político, y es en la arena política donde debe defender sus postulados. O lo que es lo mismo, por muy buenos argumentos expertos de los que se disponga, las propuestas correspondientes sólo adquirirán la legitimación democrática y, por consiguiente, podrán hacer valer su pretensión de transformarse en normas colectivas imponibles *erga omnes*, en la medida en que sean acogidas por las convicciones generales”, en palabras de DIEZ RIPOLLÉS, José Luis: La racionalidad de las leyes penales, cit. n. 3, p. 197. En esta línea ya, criticando el distanciamiento del discurso científico NOLL, Peter: “Strafrechtswissenschaft und Strafgesetzgebung”, cit. n. 79, p. 76.

La tradicional orientación del Derecho penal hacia la represión y el castigo, hacia los denominados efectos instrumentales⁸², permite entender las reticencias frente a estas otras formas de intervención jurídico-penal. También que el legislador en el Proyecto de reforma anunciado recurra, una vez más, el endurecimiento y ampliación de las sanciones. Los contenidos éticos, los principios y razones sobre los que se estructuran las tradicionales formas de intervención jurídico-penal⁸³, particularmente, los criterios de delimitación de sus contenidos, no se prestan —o al menos no lo suficiente— a un desarrollo simbólico: ideas como la de bien jurídico y los denominados principios de responsabilidad y de la sanción, decisivos en la configuración de una norma jurídico-penal de orientación instrumental —esto es, orientada efectivamente a su aplicación⁸⁴— adquieren aquí un papel secundario, si lo

conservan. También los posibles e importantes riesgos que se adivinan de este tipo de legislación, tanto de descrédito como de efectiva aplicación por errores técnicos en supuestos indeseados, son innegables y de graves consecuencias⁸⁵. Sin embargo, las experiencias en el Derecho comparado son alentadoras⁸⁶. Y la creciente complejidad de nuestra sociedad y los caminos que va tomando cada vez más el discurso público aconsejan, antes que recurrir por enésima vez a más pena y más medidas, o esperar a que el descontento social se encauce por vías inciertas, estudiar y desarrollar otras formas de intervención jurídico-penal. En cuanto al proceder legislativo, el complejo contexto esbozado permite aventurar una mayor especialización y una mayor intervención en la creación del Derecho penal por parte de la Ciencia —cultivadores y aplicadores— que estudia esta disciplina⁸⁷.

82. En este sentido v. la preocupante tendencia apuntada por SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María: La expansión del Derecho penal, cit. n. 3, pp. 41 y ss., 56, 57 y 60.

83. Cfr. DIEZ RIPOLLÉS, José Luis: "La racionalidad legislativa penal: contenidos e instrumentos de control", cit. n. 3, p. 282; ampliamente, también v. el mismo: La racionalidad de las leyes penales, cit. n. 3, pp. 136 y ss. En la doctrina alemana, por ejemplo, VOGEL, Joachim: "Evaluación de los sistemas penales. Contribución a una Política criminal racional", cit. n. 78, p. 269, con ulteriores referencias en n. 53.

84. *Ibidem*.

85. Señala con razón la importancia de la sociología del Derecho en la superación de los diferentes niveles de irracionalidad ATIENZA, Manuel: Contribución a una teoría de la legislación, cit. n. 76, pp. 42 y ss., especialmente, pp. 44, 45, 49, 71, 72 y 100. En nuestra doctrina, con anterioridad, también v. CUERDA RIEZU, Antonio: El legislador y el derecho penal, cit. n. 60, pp. 67 y ss. En relación con la idoneidad para su evaluación por parte de la legislación simbólica, v. DIEZ RIPOLLÉS, José Luis: La racionalidad de las leyes penales, cit. n. 3, pp. 59, y sobre la necesidad de institucionalizar esta última fase, v. pp. 58 y ss. Esbozando un modelo de evaluación de sistemas penales VOGEL, Joachim: "Evaluación de los sistemas penales. Contribución a una Política criminal racional", cit. n. 78, pp. 265, 266 y 268. Con carácter general, señala la necesidad de revisar nuestros conceptos sobre las recientes aportaciones de otras disciplinas, ROMEO CASABONA, Carlos María: Prólogo a Martín Cruz, Andrés: Los fundamentos de la capacidad de culpabilidad penal por razón de la edad, Comares, Granada, 2004, pp. XXI y s. En relación con el proceso de creación de normas jurídicas DIEZ RIPOLLÉS, José Luis: "Introducción", cit. n. 3, pp. 9 y s.

86. Sobre las diversas experiencias del legislador canadiense v. DOOB, Anthony N.: "Política criminal en Canadá: «Ladra mucho y muerde poco»", cit. n. 3, pp. 368-71. En esta línea, anteriormente, también YAKOVLEV cit. por SCHÜLER-SPRINGORUM, Horst: "Jugend, Kriminalität und Recht", cit. n. 30, pp. 1108.

87. En relación con la urgencia de participación especializada, ya NOLL, Peter: Gesetzgebungslehre, Rowohlt, Reinbek, 1973, pp. 70 y ss. Más recientemente, también CUERDA RIEZU, Antonio: El legislador y el derecho penal, cit. n. 60, pp. 74 y ss.; DIEZ RIPOLLÉS, José Luis: "El derecho penal simbólico y los efectos de la pena", cit. n. 3, marg. 22; el mismo: La racionalidad de las leyes penales, cit. n. 3, pp. 46 y ss., 55 y s., 103 y ss.; el mismo: "Introducción", cit. n. 3, p. 10. En la doctrina italiana PALAZZO, Francesco: "Scienza penale e produzione legislativa: paradossi e contraddizioni di un rapporto problematico", cit. n. 3, pp. 730 y ss.; el mismo: "La Política legislativa y los controles de la Ley en Italia", cit. n. 39, pp. 159 y s. En la doctrina alemana VOGEL, Joachim: "Strafgesetzgebung und Strafrechtswissenschaft — Überlegungen zu einer diskurstheoretischen Strafgesetzgebungslehre —", Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 2001, pp. 107 y ss. Con amplias referencias bibliográficas también v. SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme: "¿Cómo se elabora una propuesta de *lege ferenda*? Reflexiones sobre la formulación de los preceptos jurídico-penales. Primera parte: Tipicidad", RDPC, 2005/16, apartado I.