



## El enemigo. Justicia penal para niños

DANIEL JIMÉNEZ FRANCO  
UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA

**Resumen:** La sociedad responde a los problemas que plantean los delincuentes, también si son niños. El creciente predominio de la punición sobre la resocialización y su apoyo desde el aparato que promueve y amplifica la demanda normativa exige un debate urgente sobre la protección integral efectiva de los niños. La lógica del castigo no aporta soluciones suficientes. Es precisa una reflexión y el análisis crítico de los últimos textos legales.

**Palabras clave:** Castigo, cárcel, menor, niño prevención, punición.

### The little enemy. Criminal justice for children

**Abstract:** Society responds to the problems posed by criminals, even if they are children. In recent times, punishment has predominated over re-socialisation,

and the support punishment has received from the apparatus that promotes and encourages the demand for regulations suggests that it is urgent to open up a debate on the integral protection of children. The logic of punishment does not offer enough solutions. It is therefore necessary to reflect upon and critically reassess the most recent legal documents.

**Keywords:** Chastisement, prison, minor, child, prevention, punishment.

# El enemiguito. Justicia penal para niños



Daniel Jiménez

## Introducción

Para ganar tiempo, ahorrar esfuerzo y no confundir significados con significantes, empezaremos entendiendo la cárcel desde sus funciones reales, manifestadas y reproducidas durante tres siglos: sanción, coerción, criminalización, disciplina, sumisión, violación de derechos fundamentales.<sup>1</sup> Cuanto antes pueda enmarcarse en el escenario recién descrito, más certera podrá resultar la reflexión acerca de las formas en que venimos respondiendo a los problemas de aquellos a quien llamamos *delincuentes*, con atención especial al caso de nuestros niños: caben diversas críticas al supuesto esfuerzo educativo; cada vez es menor la relevancia de conceptos como la responsabilidad social; se extiende en el ámbito del menor un discurso radicado en la lógica del castigo, que sólo dibuja escenas explicativas de enfrentamiento víctima-agresor; ese razonamiento que dice pretender la erradicación del *delito* nunca busca la comprensión de procesos, sino la gestión de sucesos en cuya descripción el menor infractor acaba ocupando el lugar de la *amenaza*, personificando la *alarma social*. Sin un escenario complejo de las causas, un *resumen* realizado desde la foto fija del último *drama-mercancía* difundido masivamente tiende a repartir con criterios reduccionistas la etiqueta de *enemigos -enemiguitos-* del orden.

---

<sup>1</sup> César Manzanos, *La cárcel: ¿para qué y para quién?* - en *Las cárceles de la democracia. Del déficit de ciudadanía a la producción de control*. Varios autores. Bajo Cero. Madrid. 2005-.

Paradójicamente, un concepto recurrente dentro del argumentario actual es el de *prevención*. Su significado verdadero dista del sentido con que se inserta tal concepto en el discurso de la *venganza penal*. La auténtica prevención de un problema tiene poco que ver con el control proactivo porque ha de ser muy anterior a éste. *La prevención ha de ser social y no policial*, obviedad convertida, al parecer, en objeto de arqueologías políticas o ficciones idealistas. Volveremos a esta discusión en el segundo capítulo, ahondando en el empleo de términos como *protección, desviación, prevención o víctima*.

Las últimas páginas del trabajo quedarán dedicadas a las aportaciones más relevantes del recién implementado reglamento para nuestra ley de responsabilidad penal del menor, cuya interpretación permitirá poner en común *palabras con palabras y palabras con hechos*, al respecto de las contradicciones existentes con la declaración de derechos de los menores privados de libertad<sup>2</sup> o al respecto de prácticas que ya venían dándose durante años dentro de nuestros *centros de reforma*.

## 1. El carácter estructural y la dimensión funcional del encierro. Preguntas mal respondidas y respuestas mal preguntadas

Mirar a la cárcel significa analizar la evolución de una institución de control social en su contexto político, histórico y económico. Sólo desde una comprensión de su complejidad puede reconocerse el sentido de su existencia. En el caso que nos ocupa, el discurso hegemónico instala un argumentario que sitúa esa institución como sumidero de las consecuencias residuales que sus modelos relacionales implican. Dedicaremos las siguientes líneas a la reflexión sobre las explicaciones del delito como condición necesaria para aproximarse a la dinámica de tales modelos.

<sup>2</sup> Reglas de Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/113 de 14 de diciembre de 1990, Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los DD HH, Ginebra.

Cualquiera de los argumentos empleados desde el llamado paradigma etiológico<sup>3</sup> ignora un elemento imprescindible: analizados desde lo propuesto en sus propios contenidos, los sistemas penales de nuestros sistemas democráticos de mercado son un ejemplo histórico de vulneración y, por ende, de perpetuación de la impunidad. Si, en el caso ejemplar de los delitos contra la propiedad, ésta última alcanza un índice cercano al 98%, hemos de preguntarnos por el sentido de ese fracaso y por las razones de la perpetuación y el afianzamiento de esta institución durante los últimos tres siglos de historia. La puesta en cuestión de las etiologías clásicas está servida. El delito es un instrumento, una construcción social que facilita la implantación de modelos carcelarios modernos, microespacios estructurales que reproducen las características de las sociedades en que se desarrollan<sup>4</sup> y que perviven en simbiosis con dichos modelos sociales. La globalización carcelaria o las transformaciones sociales hacia dentro reflejadas en la actual tendencia legislativa y su relación con los procesos de generación y comunicación de alarmas pueden ayudar a identificar esa evolución.<sup>5</sup> Eso también ocurre con los menores de edad.

Revisando el esquema propuesto por Manzanos para interpretar las distintas funciones de la institución penitenciaria, intentemos buscar la respuesta más coherente posible a los porqués o paraqués de la cárcel:

La función formal autoimpuesta desde el discurso legislativo consiste en la reeducación y la reinserción social de los castigados. Pero a ella se enfrenta una realidad dramática que suma 125 suicidios consumados en prisión durante los últimos cuatro

<sup>3</sup> De la suma relativa entre el *genotipo* y la *acción ambiental* resulta el *fenotipo*... Los primeros años de vida tienen en una crianza sana y una educación humana los elementos minimizadores de los problemas cognitivos y emocionales del niño. Existe una relación manifiesta entre esos problemas y posteriores conductas delictivas, pero ello no significa que tal relación sea de causa-efecto, si así fuera también habría muchos más niños presos. Hay, por tanto, más factores determinantes en juego.

<sup>4</sup> César Manzanos, op. cit., como referencia metodológica para este primer capítulo.

<sup>5</sup> Dos datos: la UE ha doblado su población carcelaria durante los últimos 30 años y España la ha multiplicado por más de 2.5 desde la llegada de la democracia, ocupando un puesto privilegiado en las listas europeas de ciudadanos - *no ciudadanos*- presos.

años<sup>6</sup> y un número total aproximado de presos muertos que multiplica por diez ese dato, además de índices de reingreso, hacinamiento -en la macrocárcel de Zuera, 1.700 presos ocupan 1.000 plazas y las mujeres son las más perjudicadas por tales condiciones-, enfermedades, droga, y un largo etcétera que echa por tierra cualquier expectativa de éxito formal para la institución. Busquemos ese éxito desde el reconocimiento de un fuerte componente simbólico: el legitimador de determinada estructura material -a todas luces incompatible con sus funciones formales- y reforzador de la gobernabilidad.<sup>7</sup>

Las funciones para las que la cárcel sí ha venido demostrando verdaderas aptitudes son sociales y políticas, y se materializan en dos vertientes: la instrumental y la simbólica.

Como espacio educativo, adaptando al delincuente a su estructura, la prisión gestiona un flujo de chivos expiatorios que, a su vez, cumple funciones instrumentales justificando la protección de intereses individuales desde el poder -mediante controles penales, policiales y carcelarios- a la vez que realiza un trabajo simbólico: contribuyendo a construir la realidad social del delito a partir de la identificación del delincuente con determinado sector social y legitimando al estado como supuesto garante de la seguridad ciudadana. Hablamos aquí de funciones sociales. Esa relación permanente entre prisión y sociedad da sentido al carácter total del ambiente carcelario como parte de un sistema que se autorreproduce y perpetúa.

En segundo lugar, apoyado en el progresivo endurecimiento de controles, aislamientos o anulaciones -física y psíquica- en el sujeto, el análisis político muestra la utilidad de tales prácticas para buscar la erradicación instrumental de determinados pro-

<sup>6</sup> Suma de los datos reconocidos por los gobiernos español y catalán, que añade 74 muertes por suicidio -2.5 veces más- al dato que la Coordinadora Estatal de Solidaridad con las Personas Presas había conseguido obtener. El dato total de muertes en prisión, según las administraciones públicas, es de 871 en 4 años -ver: *Muertes bajo custodia en el Estado español, 2001-2004*. Informe de la Coordinadora Estatal de Solidaridad con las Personas Presas. Abril de 2005-.

<sup>7</sup> *Imaginaos un industrial que fabricara tornillos y que después de 60 años de ejercicio comprobara que de sus fábricas en vez de tornillos salían chorizos. Si no acomete una inmediata reconversión industrial, qué duda cabe que ese empresario vive de la charcutería* -Enrique Martínez Reguera. *Pobres niños pobres*. Nodo 50. 2003-.

blemas sociales. La dimensión simbólica de este objetivo se aferra a un discurso coactivo -esencialmente violento- que llega a dirigirse contra movimientos pacíficos de cambio social. La función comunicativa de las penas consiste en construir una relación entre éstas y los delitos que el público consume e incorpora a su bagaje cognitivo -de modo poco veraz- y a su percepción emotiva -de modo muy potente-.

Nuestros niños, en sus cárceles -centros cerrados-, reproducen de modo ejemplar las condiciones y contradicciones manifestadas al respecto del fracaso formal y el éxito social de la institución penal.<sup>8</sup> La evolución legislativa reciente y sus consecuencias vienen reforzando este hecho, lo que ha de obligarnos al planteamiento de varios interrogantes:

¿Qué queremos hacer de nuestros niños?

¿Se mide el progreso de una sociedad según el modo en que ésta trata a sus miembros más débiles?

¿Damos a nuestros hijos instrumentos cada vez más dignos para una madurez más precoz, tal como se desprende de las exigencias declaradas por su responsabilidad penal?

¿Cómo participa la violencia y el delito de la conversión de una persona a quien proteger en una persona de quien protegerse?

En las condiciones actuales, penalizar implica -casi siempre- ahondar en la exclusión, introduciendo a los más débiles en la maquinaria de violencia institucional en lugar de promover fórmulas menos traumáticas.

De ese modo, el menor infractor sufre el castigo sin verse estimulado a ningún beneficio, inmerso en un proceso irresponsabilizador que muestra otros aportes educativos: reconociendo desde el principio al niño el derecho a mentir -derecho a no declararse culpable- e introduciéndolo en la escena de un juego igual de los mayores. Participando del modus operandi efectivo de la institución, el niño no se responsabiliza por el daño que realizó, no se hace cargo de la consecuencia de sus actos, sino que paga por ello. No ha lugar, en una inmensa mayoría de casos, a la reparación, la compensación, la restauración, la res-

<sup>8</sup> Un análisis ilustrativo de las consecuencias del encierro en los niños se encuentra en *Niños peligrosos o niños en peligro*. APDHA (Asociación pro-derechos humanos de Andalucía). 2001.

titución o la búsqueda del beneficio psicológico que una asunción de roles activos en la impartición de justicia podría facilitar al infractor, a la víctima y a la comunidad.

Desde el análisis específico del castigo legal a los niños podemos poner en cuestión algunos de los tópicos más populares referidos a la cárcel. Uno de ellos define la pobreza como causa de la delincuencia, como se explicaba en la página anterior -al respecto del paradigma etiológico-, limitando el razonamiento a un silogismo: preso=delincuente=pobre. Pues bien: el preso no es más que un delincuente fracasado, si atendemos al dato de la impunidad penal, y eso significa que el delito sí existe -como potente significante en el código simbólico de cualquier sujeto- pero el castigo que le acompaña es incapaz de cumplir sus fines teóricos, siquiera mínimamente. Se trata de un sistema de distribución desigual de ilegalismos, proceso en que se manifiesta la economía política de la pena, tal como describió Foucault de modo tan lúcido.<sup>9</sup> La duración del encierro actúa como valor de cambio en la economía política del castigo y, en el caso de los menores, la gestión dramática del suceso en los medios de comunicación y la presión social normativa con que aquella se realimenta refuerzan ese recurso punitivo en perjuicio de replanteamientos y alternativas más eficaces -si lo que sinceramente se pretendiera fuese lo que queda escrito en el texto legal-. Lo veremos en el tercer capítulo, al analizar el reglamento -RD 1774/2004- que, con cuatro años de retraso, se ha incorporado a la aplicación de la Ley 5/2000.<sup>10</sup>

Ha quedado expuesta la incompatibilidad del encierro con el cumplimiento de la legalidad, la garantía de los derechos fundamentales de las personas o aun la resocialización de los presos.

Todo ello se plasma también en los centros cerrados de menores, y el momento temprano de la vida en que se encuen-

<sup>9</sup> El delito es una construcción social gestionada por la ley penal. En palabras de un fiscal entrevistado por el Equipo Barañi: **Existen delitos cometidos por gente que no es delincuente** -Mujeres gitanas y sistema penal, en *Las cárceles de la democracia. Del déficit de ciudadanía a la producción de control*. Varios autores. Bajo Cero. Madrid. 2005.

<sup>10</sup> Dicho reglamento incorpora medidas agravadas por encima de los límites establecidos en el Código Penal o la Ley de Enjuiciamiento Criminal, así como pasajes que entran en radical contradicción con las *Reglas de Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad* -Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los DD HH, Ginebra, 1990-.

tran los niños peligrosos añade al problema una segunda discusión: la que trata las causas del delito, en un escenario que nos ayudará también a situar el horizonte polémico para el caso de los mayores. Los niños son personas en construcción que desarrollan determinadas capacidades aprendiendo a satisfacer ciertas necesidades. Unas y otras se construyen, modifican y moldean socialmente lo que luego definiremos como desviación,<sup>11</sup> a la vez que un número incontable de carencias y agresiones -a su integridad física y mental- empieza dibujando la categoría de delincuente. Su ratificación es fruto de un proceso social en el la profecía que acaba autocumplándose detrás de la puerta de la mayoría de celdas. Muchos más de los que salen quedan dentro o vuelven, igual que ocurre en la cárcel de adultos.

Centrémonos en los siguientes tres conceptos: protección, desviación, prevención y víctima. Desde su revisión podremos plantearnos varias preguntas acerca del modo en que la ley penal del menor plantea sus fundamentos y de los resultados que en realidad viene obteniendo durante el último lustro.

Protección: la ley de responsabilidad penal del menor señala la reeducación como primer propósito, pero el régimen cerrado acaba, como consecuencia de su propio funcionamiento, concediendo ese predominio al castigo ejemplarizante. De secundario a principal. De excepcional a general. El concepto de seguridad se desplaza y expande, en contra de la protección garantizada al niño en las Reglas de Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad.<sup>12</sup> Varios artículos del reglamento que regula la ley 5/2000 han sido recurridos en los tribunales por la Coordinadora estatal de solidaridad con las personas presas -CESPP-, apelando a su ilegalidad e inconstitucionalidad, como ya se consiguiera con el reglamento de extranjería. La ley recoge como derechos del menor que la entidad pública de la que depende el centro vele por su vida, su integridad física, sin que pueda ser sometido a trato degradante, malos tratos de palabra u obra, ni objeto de rigor arbitrario e

<sup>11</sup> *Normalización, socialización, adaptación, control, equilibrio, corrección...* son referencias a partir de las cuales se definen sus propios antónimos.

<sup>12</sup> Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/113 de 14 de diciembre de 1990 -Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los DD HH, Ginebra-.

innecesario, y sin embargo los mismos no son objeto de desarrollo por el reglamento. Sólo un raquíto artículo 58 regula brevemente la inspección de los centros por parte de la administración.<sup>13</sup>

Desviación: Kasperson definió el riesgo como un acto político consagrado por la comunicación.<sup>14</sup> La contribución de la comunicación social a la construcción de algo tan subjetivo como la percepción del riesgo resulta de seleccionar y categorizar. La noticia delimita espacios orgánicos e inorgánicos, normales y anormales, incluíbles y excluídos, desde la referencia permanente al riesgo, al peligro, al suceso, al daño. Tres son los pasos a dar -cálculo de la probabilidad, cálculo del daño posible y promoción de las respuestas<sup>15</sup> - para construir la percepción del riesgo por encima de su existencia o incremento real y apoyarse en los estereotipos sociales que la propia comunicación fija. Ésta revela sus concepciones sociales y morales acerca de las instituciones en que se proyecta, así como determinados intereses sociales canalizados por los medios. Comunicación masiva y gestión preventiva comparten y se transmiten los resultados del mencionado proceso de selección, de forma que cualquier criterio para el enfoque del riesgo resulta delimitador del orden e identificador de la desviación: técnica, económica, psíquica, sociológica, culturalmente. Obviamente, se trata de valoraciones del riesgo definidas en función de los grupos prevalentes en la sociedad.

Prevención: el derecho penal preventivo y su alter ego represivo ocupan cada vez lugares más comunes a ambos. No puede ser de otro modo. Sin replantear los métodos de resolución de conflictos, sólo cabe la dimensión preventiva del derecho penal mediante intervenciones secundario-terciarias,<sup>16</sup> situacionales

<sup>13</sup> Rueda de prensa de APDHA (Asociación pro-derechos humanos de Andalucía) sobre el nuevo reglamento que desarrolla la ley penal del menor. Septiembre de 2004.

<sup>14</sup> Cit. por María José Bernuz en *De la protección de la infancia a la prevención de la delincuencia* -El Justicia de Aragón. Zaragoza. 1999-.

<sup>15</sup> María José Bernuz -*La percepción de los jóvenes antisociales como grupo de riesgo social- en La seguridad en la sociedad del Riesgo. Un debate abierto.* Da Agra, Domínguez, García Amado, Hebberecht, Recasens -eds.-, Atelier. Barcelona, 2003.

<sup>16</sup> Op. cit., página 69: para un desarrollo de las tres distinciones clásicas de la prevención: primaria, secundaria-curativa y terciaria-correctora.

antes que sociales y desde una perspectiva económica que se ha mostrado poco eficaz: subiendo el precio -mayor pena- se reduce la demanda -menor delito-. Descartemos cualquier reduccionismo. Ya dije en la introducción, seguramente parafraseando a quienes sí son expertos, que la prevención es social y no policial -menos aún punitiva-. Lo que de verdad asegura éxitos, ahorra dinero y disipa temores gratuitos al contribuyente es la intervención temprana desde programas de intervención primaria basados en el apoyo a niños y familias.<sup>17</sup> Poco tiene que ver nuestro sistema de protección y reforma con la reafirmación del ideal de rehabilitación o con el trabajo de cambio social y cultural necesario para ello. Es obvio que a la inflación preventiva del discurso le acompaña la coletilla de policial. Como en esa respuesta que da Humpty Dumpty en Alicia en el país de las maravillas, comprobamos que quien manda puede cambiar el significado a las palabras: el control proactivo no es lo mismo que la prevención. El delito se reduce desde criterios tan anticuados ya como la cohesión social y el trabajo comunitario, acercando a las personas y tejiendo vínculos y objetivos comunes a ellas. Pero es ésa una opción poco escogida, sin duda, por lo menos mientras cambiar el significado de las palabras siga resultando tan fácil.

Víctima: al hablar de víctimas hemos de identificar a sus respectivos victimarios. Como ya se ha dicho, eso ha de incluirse en un análisis delicado y complejo. Es importante no mezclar aspectos independientes de un mismo drama. La atención a la víctima y la protección de los derechos del infractor no tienen porqué chocar en ningún momento, igual que los castigos más duros no tienen porqué resarcir más del daño.<sup>18</sup> En planos más o menos diferentes, el agredido es víctima y el agresor también. Por lo menos uno de ellos será menor de edad, y la manera más educativa y constructiva de resolver los conflictos más frecuen-

<sup>17</sup> *Fundamentos científicos de la ley de responsabilidad penal del menor.* Vicente Garrido Genovés, Universidad de Valencia. 2001.

<sup>18</sup> Asociar la reclamación de penas más y más duras con la condición de víctima del reclamante es un error que, de instalarse, pone en riesgo la pervivencia de garantías y principios inviolables del proceso penal. En lugar de reclamar una *protección garantista* para el niño, nos encontraríamos exigiendo esa entelequia que es la *punición preventiva*.

tes -insisto en que estamos hablando de menores de edad- es la mediación. La exigencia de máximas responsabilidades a los niños sin haber garantizado sus derechos fundamentales -ni fuera ni dentro de la cárcel- representa un proceso de culpabilización de la víctima que colectivamente se traduce en criminalización de la exclusión. Y una vez encerrados, cada vulneración de sus derechos estará teniendo lugar bajo tutela de la administración pública responsable de esos niños.

Del mismo modo que la LOGP -una de las más violadas de nuestro ordenamiento- ha venido legalizando realidades impuestas mediante sucesivas reformas en los últimos años, una tendencia involucionista determina los cambios recientes en la legislación sobre menores. El reglamento 1774/1994 también convierte en legal lo que en la práctica totalidad de centros venía ocurriendo indefectiblemente, dando un pasito más en dirección a convertir excepciones en normas. La propia administración se salva de la ilegalidad con un método que sólo ella maneja, pero sólo lo consigue parcialmente, en una actualización legal periódica que conlleva el doble filo de la sustitución de una responsabilidad social menguante por un discurso punitivo en auge. En la medida que esta tendencia se siga aproximando a visiones del delincuente como autor alejado del orden<sup>19</sup> de modo voluntario, consciente y permanente, podremos hablar de una teoría penal del enemiguito que trata al niño peligroso como al adulto.<sup>20</sup>

## 2. Lo que la Ley 5/2000 dice y lo que la institución de la reforma produce. Los pequeños enemigos y el fin de la responsabilidad social

He aquí una breve revisión cronológica de la legislación sobre menores infractores:

<sup>19</sup> Remito al lector a las *novedades* contenidas en el reglamento -RD 1774/2004- que se mencionan en el capítulo tercero.

<sup>20</sup> Célebre declaración de José María Aznar que se encuentra ya *duopolizada* por ambos bandos del bipartidismo parlamentario. Un lúcido retrato de esta tendencia confluyente realizado por Manuel Cancio se encuentra en Jakobs, G. y Cancio Meliá, M. -2003-. *Derecho penal del enemigo*. Civitas. Madrid -página 69 a 75-.

**1948:** *Ley de Tribunales tutelares de menores y reglamento*, paternalista, sin garantías y multifuncional -para *protección y reforma* a la vez-.

**1985:** *Ley Orgánica del Poder Judicial -LOPJ-*. Obliga a los jueces a ser profesionales de la carrera judicial y crea los Juzgados de Menores en 1986, dentro de la estructura penal.

**1987:** Contraviniendo la decisión tomada en España dos años antes, la Resolución 87-2º de 17 de septiembre del Comité de Ministros de la CE señala que *los jóvenes son seres en evolución y, por consiguiente, todas las medidas adoptadas respecto a ellos deberían tener un carácter educativo*, recomendando la desjudicialización y previniendo contra la absorción por la justicia penal.

La Ley 21/87 de *Reforma del Código Civil* aparta la protección de los juzgados de menores y transfiere a las CC.AA. esas competencias, administrativizando los procesos y obviando la autorización judicial dentro de éstos.

**1991:** La STC 36/91 declara inconstitucionales algunos preceptos de la ley de 1948.

**1992:** Copiando los contenidos del Procedimiento Abreviado de lo criminal para adultos y suavizando su lenguaje, la LO 4/92 regula el procedimiento judicial para niños entre 12 y 16 años, como primer paso para la criminalización de los niños. Los fiscales pasan de defender al niño a impulsar el procedimiento.

**1995:** El nuevo Código Penal establece en 18 años la mayoría de edad penal.

**1996:** La *Ley de Protección Jurídica del Menor* sucede a las normas que en ese ámbito habían sido promulgadas desde algunas CC.AA.

**2000:** La LO 5/2000 *reguladora de la Responsabilidad Penal del Menor* entra en vigor en enero de 2001, implantando un derecho penal algo más suave que el de adultos.

**2001:** *Ley 12/2001 sobre infancia y adolescencia en Aragón*.

**2004:** RD 1774/2004 *por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 5/2000*. Entra en vigor en marzo de 2005 y supone un salto cualitativo más hacia la afirmación de un derecho penal *puro y duro* para los niños.

En 1989, el informe de Cáritas española -¿Tratamiento penal para menores?- adelantaba:

El niño no es visto ya como ser en peligro digno de protección, sino como ser peligroso frente al que los adultos deben protegerse.

Hoy podemos decir lo mismo con más certeza, a pesar de que haya pasado un lustro desde la llegada a nuestros reformatorios de la ley 5/2000, de sus fundamentos científicos y de los retos y criterios que éstos introducen en el texto. Esta ley instaura un procedimiento judicial flexible que dice perseguir la adecuación a las circunstancias del menor. Algunos de sus planteamientos más relevantes son:<sup>21</sup>

-Una fundamentación teórica acerca de la formación de la conducta que, por las propias condiciones del relato jurídico en que se incluye, en ningún caso replantea el delito como variable de cada modelo explicativo propuesto. El delito es en realidad un factor simbólico instalado en el proceso social desde el que construye su significado y en el que el ordenamiento penal actúa como un agente más, en permanente relación con otros elementos -educación, familia, redes sociales, servicios públicos,... pero la ley -no puede ser de otra forma- apoya su sentido en el delito como referente.

-Como bases de tal marco teórico: la competencia social, la integración del individuo en un grupo prosocial y la responsabilidad.<sup>22</sup>

-La coordinación multidisciplinar se dice necesaria para el desarrollo de lo expuesto en la ley y se habla también de una individualización al máximo de los programas reeducativos.

-También se reconoce explícitamente en la ley que hay jóvenes de elevada peligrosidad que requieren medidas y programas especiales. A pesar de que el criterio es el tipo de delito cometido, se presenta como excepción la diferencia entre 4 y 8 años de encierro máximo en caso de delitos con violencia, según el niño sea menor o mayor de 16 años. La ley establece también que el estudio de la personalidad del joven ha de poseer carácter vinculante para la imposición de la medida.

<sup>21</sup> *Fundamentos científicos de la ley de responsabilidad penal del menor*. Vicente Garrido Genovés, Universidad de Valencia. 2001.

<sup>22</sup> Bases legítimas pero incompatibles con la estructura física y reglamentaria de nuestros centros de menores.

Una vez expuesta su declaración de intenciones, preguntémonos por el modo en que la ley decide promover el control por la persona o forzar el control a la persona. El primero -por- implica autocontrol, apoyo social, un modo de control más o menos informal ejercido por y en la comunidad; el segundo -de- responde a sucesivas reformas restrictivas, la mano dura demandada desde la creación de opinión y una tendencia a ver al menor delincuente como un elemento irrecuperable de la sociedad.<sup>23</sup> Huelga decir que la segunda vía de control gana, aunque la relación entre apoyo social y delito es inversa y está demostrada.<sup>24</sup>

A este respecto hemos de tener en cuenta que la ley ha pasado cuatro años sin el reglamento que debía regular, entre otros aspectos: las visitas, los permisos, la protección efectiva de los derechos del menor o el régimen disciplinario. Hasta marzo de 2005, cada C.A. era responsable de reglamentar la ley en sus centros. Contra ocho de esos centros existen unas veinte denuncias por malos tratos y abusos.

Las tres ideas que parecen vertebrar el discurso legitimador de la cárcel como institución de control descansan sobre la explicación del origen del delito, la medida de su grado/gravedad y las formas de respuesta más eficaces posibles: delimitando el ámbito de lo posible se simplifica la descripción y se desvía la lógica de los hechos.<sup>25</sup>

Participando de todo ello, los canales masivos de comunicación producen el mensaje -que se supone conducido- desde la población al legislador y viceversa, insertos en un triángulo dinámico, acumulando gran potencia movilizadora<sup>26</sup> y actuando permanentemente sobre los otros dos agentes del sistema descrito.

<sup>23</sup> Véase la siguiente ecuación y determínese una previsión intuitiva de la evolución punitiva dedicada a nuestros hijos: *consciente + responsable + irrecuperable = culpable + necesariamente inocuizable*.

<sup>24</sup> Tanto desde la ralentización de los procesos inflacionistas de construcción social del delito como por la vía de una menor comisión efectiva de *delitos*.

<sup>25</sup> *Lo que Pedro dice de Juan dice más de Pedro que de Juan...* según cómo se acuñe, construya y gestione el *delito*, obtendremos sobre el discurso que pronuncia el adjetivo *delincuente* más información que sobre quienes son calificados de ese modo -los que en realidad son *delinquentes fracasados*-.

<sup>26</sup> Un desarrollo más amplio a este respecto se encuentra en *El aparato capitalista de comunicación masiva como gestor simbólico del riesgo* -D. Jiménez. *Curso de doctorado: Políticas sociales y sociedad del riesgo*, U.Z., 2004-.



# Nom a

Como comunicación masiva, selecciona, transmite e influye; pero su particularidad histórico-económica-social-cultural-ideológica sustancia esas funciones desde la manipulación, la venta y la persuasión. Es innegable el papel protagonista que la alarma social ha venido representando en las reformas penales para niños implementadas durante la última década. Y el concepto de víctima está presente en todos los guiones de la alarma social. Como si la garantía de los derechos de la persona judicializada fuese el principal adversario de la atención y del resarcimiento que demanda la víctima, ésta reclama más castigo desde su condición de víctima. El ojo por ojo corre riesgo de instalarse en nuestras formas de empatizar con la pantalla, si toda nuestra idea de solidaridad se traduce en un mayor número de voces incorporadas a ese coro amplificado que no se cansa de repetir: ¡que pague, que pague!

No se equivocará quien encuentre poquita relación entre una condena ejemplar y el resarcimiento o la restitución del daño a las víctimas, independientemente del tipo de delito.

Seguimos hablando de que los delincuentes salen por una puerta y entran por otra, de que las penas son insuficientes, sin mirar a las cifras sobre el incremento de la población penitenciaria en los últimos años. Desde la entrada en vigor de la Ley 5/2000, en la Comunidad de Madrid se ha multiplicado por cuatro el número de centros de internamiento judicial de menores y

el número de internamientos también ha crecido, así como la duración de éstos. Más motivos para presumir más poder a la comunicación masiva como amplificadora de un discurso poco correspondido con la realidad.

Algunos ejemplo de todo ello los encontramos en la participación en el proceso de la acusación particular que la Ley 5/2000 contempla;<sup>27</sup> en la ampliación de penas -medidas- hasta la duración de diez años; en la posibilidad de sustituir una medida quebrantada por otra más restrictiva de libertad que la anterior;<sup>28</sup> en la introducción de ambigüedades<sup>29</sup> como interés del menor, supuestos de extrema gravedad, grave riesgo para la vida o la integridad física, violencia o intimidación;... incluyo intencionadamente los últimos casos para hacer énfasis en lo delicado de la situación: el peso de la norma y la presión ejercida sobre el juez no facilitan la comprensión global de las circunstancias agrupadas en ese momento de inflexión de la vida del niño. Por no hacerlo, resuelven la contradicción educación-castigo a favor del segundo, de modo que el problema del procesado acaba eclipsado por el procesado como problema. El niño que vive en peligro se convierte así en peligro, pero no por ello abandona su condición anterior. Su problema sigue igual o peor, por mucho que durante el encierro coma cada día y duerma bajo techo.<sup>30</sup>

<sup>27</sup> El Artículo 25 permite a la acusación particular personarse en el procedimiento, *tanto en la fase de instrucción como en la audiencia, cuando los hechos tipificados como delitos se atribuyan a personas que hayan cumplido los 16 años en el momento de la comisión de los hechos, con violencia o intimidación o grave riesgo para la vida o la integridad física de las personas.*

<sup>28</sup> Según el Artículo 50, si la medida quebrantada no es privativa de libertad, se prevé la sustitución por internamiento en centro semicerrado, a propuesta del fiscal, oído el letrado, el representante del menor y el equipo técnico.

<sup>29</sup> Y de las ambigüedades a las arbitrariedades. Se trata de lugares difusos de la terminología que derivan en una mayor flexibilidad e instrumentación del texto. Inseguridades jurídicas, en definitiva, que abren espacios a la influencia de agentes externos sobre ciertas sentencias o describen zonas *de riesgo* en la aplicación del texto legal.

<sup>30</sup> Otro argumento popular y socorrido acerca de *lo desagradecidos que son los -niños- delincuentes*. No me detendré en los ejemplos de vulneración en los *reformatorios* de lo establecido en la ley. Baste con decir que son frecuentes, muchos de ellos constitutivos del encierro y otros justificados en la falta de medios, y que en el caso de los niños el hecho es especialmente flagrante -y tanto niños como adultos presos son personas bajo tutela y responsabilidad de la administración...-.

### 3. Un reglamento para la ley penal del menor. Novedades y eternidades penales. Niños más culpables

El Real Decreto 1774/2004 -de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores-, es resultado de las tensiones entre los endurecedores de la ley -responsables políticos-, los defensores de la forma de gestión aplicada<sup>31</sup> -CC.AA.- y los demandantes de organización y concreción -jueces y fiscales-. Son tres intereses de muy distinta índole que dan lugar a un reglamento con cuatro puntos débiles principales:<sup>32</sup>

- vulneración de los derechos de los menores.
- dotación de mayor seguridad jurídica al régimen disciplinario.
- avance en las soluciones extrajudiciales.
- injerencias en aspectos cuya regulación corresponde a ley orgánica.

Los siguientes párrafos contienen referencias a algunos de los artículos más discutibles del reglamento:

-En caso de duda sobre la edad del menor -ni siquiera se habla de sospechas más o menos fundadas-, éste se encomienda a la jurisdicción de adultos -artículo 2.9-. Antes, se suponía la minoría de edad hasta la obtención de una prueba -radiografías, documentación,...

-El reconocimiento en rueda se sitúa entre las actuaciones de la policía judicial -artículo 2.10, que permite su realización en sede policial previa autorización del fiscal o del juez de menores-. Se trata de una diligencia para la que la legislación de adultos exige la presencia del juez y la jurisprudencia ha tratado desde el estricto cumplimiento de garantías. La propia Ley 5/2000 encomienda al juez de menores la práctica de las diligencias restrictivas de derechos -salvo la detención- y el artículo 369 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece que corresponde al juez de menores la práctica de esta diligencia.

<sup>31</sup> Un ejemplo muy gráfico de lo acontecido en Zaragoza se relata en *El negocio de I@s niñ@s delinquir@s. Un capítulo reciente de la reforma en Zaragoza*. Dani Jiménez y Javi Ichaso. Revista Rescaldos. Junio de 2005.

<sup>32</sup> Un desarrollo crítico más amplio en: *Acerca del llamado reglamento de la ley penal del menor que esta democracia reglamenta*. Patricia Fernández y Gonzalo Romero. CAES. Diciembre de 2004.

-El traslado de los menores corresponde a las fuerzas y cuerpos de seguridad del estado sólo cuando existe un riesgo fundado para la vida o la integridad física -artículo 35.5-, cuestión que aparece en la práctica, como muchas otras, claramente condicionada por la repercusión mediática que conllevaría una posible fuga del menor.

-Dado que cualquier restricción de derechos ha de estar explícitamente justificada en la ley o en la sentencia que se ejecuta, no parece muy coherente -desde un punto de vista estrictamente jurídico- que el artículo 7 se refiera a tales restricciones hablando del sentido de la medida impuesta. En el papel queda plasmada una prevalencia de la seguridad sobre la confianza -que es base de la prevención-.

-Se recoge la posibilidad de soluciones extrajudiciales -artículo 5- como la mediación, la reparación o los trabajos socio-educativos, pero el recurso a éstos supone a veces una tentación para los fiscales que gusten de economizar el proceso, más que una búsqueda efectiva de sus fines. Pareceré menos suspicaz si recordamos que no hay un solo artículo en el texto que hable del aspecto educativo -la declaración de principios del artículo 6 es sólo eso-:

nada se dice de los requisitos aplicables a educadores, técnicos o vigilantes, como tampoco hay referencia, por ejemplo, a las cantidades y categorías de profesionales que han de formar los equipos.

-Cada centro podrá desarrollar la normativa interna de funcionamiento. En el reglamento se distingue las correcciones educativas de las sanciones disciplinarias. Ello puede ocultar un endurecimiento efectivo de las condiciones de vida en los centros, bajo la condición añadida de que todo trabajo educativo requiere de cierta discrecionalidad. Las correcciones educativas se convierten fácilmente en sanciones ajenas a cualquier control. Los beneficios o incentivos apenas son mencionados en un reglamento que se supone sujeto en primer lugar a criterios educativos o socializadores, aparte los mecanismos de control que resultan de la práctica reglamentaria habitual de los centros.

-El menor podrá ser trasladado a un centro de una CA diferente al del Juzgado de Menores que haya dictado la resolución de internamiento, previa autorización de éste, cuando la entidad pública competente, por razones temporales de plena ocupación

de sus centros o por otras causas carezca de plaza disponible adecuada al régimen o al tipo de internamiento impuesto -artículo 35-.<sup>33</sup>

-Entre otras cuestiones, la capacidad discrecional del director del centro para suspender las visitas convierte ese régimen en tanto o más restrictivo que el de los mayores.<sup>34</sup> Y entre las razones de esa suspensión encontramos otra ambigüedad: el caso de que se advierta un comportamiento incorrecto... o se entienda que afecte negativamente al desarrollo integral de la personalidad.

-Los registros de la persona del menor -artículo 54.5d- son una copia literal de los cacheos regulados en el artículo 68 del Reglamento Penitenciario.<sup>35</sup> Se obliga al desnudo integral por motivos de seguridad concretos y específicos si existen razones contrastadas -otra ambigüedad-. No hay referencias a los registros de celda, sólo se señala que los registros se harán normalmente en presencia del menor.

-Se autoriza el empleo de medios de contención personal, sujeción mecánica, defensas de goma<sup>36</sup> y aislamiento provisional. Todo eso ya se empleaba y practicaba en los centros. El artículo 55 copia el artículo 72 del Reglamento Penitenciario, sustituyendo en el texto los medios coercitivos de los adultos por medios de contención.

-La concesión de permisos de salida queda en manos de los centros, anulando la facultad revisoria del juez: para el acceso a tales permisos se establece el requisito de que se hayan previsto en el programa individualizado de ejecución de la medida -

<sup>33</sup> El reglamento trata a los *menores* como mayores y sobrepasa en ocasiones la delegación de la ley. Además de reglamentar supuestos no previstos por la ley, ese artículo 35 establece intereses administrativos contrarios al interés del menor.

<sup>34</sup> Mínimo de dos visitas semanales que se pueden acumular en una sola, con un tiempo mínimo de 40 minutos por *comunicación*. Entrada máxima de cuatro personas por comunicación.

Una visita de convivencia familiar de tres horas y un vis a vis mensual.

Dos llamadas telefónicas de 10 minutos cada semana.

<sup>35</sup> Por lo menos en el centro de reforma San Jorge de Zaragoza ya se obligaba a los niños a desnudarse y realizar las *tres flexiones* desde años atrás.

<sup>36</sup> El artículo 5 del Real Decreto 137/1993 que *aprueba el reglamento de armas* considera armas las defensas de goma, y la resolución 45/113 de la ONU prohíbe portar y utilizar armas al personal de los centros de detención de menores.

artículo 45.4d-. De otra parte, el artículo 52.2 deja sin efecto el permiso en caso de que el menor se vea imputado por otro hecho constitutivo de infracción penal, obviando el principio de presunción de inocencia en aras de la seguridad.<sup>37</sup> Al respecto de los permisos extraordinarios,<sup>38</sup> el artículo 47 copia y endurece el reglamento penitenciario: de siete días a cuatro.

-El régimen disciplinario y su procedimiento -artículo 59- copian el Reglamento Penitenciario reduciendo los plazos y considerando como faltas muy graves algunas de las que para los mayores se consideran graves.<sup>39</sup> En el artículo 63, para más inri, se considera falta grave agredir, amenazar o coaccionar de manera leve.

-Se reconoce al menor el derecho a nombrar abogado -artículo 17 Ley 5/2000- y el derecho a entrevistarse reservadamente con él, acompañando dos puntos críticos más: la contemplación de un requisito no previsto en la ley y la vulneración del derecho de defensa.<sup>40</sup> Se exige al abogado la acreditación como defensor o representante en alguna causa que se siga contra él -contra el niño, se entiende-, pero olvidando que la asistencia jurídica es más que la simple defensa técnica en el proceso. Además, el texto olvida que el menor también puede ejercer como denunciante y que existen más campos de su interés; no sólo el penal.

-Estarán estrictamente prohibidas todas las medidas disciplinarias -...- que constituyan un trato cruel e inhumano -...-, la reclusión en celda oscura y las penas de aislamiento o de celda solitaria -...-. Están también prohibidas aquellas sanciones que puedan poner en peligro la salud física y mental del menor -artículo 67 de las Reglas de Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad-.

El artículo 65 del reglamento le llama separación de grupo y el artículo 66 reconoce esa afectación a la salud del menor al declarar que se dejará sin efecto la sanción de separación del

<sup>37</sup> El motivo es evitar la huida o la reiteración delictiva, y el instrumento elegido en tal escenario sólo puede ser de ese tipo y producir esas consecuencias.

<sup>38</sup> Por enfermedad, fallecimiento de familiares, nacimiento de un hijo.

<sup>39</sup> Por ejemplo: introducir drogas, consumirlas o poseer objetos prohibidos. Se considera *falta muy grave* retornar al centro tras la hora prevista, aun en el mismo día.

<sup>40</sup> Al respecto del derecho a la libre elección de abogado y a la asistencia jurídica.

grupo en caso de que afecte a la salud física o mental. En los artículos 68 y 69 se restringe a siete días o cinco fines de semana la duración del aislamiento,<sup>41</sup> limitando sobre el papel la repetición de casos de hasta 50 días seguidos de separación.

Desde el artículo 23 hasta el 85, tres cuartas partes del reglamento dedican sus artículos a regular el régimen de internamiento. Sin embargo -aparte el artículo 58, sobre la inspección de los centros por parte de la administración-, ni un solo artículo se dedica a desarrollar la protección de la integridad física, el no sometimiento a trato degradante, los malos tratos de palabra u obra, el rigor arbitrario o innecesario. El niño es responsable de la entidad pública de la que depende el centro y bajo cuya tutela vivirá encerrado.

#### 4. Acerca de los síntomas y las causas de una complejidad ignorada. Conclusiones

¿Puede calificarse de antisocial un producto social?

Si los menores son parte y producto de nuestra sociedad, ¿tiene sentido analizar el riesgo para el menor y el riesgo para la sociedad en términos de incompatibilidad?

¿Es la imposición creciente de responsabilidades y culpas individualizadas un resultado configurado por la propia lógica de la sociedad en que ocurre?

¿Guarda alguna relación nuestra sociedad individualista, movilizadora al margen de la prosocialidad, con la institucionalización del riesgo?

¿Qué es la responsabilidad social o colectiva?

¿Cualquier reclamación de adhesión y colaboración implica una mejora en el sentimiento de seguridad colectivo?

¿Las mayorías creadas en torno a una demanda normativa son verdaderamente capaces de consensuar y compartir?

Dar respuesta al ser y al deber ser de estas preguntas implica el reconocimiento de una lógica que parece instalada en los roles y modos de relación propuestos y promovidos por nuestro actual sistema de organización social. El discurso de

<sup>41</sup> La suma de varias sanciones no superará esa cifra.

este sistema se vale de subsistemas como la comunicación masiva, las relaciones de producción económica o la justicia penal, y un elemento de creciente arraigo en ese discurso es el que identifica el castigo del transgresor como condición necesaria para el resarcimiento de la víctima. En el dudoso carácter prosocial que presenta esta lógica no parece necesario ahondar. Será acaso más interesante analizar cómo las condiciones psicosociales de nuestro vivir cotidiano en la sociedad archipiélago<sup>42</sup> pueden llegar a movilizar emotivamente a un sujeto hasta el punto de desear un óptimo negativo: el perjuicio del Otro sin beneficio propio. Como dándole la vuelta incluso al concepto paretiano, llegamos a la consecuencia extrema y perversa de ese planteamiento que construye y gestiona perjuicios potenciales -riesgos- en términos de suma negativa -suma cero-: si el beneficio del Otro implica mi perjuicio, ¿el perjuicio del otro deberá reportarme beneficio?

El creciente predominio de la punición sobre la resocialización y su apoyo desde el aparato que promueve y amplifica la demanda normativa<sup>43</sup> nos permite defender los argumentos suficientes para, por lo menos, reclamar un debate urgente: ¿reciben nuestros niños con problemas una protección integral efectiva o, muy al contrario, los vemos como algo ajeno y peligroso para nosotros mismos? ¿Son nuestros hijos o son nuestros enemiguitos?

**Los problemas esenciales jamás son parcelables, y los problemas globales son cada vez más esenciales -...- el reto de la globalidad es entonces, al mismo tiempo, un reto de complejidad -...- hay complejidad desde el momento en que los diversos aspectos que constituyen un todo -como el económico, el político, el social, el psicológico, el afectivo, el mitológico- son inseparables y tienen una forma independiente, interactiva e irretroactiva entre las partes y el todo, el todo y las partes -Edgar Morin-.**<sup>44</sup>

<sup>42</sup> El término acuñado por *Foucault* me parece muy acertado a la hora de resumir las características de un orden social que tiene mucho más de sociedad atomizada que de comunidad.

<sup>43</sup> La comunicación masiva envía mensajes verticales y unidireccionales que materializan la comunicación entre sociedad, legislador y sistema penal -y sus instrumentos-.

<sup>44</sup> Citado por A. Recasens -Globalización, riesgo y seguridad- en *La seguridad en la sociedad del Riesgo*. Un debate abierto. Página 369.

## Bibliografía

- APDHA (Asociación pro-derechos humanos de Andalucía). *Niños peligrosos o niños en peligro*. 2001.
- APDHA (Asociación pro-derechos humanos de Andalucía). *Rueda de prensa sobre el nuevo reglamento que desarrolla la ley penal del menor*. Septiembre de 2004.
- BERGALLI, R. -coordinador-. *Sistema penal y problemas sociales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.
- BERNUZ BENEITEZ, M. J. *De la protección de la infancia a la prevención de la delincuencia*. Zaragoza: El Justicia de Aragón, 1999.
- BOURDIEU, P. -director-. *La miseria del mundo*. Buenos Aires: FCE, 1999.
- CESPP (Coordinadora estatal de solidaridad con las personas presas). *Manifiesto de la sobre el reglamento que desarrolla la ley penal del menor* (recurrido por dicha organización ante el Tribunal Supremo). Febrero de 2005.
- CESPP (Coordinadora Estatal de Solidaridad con las Personas Presas). *Informe: Muertes bajo custodia en el Estado español, 2001-2004*. Abril de 2005.
- D. A. DOMÍNGUEZ, GARCÍA AMADO, H. Recasens -editores-. *La seguridad en la sociedad del Riesgo. Un debate abierto*. Atelier. Barcelona, 2003.
- FERNÁNDEZ, P. y ROMERO, G. *Acerca del llamado reglamento de la ley penal del menor que esta democracia reglamenta*. CAES. Diciembre de 2004.
- GARRIDO GENOVÉS, V. *Fundamentos científicos de la ley de responsabilidad penal del menor*. Universidad de Valencia, 2001.
- JIMÉNEZ, D. e ICHASO, J. El negocio de l@s niñ@s delinquit@s. Un capítulo reciente de la reforma en Zaragoza. *Revista Rescoldos*. Junio de 2005.
- MARTÍNEZ REGUERA, E. *Cuando los políticos mecen la cuna*. Madrid: Ediciones del Quilombo, 2001.
- MARTÍNEZ REGUERA, E. Pobres niños pobres. *Nodo 50*. 2003.
- MOLIMO (Asociación aragonesa para la promoción y la defensa de los derechos de infancia y adolescencia). *Principales novedades de la Ley 5/2000 de responsabilidad penal de menores*. Zaragoza, 2001.

- RÍOS MARTÍN, J.C. SEGOVIA, J.L. *La infancia en conflicto social*. (1998). Madrid: Ediciones Cáritas.
- VV.AA. *Las cárceles de la democracia. Del déficit de ciudadanía a la producción de control*. Bajo Cero. Madrid, 2005.