

EXPLORANDO LOS LÍMITES DE LA CAPACIDAD DE DISCERNIMIENTO: EL EJEMPLO DEL DERECHO PENAL DEL MENOR (ABSTRACT)

Dr. Víctor Gómez Martín
Catedrático acr. de Derecho penal
Universidad de Barcelona

I. DE LA VÍCTIMA NEUTRALIZADA A LA VÍCTIMA VINDICATIVA

1. Transformación del principio de neutralización de la víctima se ha acabado convirtiéndose en el principio de resurgimiento de la víctima vindicativa.
2. Relación de delincuente y víctima como un “juego de suma cero” (Garland).

II. ¿CÓMO SE HA LLEGADO A ESTE EXTREMO?

1. Desmembración progresiva del Welfarismo penal (Garland)
 - Auge: años 50 /60 s. XX
 - Declive: finales 70, principios 80 s. XX.
2. Tendencia a que la sociedad se identifique con las víctimas
 - Creciente desconfianza hacia la Administración de Justicia.
 - Sensación subjetiva de que los índices de delincuencia no dejan de ir en aumento.
 - Miedo al delito.
3. Papel de los medios de comunicación.
 - Se aprovechan de que el ciudadano:
 - Los necesita para formarse opinión sobre el fenómeno delictivo, ya que difícilmente tendrá acceso al auténtico origen informativo del mismo.
 - Accede a la noticia confiado, sin reparar en los intereses que pueden mover a los medios a manipular la información, y, por lo general, con escasa capacidad reflexiva o crítica con respecto a su contenido.

4. Asociaciones de víctimas como posibles *Lobbies* o grupos de presión. Provocan algunas importantes disfuncionalidades

- Tendencia al victimismo.
 - Riesgo de manipulación política. La teoría del “placebo político” (Chapell).
 - ¿Auténtica voluntad de las víctimas del delito?

III. ALGUNOS EJEMPLOS RECIENTES

1. Violencia de género
2. Justicia juvenil
3. Terrorismo
4. Pederastia
5. Prescripción del delito

IV. EL CASO DE LA JUSTICIA JUVENIL

1. Política criminal cada vez más punitivista y menos preventiva (en contra de opiniones del ámbito científico / profesional)

- Aparente estado de alarma social
- Percepción generalizada de que es delincuencia grave y en constante crecimiento
- Elemento extranjería

6. Esta percepción: completamente equivocada

- En general no es delincuencia grave, sino:
 - Episódica
 - Ubícua
 - De bagatela (normalmente, delincuencia contra el patrimonio sin violencia; los delitos violentos representan menos de un 5 %)
- Percepción generalizada de que la delincuencia juvenil está en constante crecimiento: falsa

- Estadísticas criminalidad juvenil Ministerio Interior: estancamiento en últimos 6 años / en anteriores disminución anual del 5 %
- Discrepancia con estadísticas Ministerio de Justicia (empleados por LO 8/06): datos judiciales de procedimientos abiertos
- Estudio en Catalunya, del 2005 al 2010, del grupo de investigación deL Prof. Dr. Antonio Andrés Pueyo:

Evolución del delito Principal:

JOVES	2005		2006		2007		2008		2009		2010	
	T	%	T	%	T	%	T	%	T	%	T	%
Homicidio	39	11,30%	25	6,67%	22	5,61%	48	10,74 %	31	6,87%	21	5,06%
Lesiones	18	5,22%	31	8,27%	12	3,06%	13	2,91%	20	4,43%	15	3,61%
Violencia doméstica	2	0,58%	8	2,13%	4	1,02%	4	0,89%	5	1,11%		---
Contra la libertad	7	2,03%	1	0,27%	1	0,26%	4	0,89%	4	0,89%	2	0,48%
Contra la libertad sexual	9	2,61%	9	2,40%	8	2,04%	18	4,03%	25	5,54%	24	5,78%
C. patrim y or. Socioeconomic	185	53,62%	199	53,07%	233	59,44 %	281	62,86 %	292	64,75%	276	66,51%
C his. públ. Y seg. soc.	1	0,29%	---	---	---	---	---	---	1	0,22%		
C seg. col.	42	12,17%	36	9,60%	45	11,48 %	56	12,53 %	39	8,65%	39	9,40%
C salud pública	---	---	---	---	---	---	1	0,22%	2	0,44%	1	0,24%
Falsedad C. Administració de justicia	5	1,45%	6	1,60%	1	0,26%	1	0,22%	2	0,44%	3	0,72%
Contra la Constitución	---	---	1	0,27%	3	0,77%	4	0,89%	2	0,44%	1	0,24%
Contra el ordre pública	1	0,29%	2	0,53%	---	---	---	---	2	0,44%	2	0,48%
Altres	3	0,87%	---	---	5	1,28%	4	0,89%	6	1,33%	4	0,96%
Total Código 1995	6	1,74%	7	1,87%	4	1,02%	3	0,67%	8	1,77%	11	2,65%
Total	345	100%	375	100%	392	100%	447	100%	451	100%	415	100%

7. Elemento extranjería: “el extranjero viene a España a delinquir” / “el menor extranjero pertenece a banda étnica delincuente”: falso

- El menor integrante de banda juvenil latinoamericana apenas representa el 1'5 % de todos los que hay en España

V. LA REFORMA OPERADA POR LA LO 8/2006, 4-12

1. Exposición de motivos: “(...) Las estadísticas revelan un aumento considerable de delitos cometidos por menores, lo que ha causado gran preocupación social y ha contribuido a desgastar la credibilidad de la Ley por la sensación de impunidad de las infracciones más cotidianas y frecuentemente cometidas por estos menores, como son los delitos y faltas patrimoniales. Junto a esto, debe reconocerse que, afortunadamente, no han aumentado significativamente los delitos de carácter violento, aunque los realmente acontecidos han tenido un fuerte impacto social”.

2. Principales novedades:

- Supresión definitiva de aplicación de LO 5/2000 la franja de 18-21 años.
- Incremento de papel de víctima en procedimiento penal del menor (acusación particular tras LO 15/2003: caso Sandra Palo)
- Nueva medida de alejamiento
- Ampliación duración de medidas cautelares
- Endurecimiento medidas (algunas asociaciones piden su carácter indeterminado).
- Ampliación del número de casos en los que cabe imponer medida de internamiento: se añaden hechos considerados como delitos menos graves en CP y cometidos en grupo / banda, organización o asociación delictiva, incluso de carácter transitorio (3 o más).
- A partir de 18 años: el Juez *puede* enviarlo a centro penitenciario de adultos
- A partir de 21 años: envío a centro penitenciario *prácticamente automático*

3. Estas reformas son especialmente graves si se tiene en cuenta:

- El papel omnipresente del Ministerio Fiscal (acusa, instruye y defiende), cuya función tuitiva se presume

- El amplio margen de la conformidad, fundamentada, en teoría, en la posibilidad de reinserción que posibilita un mayor ámbito de eficacia al principio de oportunidad.

- La presunción de que el “internamiento” supone “tratamiento”, lo que permite “reducir las garantías”.

4. En este contexto ¿dónde queda el “mejor interés del menor”, proclamado retóricamente tanto por la LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor como por la LO 5/2000 de Responsabilidad Penal de los Menores?

VI. ANÁLISIS DEL ORIGEN DE LA DELINCUENCIA JUVENIL: ¿ENTORNO O GENÉTICA/NEUROLOGÍA?

1. El delincuente menor reúne unas características psicosociales que se repiten en más del 90% de los casos (tanto en bandas juveniles como cuando actúan individualmente y tanto los nacionales como los extranjeros):

- Entorno cultural y económicamente muy bajo
- Ausencia de figura referente prosocial
- Fracaso escolar y laboral
- Vínculos afectivos pobres
- Carencia de habilidades sociales y empáticas
- Consumo de tóxicos

2. El tratamiento psicológico y la ayuda social obtienen resultados muy positivos, evitando la reincidencia. Actuaciones

- Ayuda psicológica
- Formación
- Separación del entorno de bandas juveniles donde se movía
- Referente prosocial

VII. ALGUNOS ELEMENTOS PARA LA REFLEXIÓN

1. ¿Cuál es el fundamento del Derecho penal del menor?
 - ¿Menor capacidad de discernimiento del menor? ¿Menor capacidad preventivo-general del Derecho penal? En tal caso, ¿dónde debe establecerse el límite? ¿Tiene sentido establecerlo?
 - ¿Mayor capacidad de reinserción?
2. Endurecimiento progresivo de legislación penal juvenil:
 - ¿Hacia un Derecho penal de adultos para menores?
 - ¿Menores garantías en base a la teórica función de reinserción?
3. En el caso del legislador español, es evidente que dicho endurecimiento / creciente aproximación del Derecho penal del menor al de adultos no obedece a los resultados de los descubrimientos neurocientíficos sobre menores, sino a razones político-criminales:
 - Creciente influencia de asociaciones de víctimas (ej.: Asociación Sandra Palo, Asociación de víctimas de delitos violentos, Familiares de víctimas de Justicia juvenil, etc.)
 - Se busca subvertir sensación subjetiva de impunidad en colectividad: ¿no sería preferible mejorar investigación / persecución de delitos? (parecido en prescripción LO 5/2010)
 - ¿Justificada? NO: los delitos juveniles más habituales no son los más graves / mediáticos
4. Respecto del proceso penal, especialmente en los delitos cometidos por mayores y menores, a partir de la mayor rapidez y las menores garantías del proceso de menores:
 - ¿Está justificado que la testifical del menor se utilice para condenar a los mayores?
 - ¿Está justificado que la condena del menor “sirva” para absolver al adulto?
 - Si partimos de la menor capacidad de discernimiento o/y de la mayor capacidad de manipulación, ¿qué validez puede otorgarse a la testifical del menor?

5. En general, si partimos de la menor capacidad de discernimiento o/y de la mayor capacidad de manipulación, ¿por qué se otorga tanta eficacia a la conformidad?

“EDUCAD A LOS NIÑOS Y NO TENDREMOS QUE CASTIGAR A LOS HOMBRES” (OLIVER PÉREZ, 2011)