

LOS MENORES Y EL DERECHO PENAL

ROCIO CANTARERO
Catedrática de Derecho Penal
Universidad de La Rioja

SUMARIO: I. INTRODUCCION. II. LA CRISIS DEL SISTEMA PENAL DE MENORES. 1. Las críticas de los especialistas. 2. Las críticas de la Magistratura. 3. La críticas de la policía. 4. Las críticas de la opinión pública. 5. Las críticas ideológicas. 6. Las críticas de la Administración. III. EL CASO ESPAÑOL. 1. La cobertura legislativa general. 2. La Sentencia del Tribunal Constitucional 36/1991, de 14 de febrero. 3. La Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio. 4. Los proyectos legislativos: el Proyecto de Código Penal de 1994 y el Anteproyecto de Ley Penal Juvenil y del Menor. IV. TOMA DE POSTURA Y NOTAS CONCLUSIVAS.

I. INTRODUCCION

Desde el campo de la sociología es normal que se sostenga que los problemas que se suscitan en los países más desarrollados se encuentren poco después y en términos comparables en los demás países aún, como es natural, con algunos años de diferencia (1). Esta apreciación es también aplicable al problema de la marginalidad y de la delincuencia y asimismo a las respuestas que a ellas se le han dado por el derecho penal.

(1) *Vid* JEAN-CLAUDE, Xuereb, La giurisdizione specializzata per i minori: una istituzione del passato o una soluzione per l'avvenire? en, *Esperienze di rieducazione* n.º 4, 1978, pp. 46 y ss.

Es por ello que al enfrentarse al problema de los menores y la ley penal, cualquier planteamiento, cualquier respuesta, desde las soluciones más liberales hasta las más represivas, todas, dejan la sensación de que este terreno ya ha sido, en alguna medida, un terreno explorado. Pero ello no quiere decir que no deba aprovecharse la experiencia, tanto la propia como la extranjera, de la que debe sacarse la conclusión pertinente. Sin embargo, la línea metodológica más apropiada creo entender que aconseja definir previamente cuáles sean los problemas concretos a resolver en nuestro ámbito y las metas a conseguir, valorando en el sentido de esta apreciación los medios que se nos ofertan en el entorno para ajustarlos, si ello es posible, a nuestras necesidades político-criminales. No hay nada peor que acoger en nuestro sistema opciones que, con el aura impostada de su origen, no puedan acomodarse bien a nuestros propios objetivos político-criminales, amén de haber fracasado con años de experiencia allí donde fueran aplicadas (2).

Las consideraciones precedentes no pueden desconocer, por lo demás, que en el momento actual el eventual modelo de justicia penal de menores no puede quedar al margen de lo que en el ámbito del derecho europeo e internacional acaece, de tal suerte que la virtual eficacia del modelo que se elija depende en gran medida y por la propia naturaleza de las cosas de su incardinación en la vocación político-criminal de los países comunitarios y del área cultural a la que se pertenece (3). Habrá que dar por válida, no obstante, la afirmación de que, frente a otros tipos de delincuencia, como por ejemplo la delincuencia organizada, también la llamada delincuencia socioeconómica, la delincuencia de menores y jóvenes, aun siendo como problema una constante en el pensamiento de los órganos de decisión europeos e internacionales (4), siga pareciendo realmente un "problema menor". La argumentación sobre este particular remite desde luego a la escasa capacidad que en las incidencias del mundo de la economía tiene este sector a no ser en la vertiente de creación de nuevas policías públicas o privada, rubro en ascenso en proporción

(2) Vid. mi *Delincuencia juvenil y sociedad en transformación: Derecho penal y procesal de menores*, Montecorvo, Madrid 1987, pp. 209 y ss.

(3) Vid. LAZERGES, Ch. "Quel droit pénal des mineurs pour l'Europe de demain", en *Droit pénal, droit européen*, París 1991.

(4) Vid. Consejo de Europa, 1985, *Prevention de la délinquance juvenile*, WALGRAVE. M.L. Univ. Lovain. *Origine e prévention de la délinquance juvenile: facteurs de socialisation secondaire et tertiare*, HOLLSTEIN, N. Documentos dactilografiados.

directa con el clima de inseguridad ciudadana experimentado en las grandes ciudades (5).

II. LA CRISIS DEL SISTEMA PENAL DE MENORES

Una hipótesis jurídicamente razonable hizo que un abogado norteamericano dirigiese una apelación al Tribunal Europeo de los Derechos Humanos contra la sentencia de cadena perpetua impuesta a los dos niños británicos que asesinaron al infortunado pequeño James Bulger, de dos años de edad. Decir que esta pretensión es jurídicamente razonable no significa desde luego sostener una tesis indulgencialista, sino comprender que posiblemente fuera cierto que Robert Thompson y Jon Venables, inculpados, no tuvieron un juicio con las necesarias garantías y fueron tratados con crueldad durante la fase previa al juicio.

Las críticas formuladas contra la justicia reeducativa de menores remiten al ejemplo citado y pueden recogerse sumariamente de la siguiente manera.

1. Las críticas de los especialistas

Como consecuencia de las investigaciones llevadas a cabo con menores en campos como la psicología, la psiquiatría o el psicoanálisis (6) la mayoría de los especialistas subraya como exigencia la demanda del cliente, y con ello, la desinstitucionalización, alegando que el tratamiento debe ser en todo caso voluntario y rechazando, incluso, en muchos casos la noción misma de "tratamiento" (7).

Desde el campo de la sociología (8) se ha sostenido que la intervención de la justicia penal con los menores es ineficaz en la mayoría de los casos, produciendo efectos reales de criminalización y reforzando la estigmatización y el rechazo del cuerpo social hacia estos sujetos.

(5) Vid. mi "Seguridad Ciudadana, Constitución, Derecho penal" en CPC n.º 1, 1991.

(6) Por todos, DE LEO, G. Devianza, "Personalità e risposta penale: Una proposta de riconcettualizzazione" en *La questione criminale*, n.º 2, 1981.

(7) ORTEGO ESTEBAN, J., *Delincuencia, Roformatorio y Educación liberadora*, Bilbao, 1978.

(8) COHEN, S., *Visiones del Control social*, trad. Elena Larrauri, Madrid, 1988.

Desde ámbitos jurídicos, la principal crítica se centra siempre en la merma o ausencia de garantías penales y procesales que lleva consigo la "especialización" (9).

Por su parte, asistentes sociales y colaboradores de los órganos de las justicia penal de menores con frecuencia critican la competencia técnica del juez para tomar decisiones en un dominio que reputan extraño a la formación jurídica (9 bis).

2. Las críticas de la Magistratura

En el seno de la Magistratura, los jueces de menores se consideran con una cierta condescendencia, cuando no con una cierta hostilidad, sobre la base de que no practican *stricto sensu* el derecho y, en todo caso, no sancionan lo suficiente, pues dejan en manos de los especialistas y de los asistentes sociales su poder (10). En el momento actual, aun predicándose la necesidad de que los jueces de menores tengan una formación adecuada a su cometido, aquellos que incorporan a su trabajo una orientación psicosocial, son sospechosos de introducir en el cuerpo judicial ideas subversivas, poniendo en cuestión el trabajo de los demás magistrados, dudándose además de su misión y evidenciando su incapacidad para desarrollar un trabajo más "sobrio" cual es, precisamente, el que tradicionalmente desarrolla un juez.

3. Las críticas de la policía

Es frecuente oír las quejas de la policía relatando cómo vuelven a encontrar en la calle a jóvenes detenidos el día anterior y que fueron puestos a disposición del juez. La crítica se funda en la idea de que los jóvenes que están cumpliendo medidas, vuelven a delinquir en el transcurso de éstas. La quiebra de la imagen de autoridad asignada al trabajo policial viene vinculada a la excesiva indulgencia de los jueces y a las innovaciones que, en materia de tratamiento, incorporan los equipos educativos.

(9) Vid. mi *Delincuencia juvenil...*, op. cit. pp. 258 y ss.

(9 bis) VACCARO, D., "Accertamento della 'maturità' in astratto e in concreto nell'ambito della risposta penale alla delinquenza giovanile" en, *Giudici, psicologi e delinquenza giovanile*, Milano, 1982.

(10) Vid. XUEREB, op. cit., p. 48.

4. *Las críticas de la opinión pública*

La opinión pública, a través de los mass media, denuncia también con cierta frecuencia en los últimos años, la excesiva indulgencia de los jueces de menores allí donde encuentran una jurisdicción especializada (11).

Las razones de fondo se sustentan en los sentimientos de inseguridad que se experimentan en épocas de crisis económica y política, donde la marginalidad y la delincuencia cumplen una función simbólica de cohesión social (12).

La influencia de los movimientos de opinión sobre la elección de los medios y mecanismos utilizados en política criminal es una constante a valorar a la vista de los nuevos proyectos legislativos en la materia. Es de señalar asimismo, en el caso español, el empleo por la legislación de conceptos provenientes de la sociología que, insertos en los cuerpos legales, representan una amplísima extensión del poder discrecional del juez para la valoración de los hechos criminales (13).

5. *Las críticas ideológicas*

Desde el punto de vista ideológico, el juez de menores viene visto como el brazo ejecutor de la Administración que debe recurrir a la autoridad judicial para imponer y extender el control penal sobre los estratos más débiles y desfavorecidos de la sociedad. Es desde este aspecto que el juez contribuye, mediante las medidas educativas, a enmascarar los problemas de tipo económico y social (14), camuflando las contradicciones de una sociedad desigual e injusta y satisfaciendo al mismo tiempo la buena conciencia que reclama el cuerpo social.

El tratamiento de los menores es, en este contexto, una sofisticada manera de imponer veladamente un sistema de control penal a unos sujetos verdaderamente disfuncionales al sistema.

(11) Vid. BERIA D'ARGENTINE, "Dalla repressione alla prevenzione nella legislazione italiana nei confronti dei minori" en, *Esperienze...* n.º 2-3, 1981, pp. 9 y ss.

(12) Vid. más extensamente mi *Seguridad ciudadana...* op. cit.

(13) Es el caso, precisamente, del concepto de alarma social, tan frecuente en los últimos años.

(14) Vid. XUEREB op. cit. p. 49; Cuomo, DE LEO, *La delinquenza minorile como rappresentazione sociale*, Marsilio Ed. Venecia 1983, pp. 23 y ss.

6. *Las críticas de la Administración*

Para la Administración el juez de menores aparece como el defensor de los derechos de los menores, o como protector de los padres, todavía incluso en mayor medida que el fiscal en el caso español, al que se atribuyen idénticas funciones. Para la Administración juez y fiscal, o ambos conjuntamente, se inmiscuyen de forma intempestiva en los proyectos desarrollados por sus propios servicios, de tal modo que sería bien visto que no acudiesen sino en los modos y formas deseados por ésta. En el fondo aparece un conflicto de poderes entre la Administración y el Poder Judicial configurado como un binomio asistencia-criminalización cuya resolución dará lugar a un modelo de justicia penal de menores orientado a la judicialización o a la administrativización.

III. EL CASO ESPAÑOL

1. *La cobertura legislativa general*

Desde el ordenamiento jurídico, la Constitución española en sus arts. 20.4, 27 y 39.4 considera la juventud y la infancia colectivos especialmente protegidos. Para el derecho sustantivo es menor delincuente aquel de edad inferior a dieciséis años que realiza un hecho que realizado por un adulto sería considerado delictivo (art. 8.2 CP). El menor de esta edad, en virtud de un criterio cronológico-biológico puro, es irresponsable penalmente, aunque queda sujeto a la Jurisdicción Tutelar de Menores que puede imponerle una medida de carácter reformador. Delincuentes juveniles desde la perspectiva legal, serían los sujetos entre dieciséis y dieciocho años autores de un hecho delictivo, a los que les puede ser impuesta por los tribunales ordinarios una pena, si bien inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley o serles ésta sustituida por una medida de reforma (art. 65 CP) (15).

En la actualidad la legislación vigente en materia de menores a la que remite el Código penal sigue siendo la Ley de Tribunales de Menores, de 11 de junio de 1948, corregida en virtud de la STC 36, de 14 de febrero de 1991, que dio, a su vez, origen a la Ley Orgánica 4/1992. Quiere por ello decirse que al momento actual la legislación en

(15) Vid. mi "La Justicia y los Menores" en *Reforma Política y Derecho*, Madrid 1985, pp. 109 y ss.

la materia es, básicamente, la vetusta y preconstitucional Ley de Tribunales Tutelares de Menores. El sistema español sigue, al menos en apariencia, el modelo de *Welfare* o protección frente al modelo *Justice* o modelo inglés. Sobre ello se incidirá más adelante.

Básicamente las líneas maestras del sistema actual siguen entonces el llamado principio de educabilidad, vertiente especializada del principio de resocialización de los adultos, según el cual la jurisdicción de menores no tendrá carácter represivo sino tutelar, de manera tal que "los procedimientos... no son verdaderos procesos sino procedimientos de carácter educativo y cautelar" (16). Tal aseveración no fue corroborada en su momento por el Tribunal Constitucional, quien en la sentencia implicada se hizo cargo de las deficiencias constitucionales del texto sobre menores que ya se habían puesto de manifiesto por la doctrina (17). Para ello, en su sentencia, se hace mención de los textos normativos internacionales, las Reglas mínimas de Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing, de 29 de noviembre de 1985) en materia de garantías y derechos individuales de los menores en los procesos seguidos contra ellos, la Recomendación 20/1987 del Comité de Ministros del Consejo de Europa adoptada el 17 de septiembre de 1987 relativa a las "Reacciones Sociales ante la Delincuencia Juvenil"; y, por último, la Convención de las Naciones Unidas relativas a los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de la Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, que establece una serie de garantías en procedimientos en materia de menores.

2. La Sentencia del Tribunal Constitucional 36/1991, de 14 de febrero

Las hipótesis de que partió el Tribunal Constitucional a la vista de la Ley de Tribunales de Menores arrancaba de la absoluta y total inconstitucionalidad de la citada ley (18) hasta su parcial contradicción con la Norma Fundamental (19). Los preceptos constitucionales impli-

(16) Cfr. voz de la Abogacía del Estado en la cuestión de inconstitucionalidad sobre texto de Legislación de Tribunales de Menores, STC 36/1991, de 14 de febrero, en GARCIA VALDÉS, CANTARERO, PUYOL, *Derecho Penal Constitucional*, Madrid 1994, pp. 2995 y ss.

(17) En la doctrina *vid.* por todos mi Ley de Tribunales Tutelares de Menores y Constitución, en *ADPCP*, enero-abril 1986.

(18) Cuestión de Constitucionalidad, Asunto n.º 1001/1988.

(19) Cuestiones de Constitucionalidad, Asuntos n.ºs 291/1990, 669/1990, 1629/1990 y 2151/1990.

cados fueron los siguientes: arts. 9, 10, 14, 17, 24, 39.4, 117, 120 y 124. Las posiciones de los jueces de menores no eran uniformes pero se encontraron unánimamente en el art. 15 de la ley, en tanto que este artículo, al sustraer al menor de las garantías del juicio justo en virtud precisamente del carácter educativo y tutelar de la Jurisdicción de Menores, lo privaba asimismo de las previsiones garantísticas del art. 24 de la Constitución española (20). Sobre la base de este precepto se colegía la característica más señalada del proceso descrito en la Ley de Tribunales Tutelares: se estaba ante un virtual proceso inquisitivo. La Sentencia del Alto Tribunal al tiempo que declaraba la inconstitucionalidad del art. 15 de la LTTM reunía, asimismo, algunas puntualizaciones que ameritan ser mencionadas. La primera alude a que dicha declaración de nulidad "no implica su erradicación total del ordenamiento" (21) en la medida en que el contenido del art. 15 permanece en la función protectora de la Jurisdicción de Menores. La segunda, que las especiales características del proceso reformador determinan que no todos los principios y garantías de los procesos contra adultos han de asegurarse en los mismos términos para los menores. En este segundo aspecto la sentencia se refiere, fundamentalmente, al principio de publicidad, recogiendo lo previsto sobre el particular en las Reglas de Beijing, en concreto en la Regla 8, así como en el art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el art. 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y en el art. 40 de la Convención sobre Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989. En todos estos textos se recogen razones tendentes a preservar al menor de los efectos adversos que puedan resultar de la publicidad de las actuaciones justificando, en consecuencia, su restricción.

(20) *Vid.*, exhaustivamente, mi *Delincuencia juvenil... op. cit.* pp. 258 y ss.

El texto del art. 15 de la LTTM es el siguientes:

"En los procedimientos para corregir y proteger a menores, las sesiones que los Tribunales Tutelares celebren no serán públicas y el tribunal no se sujetará a las reglas procesales vigentes en las demás jurisdicciones, limitándose en la tramitación a lo indispensable para puntualizar los hechos en que hayan de fundarse las resoluciones que se dicten, las cuales se redactarán concisamente, haciéndose en ellas mención concreta de las medidas que hubieren de adoptarse.

Las decisiones de estos tribunales tomarán el nombre de acuerdos y la designación del lugar, día y hora en que han de celebrarse sus sesiones será hecha por el presidente del respectivo tribunal. Los locales en que actúen los Tribunales de Menores no podrán ser utilizados para actos judiciales." En Código de las Leyes Penales, Gimbernat Ordeig, E. (comp.) BOE 1977, pp. 778.

(21) *Vid.*, STC en *Derecho penal constitucional, op. cit.* p. 3011.

A pesar de ello, conviene subrayar que si la audiencia pública como publicidad general del proceso, y la publicidad de actuaciones para las partes se han instaurado como principios que garanticen la transparencia de actuaciones procesales y para potenciar el sistema acusatorio frente al inquisitivo, parece oportuno sostener que se mantenga como garantía —el principio de publicidad decía— en tanto ello “no constituye menoscabo de mejor derecho como pudiera ser el derecho a la intimidad” (22) o tenga trascendencia estigmatizadora para el futuro social y psíquico del menor.

La sentencia recoge desde luego la necesidad “imperiosa” de la reforma de la Legislación Tutelar de Menores.

3. *La Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio*

En la Exposición de motivos de la ley (23) se recoge la necesidad de regular un proceso ante los Juzgados de Menores que, no obstante sus especialidades por razón de los sujetos, disponga de las garantías del Ordenamiento Constitucional.

Las principales características de la ley radican en la atribución al Ministerio Fiscal de la investigación y la iniciativa procesal (24). También se establecen límites temporales de la medida de internamiento, la posibilidad de suspensión del fallo y la revisión de las medidas de acuerdo a la evolución del sujeto.

Para el Consejo General del Poder Judicial, esta ley “ha rodeado al menor de las garantías fundamentales reconocidas a los delincuentes adultos y le ha aplicado reglas del Derecho Penal ordinario” (25).

(22) *Vid.*, mi *La Justicia y los menores*, *op. cit.*, pág. 132.

(23) BOE n.º 140 de 11 de junio de 1992.

(24) *Vid.*, Fiscalía General del Estado, Líneas generales de Actuación del Ministerio Fiscal en el Procedimiento de la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, Documento ciclostilado.

(25) *Vid.*, CGPJ Informe sobre el Anteproyecto de Ley Penal Juvenil y del Menor. Documento dactilografiado, p. 7.

V. también Análisis de las Medidas previstas en la Ley Orgánica 4/1992, Ministerio de Asuntos Sociales, Documento ciclostilado.

Las medidas previstas por la citada ley son: Amonestación o internamiento por tiempo de uno a tres fines de semana, Libertad vigilada, Acogimiento por otra persona o núcleo familiar, Privación del derecho a conducir ciclomotores o vehículos de motor, Prestación de servicios en beneficio de la comunidad, Tratamiento ambulatorio o ingreso en un centro de carácter terapéutico, Ingreso en un centro en régimen abierto, semiabierto o cerrado.

En cuanto a la competencia, la ley señala en su art. 1 (modificando el art. 9 de la LTTM) que los jueces de menores son competentes para conocer de los hechos delictivos cometidos por mayores de doce años y menores de dieciséis, así como de las faltas cometidas por mayores de edad penal del art. 584 del CP con excepción de las del número 3.º.

Cuando el hecho sea cometido por menores de doce años, deberá ser puesto a disposición de las autoridades administrativas.

La Ley Orgánica 4/92 señala asimismo la necesidad de una reforma más profunda mediante la aprobación de una futura ley, es decir, es consciente de su carácter de urgencia y provisionalidad.

4. *Los proyectos legislativos: el Proyecto de Código Penal de 1994 y el Anteproyecto de Ley penal Juvenil y del menor*

En nuestro país la elaboración de una normativa nueva viene siendo reclamada unánimemente por las asambleas legislativas, por los propios textos normativos (Disposición Adicional Primera de la Ley Orgánica 6/1985) por la jurisprudencia constitucional, por los jueces de menores, por la doctrina y por el Consejo General del Poder Judicial (26).

Por su parte el Proyecto de Código Penal de 1994 prescribe en su art. 20: "Los menores de dieciocho años no serán responsables criminalmente con arreglo a este Código.

Cuando un menor de dicha edad cometa un hecho delictivo podrá ser responsable con arreglo a lo dispuesto en la ley penal juvenil y del menor" (27).

Para dar contenido normativo al futuro Código Penal en materia de menores y jóvenes se ha elaborado un Anteproyecto de Ley penal que, en estos momentos, ya ha sido informado por el Consejo General del Poder Judicial.

En la Memoria explicativa del citado Anteproyecto se explicita cómo el principio de igualdad exige, en el caso de los menores, un tratamiento especial que abarca tanto el derecho penal sustantivo, como el derecho procesal y el derecho penitenciario (28).

(26) En la doctrina, ver por todos mi *Delincuencia...*, *op. cit.*, pp. 221 y ss. Ver también Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley Orgánica Penal Juvenil y del Menor, Documento ciclostilado, p. 3.

(27) Cfr. Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1994, Ed. Universidad de Castilla-La Mancha, 1995.

(28) Ministerio de Justicia e Interior, Memoria explicativa del Anteproyecto de Ley Orgánica Penal Juvenil y del Menor, Documento ciclostilado, p. 1.

En su elaboración se han tenido en cuenta las observaciones de la sentencia ya citada del Tribunal Constitucional, así como las disposiciones internacionales también señaladas. El modelo —dice la Memoria— es el de la legislación penal alemana.

En el ámbito del ordenamiento jurídico interno el Anteproyecto parte del principio protector de la infancia y la juventud de los arts. 20.4, 27 y 39.1 de la Constitución española. También arranca de los arts. 17, 24, 25.2 y 117.1 y 3 de la Norma fundamental, así como de los arts. 26, 96 y 97 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985 y de la Ley de 28 de diciembre de 1988 de Demarcación y Planta judicial. Con carácter supletorio se consideran la Ley de Enjuiciamiento Criminal y el Código Penal. Desde la vertiente procesal se cita la Ley Orgánica 4/92, de 5 de junio, y, con carácter informador, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, incorporada a nuestro Ordenamiento desde el 31 de diciembre de 1990.

El texto que se presenta a la consideración legislativa se estructura en tres títulos y consta de 93 artículos, seis disposiciones transitorias, dos disposiciones derogatorias y tres disposiciones finales.

La división tripartita del Anteproyecto se basa en la existencia de tres momentos sucesivos en la llamada “relación punitiva”, antes de cometerse el delito, antes de la sentencia y en tanto se cumple la sentencia (29).

Algunas críticas al Anteproyecto se centran, desde la óptica del Derecho reeducacional, en su clara vocación penal que se manifiesta tanto en la propia denominación —Ley penal— como en su orientación y en el hecho de que, como fuentes supletorias, se utilicen el Código penal y la Ley de Enjuiciamiento criminal (30). Para el Informe del Consejo General del Poder Judicial, también ponen de relieve la criminalización del área la utilización del término “castigo” (art. 8), la consideración por el art. 9 de que el restablecimiento del orden jurídico es un fin equiparable al de la integración del menor en la sociedad o la valoración de la gravedad y naturaleza del hecho cometido como criterio para la determinación de la pena (art. 27) (31).

Como exponente de la concepción retribucionista se citan también en este Informe la circunstancia agravante de la reincidencia en relación

(29) *Ibíd.*, p. 7.

(30) *Cfr.* Informe del Consejo General del Poder Judicial, *cit.*, p. 7.

(31) “En una orientación adecuada de La ley, la gravedad del hecho cometido no tendría que ser determinante de una sanción más grave, sino de la aplicación de medidas educativas más intensas a una persona que muestra una mayor vulnerabilidad frente a las exigencias de socialización”, Informe, *op. cit.*, p. 7. *Cfr.* también pp. 10 y 11 en relación con las penas.

con la condena condicional (arts. 28.1 a y 32.2) y la consecuente necesidad de establecer un Registro de antecedentes penales previsto en el art. 62.5. Ambos extremos —se dice— presentan una dudosa constitucionalidad. Se coincide expresamente con el Informe en este punto.

En cuanto a la edad, el ámbito de aplicación de la ley se extiende a los menores de dieciocho años, estableciéndose además las definiciones del concepto legal de menor como aquel sujeto mayor de trece años (32) y menor de dieciséis y del concepto legal de joven como el sujeto de dieciséis o más años que no ha cumplido los dieciocho. También puede extender la Ley su aplicación a supuestos de delincuencia comprendidos entre los dieciocho y los veintiuno (art. 3.2).

En cuanto a los menores de trece años, el Anteproyecto prevé que sean puestos a disposición de las instituciones administrativas de protección de menores (art. 3.1). Idéntica previsión se hace con relación a los llamados “irresponsables” (art. 6.2).

La Memoria explicativa señala que, frente al criterio cronológico, el Anteproyecto insiste en el criterio psicológico al señalar que la imputabilidad del sujeto menor sólo es posible cuando existe capacidad de comprensión sobre la licitud de los actos y capacidad de autodeterminación conforme a esa comprensión (33). Por su parte, el Informe ya citado del Consejo General del Poder Judicial, sostiene, desde su vocación más reeducadora que estrictamente penal, que “la llamada delincuencia juvenil es ‘otra cosa’, en el sentido de que la reacción social frente a la misma no debe ser de castigo sino de integración educadora. El menor que infringe las normas jurídicas es únicamente una persona en desarrollo que no ha podido internalizar dichas normas, por lo que no se puede partir de la base de que ha defraudado las expectativas que la sociedad pudiera tener respecto de él, sino que ni siquiera, en gran número de supuestos, esa misma sociedad le ha dado la oportunidad de adquirir la maduración necesaria para la internalización de las normas... En estas condiciones un tratamiento exclusivamente penal y retribucionista de los menores y jóvenes que delinquen sería una reacción, no solamente injusta, sino también escasamente coherente con los principios constitucionales” (34). Precisamente en virtud de estas consideraciones generales, el Informe rechaza el art. 6.1 del Anteproyecto donde se subordina la imputabilidad a la capacidad

(32) “También quienes tengan trece años y no sólo los menores de trece, han de ser puestos a disposición de las correspondientes instituciones.” Consideración lógica hecha en el Informe, *cit.* p. 13.

(33) Cfr. Memoria..., *cit.* p. 9.

(34) Cfr. *op. cit.*, p. 7.

de comprensión del injusto y a la actuación conforme a esa comprensión. Parece desconocer el Informe que, aunque no se actuara un derecho penal *stricto sensu* en estos supuestos, siempre habría lugar a una respuesta similar, aunque sin todas las garantías que el derecho penal comporta, que son, precisamente por ser el derecho con mayor poder sobre la esfera de autonomía del ciudadano, las máximas posibles (35). Si el concepto de imputabilidad es un "concepto indeterminado", el de inimputabilidad comporta mayores desventajas en orden a su precisa conceptualización derivando, en la mayoría de los casos, hacia el concepto de peligrosidad de los sujetos definidos previamente como inimputables (36). Por los demás, en la doctrina de menores no se ha producido un acuerdo unánime en lo que respecta al contenido que deba darse, desde la psicología, al término en cuestión, conduciéndose en el mejor de los casos a través de conceptos normativos, tal y como recoge el art. 6.1 del Anteproyecto, por lo que también se equivoca la propia Memoria cuando pretende que la capacidad de comprensión del injusto y la actuación conforme a derecho son conceptos enteramente psicológicos y no conceptos normativos (37). En ningún caso, a mi entender, puede decirse que el Anteproyecto vuelve a utilizar el criterio del discernimiento del Código del 28, criterio psicológico que, éste sí, estaba imbuido de una alta dosis de imprecisión (38). Se equivoca también el Informe cuando pretende que la inimputabilidad es un vehículo apropiado para la integración social y el desarrollo de la personalidad (39) pues, partiendo de la teoría del etiquetamiento, esta fórmula es inadecuada y estigmatizante. El menor, por el hecho de serlo, no puede sentirse etiquetado como incapaz, inmaduro o, en definitiva, estúpido. Se puede entonces afirmar que el efecto estigmatizador nace tanto del proceso penal, como del perdón incondicional por "anormalidad" del sujeto en el proceso reformador. Por ello, somos ya bastantes los que sostenemos que afirmar la imputabilidad del menor y su responsabilidad por el hecho, significa favorecerla sobre el plano individual y social (40). Por otra parte, la inimputabilidad puede también

(35) *Vid.*, exhaustivamente mi *Delincuencia... op. cit.* pp. 128 y ss.

(36) *Ibíd.*, p. 129.

(37) *Vid* sobre la materia: BATTISTACCI, SCOTTI. La perizia psichiatrica nella giustizia penale minorile en "Esperienze..." n.º 4, 1980, pp. 62 y ss.; Casale, "Considerazione psicologiche sul problema de l'imputabilità del minore", en *Esperienza...*, n.º 1, 1981, pp. 47 y ss.; PRINCIPE, M. Note critiche sull'imputabilità dei minori, en *Esperienza...*, n.º 4, 1980, pp. 51 y ss.

(38) *Vid.* Informe pp. 8 y 9.

(39) *Ibíd.*

(40) *Vid.* mi *Delincuencia... op. cit.* pp. 122 y ss.

representar un obstáculo educativo, que se pone de manifiesto en la desconfianza del menor y en el rechazo que éste manifiesta ante las medidas educativas allí donde el encuadre legislativo es de corte reeducativo y no jurídico-penal (41). Por último, la inimputabilidad no puede conducir a una justificación generalizada de los comportamientos delictivos de los menores tampoco sobre la base de la importancia que puedan revelar las causas sociales. Ni la indulgencia a toda costa, ni los aleccionamientos ejemplares conducen a nada en este campo.

Después de lo expuesto parece oportuno volver al concepto inicial, es decir, al utilizado por el Anteproyecto en el art. 6.1 y reconducirlo a los niveles dogmáticos argumentados tradicionalmente por la doctrina, niveles que, al día de hoy, son los más precisos y los menos indeterminados por cuanto su fijación ha sido obra de numerosas y enjundiosas obras y por cuanto también el concepto de imputabilidad ha sido imposible de definir, en términos científicos, por la psiquiatría, que no ha logrado una posición uniforme al respecto. Desde estos parámetros, parece no ofrecer dudas que el criterio más seguro de imputabilidad es comprensión del injusto y determinación conforme a esa comprensión (42).

En lo que hace referencia al hecho punible, el Anteproyecto, partiendo de la unidad valorativa del Ordenamiento jurídico español, remite a las infracciones definidas en el Código penal, que aparece como legislación supletoria (43). Sin embargo, tiene razón el Informe del Consejo, que reputa inexacta la afirmación del art. 5 del Anteproyecto, cuando pretende que las infracciones de menores y jóvenes no tengan otras consecuencias jurídicas que las definidas en la ley penal del menor. Las consecuencias jurídicas de los delitos y las faltas se proyectan también en otros sectores del ordenamiento y ello es algo comúnmente admitido, por lo que, tal y como solicita el Informe, este artículo debe corregirse (44). Es plausible, en todo caso, que se parta de la aplicación de todas las garantías penales en los procesos seguidos contra menores y jóvenes (45).

En cuanto a las sanciones, definidas en el art. 10, parten del cometido resocializador del art. 25.2 de la Constitución española y se clasifi-

(41) MEUCCI, *op. cit.* pp. 47 y ss.

(42) *Vid.* por todos WELZEL, H., *Derecho penal alemán*, trad. Bustos Ramírez y Sergio Yáñez, 11.^a ed. Parte General, Chile, 1976, pp. 215 y ss.

(43) *Cfr.* Memoria, *cit.*, p. 10.

(44) *Cfr.* Informe, *cit.*, p. 11.

(45) Según se desprende del art. 4 del Anteproyecto. *Vid.* sobre imputabilidad y garantías penales mi *Delincuencia...*, *op. cit.*, pp. 128 y ss.

can en tres grupos: la pena juvenil, las medidas disciplinarias y las medidas educativas. Parece malintencionado el Informe del Consejo cuando acusa a la pena juvenil y a las medidas disciplinarias de no ser educativas sino meramente represivas (46), toda vez que en la Memoria del Anteproyecto se alude expresamente a la orientación a la reeducación y reeducación social del sujeto (47) sin olvidar que también tienen un marcado carácter represivo. No puede desconocerse al día de hoy que las medidas tengan un marcado carácter represivo al igual que las penas. Es más, la mejor doctrina penal ya ha puesto de manifiesto que las medidas pueden —y de hecho lo hacen— incidir de una manera más represiva en la esfera de derechos del individuo (48).

Hace bien el Anteproyecto en configurar la pena privativa de libertad, pena juvenil, con carácter restrictivo y para delitos muy graves. Esta era una cuestión que venía siendo requerida en tales términos por la doctrina penal de menores (49). No se entiende que el Informe del Consejo (50) se muestre tan reticente ante este extremo pues ¿qué hacer con un menor que ha cometido unas lesiones graves, un asesinato, una violación? Para este tipo de delincuencia al día de hoy parece no haber otro recurso que la privación de libertad, por tiempo determinado y orientada a la resocialización del sujeto según mandato constitucional. Hacer gala de una política criminal *naïf* sólo puede corresponderse con la imprecisión del propio Anteproyecto que al redactar en su Memoria explicativa las líneas concernientes a la pena privativa de libertad lo hace desde presupuestos contradictorios que evidencian una gran confusión (51).

Es cierto, tal y como expone el Informe del Consejo, que “la política criminal de nuestro tiempo, incluso en los foros internacionales, tiende a cuestionarse la legitimidad de los aspectos represivos de las normas penales y a reducir el Derecho sancionador al mínimo, potenciando técnicas de tratamiento alternativo, de descriminalización y de despenalización” (52). Ahora bien, ¿seríamos pioneros de la despenalización para menores y jóvenes en materia de lesiones graves, asesinato

(46) Cfr. Informe, cit., p. 11.

(47) Cfr. Memoria, cit., pág 11.

(48) “La imposición de una medida permite intervenir de un modo más radical e incisivo en la esfera individual y prolongar sus efectos más allá de la pena”, en MUÑOZ CONDE, F., en *Introducción a Roxin, K., Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal*, Reus, Madrid, 1981, pp. 18 y ss.

(49) *Vid.* por todos mi *Delincuencia...* p. 227.

(50) Cfr. Informe, pp. 11 y 12.

(51) Cfr. Memoria, cit., p. 12.

(52) *Ibíd.*

o violación? ¿Propondríamos una medida de relación con la víctima o trabajo en beneficio de la comunidad en estos casos? En casos mucho menos graves, algunos jueces de menores se han visto grandemente presionados ante el uso de las medidas alternativas.

En consecuencia, conservemos y amplíemos los avances en favor de la dignidad de la persona del moderno derecho penal y penitenciario, reduzcamos la pena privativa de libertad al mínimo y, en los casos en que sea imposible obviarla, desarrollémosla en las mejores condiciones.

En cuanto al cumplimiento de las sanciones, creo que el Informe del Consejo es certero cuando exige que la reforma se realice en manera adecuada, lo que lleva aparejada la necesidad de dotaciones de infraestructura y de medios materiales y personales cuyo coste no aparece estimado en la documentación del Anteproyecto (53).

Tiene asimismo razón el Informe cuando subraya que, para los menores considerados irresponsables, también funcionan las garantías penales y procesales, en especial las del art. 24 de la Constitución española aunque, tal como se puso de manifiesto por el Tribunal Constitucional en la sentencia comentada, así como en otras, no todos los principios y garantías exigidos en los procesos contra adultos hayan de seguirse en los mismos términos (54).

Por lo que respecta a los principios procesales, contenidos en el Título II del Anteproyecto, se destaca en la Memoria del citado texto legislativo la intensidad con se evidencian las garantías procesales, en particular las contenidas en los arts. 24 y 25 de la Constitución, así como las contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ley supletoria de la futura ley del menor. Se subraya también que las garantías mencionadas aparecen *moduladas* en función del colectivo al que afecta y a su especial protección (55).

Supone la Memoria cuatro aspectos a destacar en el enjuiciamiento penal de menores y jóvenes:

- El carácter reservado, tanto de los datos personales como de las actuaciones.
- La primacía del carácter oral de las actuaciones.
- La primacía de la protección del menor y de su educación.
- El carácter tutelar del juez y del Ministerio Fiscal frente al imputado.

(53) Cfr. Informe, p. 4.

(54) *Ibíd.* pp. 13 y 19.

(55) *Vid.* Memoria, cit., p. 15.

En lo que concierne a los dos últimos aspectos, las suspicacias del Informe del Consejo General del Poder Judicial son más que fundadas, en tanto la terminología que se usa en la Memoria pareciera hacer referencia a un texto diferente a aquel que le sirve de cobertura, mezclando los aspectos puramente penales con una orientación claramente reeducativa (56).

En lo que respecta a la competencia, la ostentan los jueces de menores (art. 38) del lugar donde se haya cometido el hecho delictivo (art. 40). Como principio subsidiario se menciona al fuero de la prevención: será competente en caso de imposibilidad de determinación el juez de menores que primero hubiere actuado (art. 40.2).

En los supuestos de imputados mayores y menores de edad, el enjuiciamiento se hará por separado (art. 41.2)

La apelación de las decisiones de estos jueces se sustanciará ante la sección correpondiente de la Audiencia Provincial si el hecho enjuiciado es un delito y ante un magistrado de la misma si es falta.

Parece oportuno traer a colación aquí, una vez más, la desconfianza, a mi entender más que fundada, del Informe del Consejo cuando expresa que no parece aceptable que un órgano unipersonal pueda imponer penas restrictivas de la libertad personal de la duración de la pena juvenil que puede llegar a alcanzar hasta los diez años. La propuesta, sin tener por qué llegar a ser en este momento extensiva a la del juicio por jurados, puede abarcar la petición de un Tribunal colegiado (57) especializado en la medida en que, precisamente, esté integrado por jueces de menores.

En lo concerniente a las partes, se admite la acusación particular, aunque no está previsto el ejercicio en estos procesos de la acción popular.

La instrucción correrá a cargo del Ministerio Fiscal, aunque la incoación y conclusión del sumario, así como la adopción de las medidas cautelares que afecten a los derechos fundamentales del menor son de cargo del juez de menores. Para el Informe del Consejo, esta actividad instructora no debe ser una investigación judicial delegada ni el resultado de una desconcentración de funciones sino una instrucción atribuida genuinamente, por lo que se critica la previsión del art. 55.2 del texto analizado cuando permite la devolución de las actuaciones al Ministerio Fiscal al considerar insuficientes las actua-

(56) En especial, comentarios sobre las distintas modalidades de sanción en Informe..., cit., pp. 14 y ss. *Vid.*, también, Memoria, cit., p. 16.

(57) *Vid.* Informe, p. 17.

ciones practicadas (58). Precisamente en virtud de esta consideración no se compromete en el proceso de menores la imparcialidad del juzgador, pues al separarle la ley de la instrucción y atribuirle únicamente actuaciones preparatorias del juicio o aseguratorias del imputado, lo convierte en "juez de la libertad" y garante del ejercicio de los derechos fundamentales y no en juez instructor. Cabría, no obstante, la duda de si en orden al equilibrio acusatorio del proceso, no hubiera sido preferible utilizar la figura tradicional del juez instructor tal y como ocurre en el proceso ordinario para los adultos o, a mayor abundamiento, cuestionar por qué se incardinan siempre en la justicia penal de menores fórmulas que en la justicia de adultos suscitan suspicacias y dividen la opinión de los juristas tanto en relación con su legitimidad como en función de su pretendida eficacia.

En cuanto a la estructura del proceso se distinguen tres fases: el procedimiento preliminar, el procedimiento intermedio y el juicio oral.

El proceso preliminar se compone de las actividades instructorias a cargo del Ministerio Fiscal. Las referencias restrictivas de la "identificación" del menor del art. 42.1 del Anteproyecto, que provocan la crítica del Informe (59), en realidad son consecuencia de la situación precedente que, en virtud de la insuficiencia de garantías de la legislación del 48, permitía abusos, sobre todo cuando el menor era detenido, lo que llevó a argumentar en su momento que, cuanto menos, le eran de aplicación a estos sujetos todas las garantías del art. 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (60). Parece oportuno, sin embargo, tal como propone el Informe, que se utilice una fórmula que preserve la intimidad del sujeto, tanto en función del acceso de terceros a las actuaciones como a la difusión por los medios de comunicación de estos datos.

Resulta, tal y como pone de manifiesto la Memoria, sumamente novedoso el procedimiento del art. 53 del Anteproyecto que atribuye al Ministerio Fiscal la posibilidad de ofrecer el archivo provisional de la causa a cambio de una serie de medidas o contraprestaciones tales como la reparación civil del daño o la prestación de servicios a la comunidad. Resulta novedoso —decía— en el plano legislativo por cuanto que, de hecho, esta posibilidad venía ensayándose ya con bastante éxito en alguna Comunidad Autónoma. El Anteproyecto prevé para la imposición de estas medidas el consentimiento del menor, de su abogado, de su representante legal y de la víctima. La ausencia del

(58) *Ibíd.*, p. 19.

(59) *Ibíd.*, p. 22.

(60) *Vid. mi Delincuencia...*, cit., pp. 258 y ss.

consentimiento del representante legal o de la víctima, no será suficiente para impedir la adopción de las medidas alternativas en cuanto el juez así lo establezca de forma motivada e irrecurrible (61). Esta, para nosotros, curiosa fórmula transaccional, coloca al procedimiento penal de menores en la misma órbita que aquella que atribuye la instrucción al Ministerio Fiscal, por lo que no se entiende que el Informe del Consejo manifieste aquí suspicacias frente a lo que considera un “dispositivo enteramente extraño a nuestra tradición jurídico-penal”, (62) y no lo hiciera cuando se le conceden al Ministerio Fiscal todos los poderes extraordinarios que conlleva la instrucción de la causa.

En cuanto a la víctima, el procedimiento debe siempre desarrollarse dentro de unos niveles aceptables de comunicación sin que en ningún caso puedan producirse situaciones de “presión” sobre ésta (63).

La fase intermedia del proceso comprende el sobreseimiento o el juicio oral y en este último caso, la presentación de los escritos de acusación y defensa. Precisamente sobre el efectivo cumplimiento del derecho de defensa y asistencia técnica, se manifiesta el Informe del Consejo General del Poder Judicial, quien echa de menos alguna previsión sobre las obligaciones del Tribunal en orden a velar por su efectiva disponibilidad (64). Lleva razón pero tal vez ello sea debido a que se da por sentado en el Anteproyecto que, en términos generales, el art. 24 de la Constitución española es de obligado cumplimiento cualquiera que sea el ámbito jurisdiccional (65).

En cuanto a la fase de juicio oral o vista, la pretensión es, según la Memoria del Anteproyecto, que se desarrolle en los términos del principio contradictorio. El juez interviene en la prueba, incluso de oficio, cuando considere necesario introducir nuevas pruebas para llegar a un convencimiento de la realidad de los hechos.

La sentencia absolutoria puede dictarse *in voce*. La sentencia condenatoria debe ser exhaustiva, tanto en la determinación de los hechos probados, como en la personalidad, situación y necesidades del menor. En iguales términos deben especificarse las consecuencias jurídicas de los hechos y la cantidad y contenido de la sanción a imponer.

(61) *Vid.* Art. 53.4 del Anteproyecto de Ley Penal juvenil y del Menor.

(62) *Vid.* Informe, cit., p. 23.

(63) *Vid.* sobre las cuestiones relativas a la víctima, por todos, HASSEMER, N. “Consideraciones sobre la víctima del delito”, trad. CANTARERO, R. en *ADPCP*, n.º XLIII, fasc. I, pp. 240 y ss.

(64) *Vid.* Informe, cit., p. 24.

(65) *Vid.* mi *Delincuencia...*, cit., p. 268.

La apelación de los autos y sentencias dictados por el juez de menores remiten al procedimiento previsto para el proceso penal abreviado o, en su caso, el de faltas. En la apelación puede celebrarse la vista oral cuando el órgano competente lo considere idóneo.

En cuanto a la competencia, en caso de delito corresponderá a la Sección correspondiente de la Audiencia Provincial y si es falta, a uno de sus magistrados.

IV. TOMA DE POSTURA Y NOTAS CONCLUSIVAS

Tal y como se ha puesto de manifiesto por la doctrina penal de menores el ordenamiento jurídico español ha regulado la delincuencia de menores y jóvenes con un alto grado de paternalismo tutelar que lo privaba de derechos individuales y garantías jurídicas (66).

La impugnación del art. 15 de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores por la jurisprudencia constitucional que dio lugar a la Ley Orgánica 4/1992 supuso un cambio en la orientación legislativa pero no puede decirse que pueda reemplazar a una futura legislación coherente, progresista y sistemática en la materia.

El sistema actual, aun rodeando al menor de garantías fundamentales reconocidas a los delinquentes adultos y aplicando reglas y principios del Derecho penal ordinario (67), tiene todas las características del modelo *welfare* en la medida en que prevalece el criterio de las "necesidades" del menor que impregnan el sistema con un marcado cariz reeducativo por encima de cualquier otra consideración jurídica. Esta afirmación se sustenta también sobre la base del carácter "especializado" de esta jurisdicción. El Anteproyecto de ley que ya ha sido informado por el Consejo General del Poder Judicial reúne en un texto articulado y sistemático estas mismas características, aunque a juicio del citado Consejo sea más un texto represivo que reeducativo.

Las críticas de este Informe son certeras en la medida en que en el Anteproyecto no se ha acuñado el concepto de menor y joven delincuente únicamente como sujeto "necesitado" de asistencia sino que se le ha considerado como sujeto en conflicto con la ley penal, en consecuencia, inmerso en su estructura represiva y responsable de sus actos.

Las posturas representadas, en términos generales, por el Anteproyecto de Ley penal juvenil y del menor y el Informe que ha emitido el

(66) Vid. mi *Ley de Tribunales Tutelares y Constitución*, op. cit., sup.

(67) Vid. Informe, cit., p. 7.

Consejo General del Poder Judicial son las dos de carácter reeducativo, aunque el Informe se decanta todavía más que el propio Anteproyecto en esta dirección.

En cualquier caso, los presupuestos de los que, entiendo, debe partirse deben ser presupuestos jurídicos y, en concreto, jurídico-penales en todo cuanto concierna a delitos y faltas y a cuantas reacciones punitivas que a ellos vayan aparejados, convergiendo todas las posiciones posibles en el art. 25.2 de la Constitución española. Desde esta perspectiva, el derecho a la resocialización de menores y jóvenes puede asumir formas diversas que, respetando el principio de legalidad de delitos, penas y medidas, acoja todas las recomendaciones político-criminales internacionales en la materia.

El posicionamiento en favor de un modelo claro de justicia penal frente a un modelo únicamente "reeducativo" parte de la crisis misma de la reeducación como fuente de la legislación de menores y no como fuente de la reacción punitiva. El modelo reeducativo ha traído como consecuencia falta de garantías penales y procesales y una alta dosis de incoherencia allí donde ha sido aplicado. Desde este punto de vista una legislación penal basada en los derechos y las garantías es siempre más coherente y menos mistificadora que un derecho de la asistencia y la protección frente a un hecho punible. Desde el derecho reeducativo ocurre con frecuencia que los más necesitados sean siempre los más desprotegidos. Tal es el caso del menor que no dispone de una familia adecuada para cumplir con éxito una medida de libertad vigilada.

Es frecuente utilizar el criterio de la falta de medios para designar el fracaso de una legislación. Es coherente exigir un estudio de medios y recursos para aplicar una legislación y por ello el Informe razona adecuadamente en este sentido (68). Sin embargo, no debe olvidarse que si la legislación es inadecuada, multiplicar los medios significa multiplicar también las incoherencias legislativas.

Si se quieren afianzar doblemente los derechos del menor, hágase teniendo en cuenta que hasta el día de hoy y en el marco de la llamada "relación punitiva" los máximos derechos y garantías se han realizado en el ámbito del derecho penal y del proceso penal ordinario, ambos orientados constitucionalmente e inspirados en las Declaraciones de Derechos del hombre.

Las posiciones justicia penal y derecho reeducativo de menores y jóvenes pueden conciliarse en una legislación unitaria.

(68) *Vid.* Informe, p. 10.

Esta legislación debe partir de presupuestos jurídico-penales y procesales acordes con el Derecho penal y procesal más avanzado en materia de derechos fundamentales de la persona y, como tales, reconocidos por la Constitución española que, de este modo, se convierte en un referente normativo obligado.

El cometido resocializador del art. 25.2 de la Constitución es el punto de encuentro de las posiciones justicia-reeducación y así lo pone de manifiesto el Informe (69), aun cuando desconfíe de su eficacia práctica, al tiempo que el propio Anteproyecto pide "mayor contundencia" (*sic*) y no mayor eficacia en los cometidos resocializadores.

Decíamos al comienzo que el problema de la delincuencia de menores y jóvenes en su vertiente reeducativa pura ya se había ensayado en todos los países con escasa eficacia.

Decíamos también que era oportuno aprender de la experiencia ajena. Añadamos ahora que parece correcto aprender también de la propia que aconseja mayores dosis de juridicidad en el afianzamiento de los derechos de los ciudadanos menores de edad autores de hechos delictivos.

(69) *Ibíd*, p. 9.