

Tendencias actuales de la política criminal y sus relaciones con el derecho penal juvenil

Montevideo, 26 de julio de 2013
Ciclo de conferencias sobre justicia penal adolescente
UNICEF

Prof. Francisco Muñoz Conde*

Me propongo hablar de algunas tendencias actuales del derecho penal que lo recorren como un fantasma. Son tendencias negativas, tendencias regresivas, tendencias reaccionarias que están invadiendo todos los ámbitos del derecho penal y desgraciadamente también el derecho penal de menores. Se caracterizan por un renacimiento del aspecto más duro y reprobable que ha mostrado el poder punitivo del Estado. En esta línea se inscriben las propuestas de bajar la edad de imputabilidad penal, un tema que desgraciadamente se han puesto de moda, en especial ahora, con este proyecto de reforma de la Constitución uruguaya.

En una obra clásica de los años cincuenta, Giuseppe Bettiol hablaba de un derecho penal “de sangre y de lágrimas” para caracterizar al derecho penal anterior al iluminismo, a la ilustración, al siglo XVIII, que fueron los grandes precursores de una humanización del derecho penal en aquel contexto. Si lo juzgamos desde el punto de vista actual, muchas cosas serían criticables, como el mantenimiento de la pena de muerte, y uno puede pensar en lo que sería aquella época si esos eran los humanistas. Bueno, lean en las ordenanzas filipinas (no de las islas, sino de los Felipes) y brasileñas cómo se castigaba a los homosexuales bajo el dominio de los reyes de España, que también eran reyes de Portugal, o lean en sus primeras páginas la descripción impresionante de la Inquisición en Francia en 1756, poco antes de la Revolución Francesa. Por eso, todo en la vida es relativo. Un derecho penal más progresista en aquel contexto era abolir la pena de azotes, el tormento, la pena de muerte.

Hoy deberíamos tener un derecho penal mucho más avanzado, en el que esas cosas ni se discutirían; sin embargo, están renaciendo, y con cierta tendencia a convertirse en modernas teorías del derecho penal. ¿Por qué? Porque el derecho penal se está considerando cada vez más como un instrumento de guerra, contra un enemigo, y al final resulta que en la guerra todo vale. Se utilizan todo tipo de medios, legítimos o ilegítimos, da lo mismo. Es preciso llegar al objetivo, y para ello pueden servir la bomba atómica o Guantánamo. El derecho penal también tiene su bomba atómica y su Guantánamo ahí, en su arsenal histórico, en su memoria, y basta desempolvarlos un poco y ponerlos de nuevo en marcha. Que vuelvan a plantearse temas como la pena de muerte, como se plantea aquí, en China, en Estados Unidos, en Japón... Esto es lo que

* Doctor en Derecho por la Universidad de Sevilla, catedrático de Derecho penal de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla, España. Desde 1970 ha desarrollado su actividad docente en Parte general y Parte especial del Derecho penal, Derecho penal económico, Criminología, Política criminal y Derecho penitenciario tanto en los cursos de la Licenciatura como en cursos de Doctorado en diversas Universidades españolas, europeas, latinoamericanas, norteamericanas, japonesas, coreanas y chinas. Director de proyectos de investigación criminológico y reforma penal. Autor de múltiples publicaciones y artículos en revistas jurídicas de varios países y en varios idiomas, español, portugués, italiano, francés, alemán, inglés, chino, coreano, japonés. Merecedor de varios premios, doctorados y otros méritos docentes y de investigación.

vengo observando últimamente en todos los ámbitos del derecho penal, pero con más preocupación en el ámbito del derecho penal de menores.

La prisión perpetua existe en todos los países europeos menos en España, donde se la quiere reintroducir, a pesar de que la Constitución habla de la *reinserción social* como fin primordial de la cárcel. Imagínense: pena perpetua y reinserción social, ¿para qué?, ¿para que la persona quede reinsertada en la cárcel hasta que se muera? También está el famoso tema de la *custodia de seguridad* que introdujeron los nazis en el derecho penal alemán y que provocó que Alemania fuera condenada por el Comité de Derechos Humanos, porque llegó a aplicarse, e incluso con efecto retroactivo. ¿En qué consiste la custodia de seguridad? Usted cumple la pena a la que ha sido condenado, pero ¡ah!: usted es peligroso y entonces no puede salir en libertad. Ahora, ya no es la pena que supone su culpabilidad y que ha sido medida, sino una adición que se llama *medidas de seguridad*. Por este mecanismo se consigue que el sujeto quede de por vida privado de libertad en la medida en que subsista su peligrosidad. Es el concepto de delincuente como fuente de peligro, como enemigo al que hay que controlar, y si la sensibilidad actual ya no nos permite eliminarlo físicamente a través de la pena de muerte, lo eliminamos socialmente a través de su retención por el tiempo que sea necesario, aunque sea toda la vida, y ya no como pena, sino como medida de seguridad.

Estas son las cosas que estoy viendo últimamente en la España de la crisis económica y social. Hay un proyecto de reforma que contiene estas formas de sanción: volver a la prisión perpetua, que nunca tuvimos, y también introducir por primera vez en nuestro Derecho eso que en Alemania ha sido declarado inconstitucional, a raíz de la sentencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, que es la aplicación de una medida de seguridad que supone la privación de libertad indefinida del sujeto que ya había cumplido su pena, siempre que sea peligroso. El delincuente convertido en *fuentes de peligro* se considera *enemigo*. Para el derecho penal se transforma en un enemigo al que hay apartar, al que hay que abatir y que hay que evitar que contagie al resto de los miembros de la comunidad.

Ese renacimiento de una concepción que como un fantasma recorre el moderno derecho penal podría sintetizarse en dos eslóganes que en el ámbito internacional han tenido una enorme repercusión: en el ámbito de la moderna criminología se habla de *tolerancia cero* y en el ámbito jurídico se habla de *derecho penal del enemigo*. Esas son las dos notas principales en la actual política criminal de la mayoría de los Estados. Se pueden ubicar determinados sucesos históricos —el atentado terrorista de las Torres Gemelas en Nueva York, el incremento de la criminalidad urbana en las grandes ciudades norteamericanas, sobre todo— para ver por qué a partir de ahí los legisladores de los Estados democráticos han adoptado esas tendencias en sus propuestas de reforma del derecho penal.

Tres características de las viejas-nuevas tendencias

Sin entrar en el análisis de cada una de ellas, me gustaría destacar cuáles son las características comunes a esas tendencias. Por lo pronto, la primera de ellas sería una enorme *expansión del derecho penal*. Yo me crié en una época en la que, partiendo de la dictadura franquista, lo que había que hacer era despenalizar, descriminalizar. En la España de Franco teníamos un derecho penal casi confundido con la moral, influido por el nacionalcatolicismo, que penalizaba el

adulterio y hasta la venta de anticonceptivos, por no hablar de la discrepancia política o la existencia de partidos políticos.

Un viejo profesor decía: “Si despenalizamos, nos vamos a quedar sin materia. ¿Qué haremos los penalistas si abolimos el derecho penal?”. A mí no me preocupaba mucho eso, pero él tenía algo de razón en la medida en que el eslogan por entonces era “despenalice”. Pues ahora el eslogan ahora parecería ser “penalice todo lo que pueda, que algo queda todavía por penalizar”. Todo puede ser convertido en un delito, e incluso lo que no es delito se trata peor que si lo fuera. Solo con citar las leyes de migración tendríamos más que suficiente. En la muy vieja y civilizada Europa, el emigrante de por sí es objeto de criminalización directa; la inmigración ilegal se ha convertido en delito. Y en Estados Unidos en general las leyes migratorias son muy duras y a veces simplemente criminalizan la acción de migrar. Un problema que tienen allí es que el país vive de eso, ¿qué pasaría en los Estados Unidos si no existiera la inmigración ilegal, los once millones de inmigrantes ilegales?

Sobre todo se amplía la legislación penal a conductas predelictivas, muy alejadas de la puesta en peligro de bienes jurídicos, con el fundamento de que quizás en el futuro podrían llegar a ser conductas peligrosas. Si castigamos con severas penas el hurto de unos alimentos que valen unos pocos dólares en un supermercado, no estamos solamente castigando eso: estamos anticipando, previniendo que esas personas puedan cometer atracos a mano armada. Cortamos *el mal* de raíz. El derecho penal se aplica incluso a lo que ni siquiera es delito o es un delito de escasa gravedad, una de las llamadas *faltas*.

Esa característica iría acompañada de otra: las *penas draconianas*. En la Grecia clásica, Dracón disciplinó a la sociedad ateniense a través de penas terroríficas, implantando el miedo como política. Cuando en la actualidad hablamos de penas draconianas nos referimos a aquellas desproporcionadas respecto a la entidad del delito que las motiva. Podría ser, en caso de un delito contra la propiedad, sin mayor afectación de otro bien jurídico, la pena de muerte o una pena tan grave o casi como la del homicidio. Pena draconiana en definitiva es renunciar a la idea de proporcionalidad imponiendo sanciones que van más allá de las que corresponderían a la gravedad del delito.

Y una tercera característica de estas modernas tendencias y es que *el garantismo se convierte en un obstáculo* para la eficacia del derecho penal. Con una adecuada tortura, el sujeto canta hasta *La traviata*, y además eso se utiliza después como prueba en su contra. Se abandonan aquellas garantías que son derechos humanos reconocidos internacionalmente en las cartas constitucionales, como el derecho a no declarar contra sí mismo, el derecho a permanecer en silencio, el derecho a estar asesorado por un abogado desde el primer momento de la detención, el derecho a que se le informe a uno del delito de que se le acusa, el derecho al juez natural y no a las comisiones militares de Guantánamo. Garantismo es lo contrario a eficacia, y si queremos que el derecho penal sea eficaz debemos renunciar al garantismo. Renunciamos a los derechos en el proceso penal, aunque sean derechos humanos. ¡Caramba!

El que patrocina estas tendencias debe ser consciente de que no están muy dentro del ámbito del Estado de Derecho. En el Estado de Derecho, el derecho penal se inscribe en el ordenamiento jurídico. El delito queda perfectamente delimitado; no hay definiciones vagas o extrañas de una conducta simplemente inmoral o simplemente peligrosa. Se caracteriza por los principios de

proporcionalidad, de legalidad, de ofensividad —debe haber real peligro para un bien jurídico existente—, el de culpabilidad o de responsabilidad subjetiva en el ámbito procesal, el que en su día llamé *principio de intervención mínima*, la presunción de inocencia y la prohibición de utilizar pruebas obtenidas mediante tortura.

Si todo eso queda lesionado, deteriorado, y se argumenta por la seguridad y la eficacia, entonces volvemos al derecho penal “de sangre y de lágrimas”, con más o menos matizaciones. “Es algo desagradable, pero inevitable”, dicen quienes promueven este tipo de teorías.

No hace falta irse muy lejos, ni siquiera salir de este país para saber lo que son desaparecidos, los asesinatos y las torturas en las dictaduras de los países del Cono Sur. En la España franquista, que duró 40 años, en la Italia mussoliniana, en la Alemania de Hitler, en todo el mundo ese ha sido el derecho penal de las dictaduras, y ese es el derecho penal del que hay que salir definitivamente cuando se quiere instaurar un verdadero Estado de Derecho, que garantiza los derechos humanos y se basa en el principio democrático. Si elegimos esa vía, entonces hay una contradicción: ¿cómo puede existir el derecho penal del enemigo y de la tolerancia cero conculcando los derechos básicos del Estado de Derecho dentro del propio Estado de Derecho?

¿Se puede defender el Estado de Derecho con medios que no son del Estado de Derecho? Esa es una pregunta que hay que responder, y hay que hacerlo conforme a unos principios. A veces parece que los juristas nos guiáramos por aquella frase de Groucho Marx: “Estos son mis principios, pero si no le gustan, tengo otros”. Los juristas somos capaces de hacer verdaderos milagros con las palabras y con las ideas, y eso me preocupa sobre todo cuando se utilizan argumentos funcionalistas. Un autor alemán me decía: “Usted es un político del derecho y yo soy un científico. Yo escribo la realidad”. Es el primer penalista que no se pronuncia a favor ni en contra de la pena de muerte. “¿Qué describe usted?: ¿cómo funciona la silla eléctrica? Dígame si está a favor o en contra.” “No, esa no es mi misión; mi misión consiste en describir el mundo actual.” Desgraciadamente tiene razón: en el mundo actual coexisten dos derechos penales.

Cuando investigué el pasado oprobioso del famoso penalista Edmund Mezger —muy importante e influyente en el mundo latinoamericano en la elaboración dogmática, porque escribió uno de los grandes tratados de derecho penal, a mi juicio el mejor de la primera mitad del siglo XX—, descubrí que él, en los asesoramientos que hacía, hasta llegó a visitar los campos de concentración del régimen nazi. Lo más grave no es que lo hiciera. Durante 60 años todo el mundo pensó que lo suyo era la polémica sobre si la acción final o causal, si el dolo era el elemento del tipo de la culpabilidad, etcétera. Cuando descubrí ese colaboracionismo vergonzoso de asesoramiento, incluso de apoyo a proyectos genocidas del régimen nazi, encontré que él simplemente lo justificaba con las mismas palabras que hoy emplea algún autor alemán: “Es necesario reconocer la existencia de dos derechos penales: un derecho penal para el buen burgués, con todas las garantías del Estado de Derecho, y otro derecho penal para el enemigo, para el delincuente habitual”, lo que ahora sería cierto tipo de crimen organizado, el narcotráfico, el terrorismo. Entonces todas esas garantías ya no sirven para nada, porque allí hay que ir directamente al Estado policial y ese derecho penal es necesario para mantener el otro.

Ese autor alemán actual, de cuyo nombre prefiero hacer abstracción en este momento, tiene gran influencia en libros de por aquí, es visitante asiduo de estos países y doctor honoris causa por algunas de estas universidades. “Lo que hay que evitar es el contagio” entre un derecho penal y el otro, dice. “Sí, claro, tiene usted razón, pero hay que hablar al respecto. ¿Está usted de acuerdo con eso?”, le pregunto. “¿Usted lo que quiere es que yo acabe con Guantánamo? No tengo poder para acabar con Guantánamo”, me contesta. Y yo le digo: “Pues yo tampoco, pero por lo menos tengo el poder de criticarlo. Usted no lo hace. Haga eso; es lo único que le pido”. Puede ser que su planteamiento científico le impida ese tipo de toma de postura y se limite a constatar lo que de todas formas, para mí y para muchos de ustedes, bien por el pasado reciente de Uruguay, bien por haberlo experimentado en sus propios cuerpos o familia, es el derecho penal del enemigo llevado a su más amarga realidad.

Las nuevas tendencias en el ámbito del derecho penal de menores

¿Hay algún ámbito del derecho penal que se haya salvado, que no haya sido contagiado por esas últimas tendencias? Yo pensaba que, si en algún sitio se podía poner un valladar inexpugnable para que no hubiera esa contaminación, ese era el derecho penal de menores. Los niños y adolescentes requieren, por pura sensibilidad humana, un tratamiento distinto al del adulto en todos los sentidos. Todo nos impacta cuando un niño es víctima de abusos sexuales, de malos tratos o de explotación laboral. Esa explotación de la Inglaterra victoriana, la que llevó a Dickens a escribir *Oliver Twist*, describe el derecho penal de menores de la época más floreciente del Reino Unido desde el punto de vista económico, político e imperial. Pues... esa explotación sigue existiendo en muchos países. Además, está todo el tema de la pornografía infantil, de los abusos sexuales, del maltrato, del tráfico, etcétera, que nos preocupan y nos llevan a un derecho penal que en ese ámbito puede casi calificarse de un derecho penal de enemigo, de tolerancia cero, pero con el argumento del bien que tenemos que proteger.

¿Y qué hacemos con los menores? Bueno, por lo pronto, usted quiere protegerlos por esa vía indirecta de criminalizar todo lo que pueda afectarlos, pero, por favor no los convierta a su vez en víctimas de la represión punitiva. Eso es lo que está sucediendo paralelamente, de una forma muy contradictoria: por un lado los protegemos excesivamente, o queremos hacerlo —por lo menos ese es el eslogan ahora—, pero al mismo tiempo pensamos que son una fuente de peligro que tiene que ser muy controlada, muy enérgicamente controlada.

Entonces ahí de pronto aparece algo que empieza también como un fantasma a recorrer el mundo: rebajemos la edad de imputabilidad penal del menor. Si está en 18 años, por convenciones internacionales, volvamos a ponerla como antiguamente, en 16 años o en menos, pero además rebajemos la edad mínima, porque ¿cuándo comienza el menor a ser responsable?: ¿a los 14, a los 13, a los 8, a los 6 años?

En la historia del derecho penal, al menor nunca se le dio ningún tipo de privilegio. Tanto en la Edad Media como en la Inglaterra victoriana y hasta hace poco tiempo, hasta el siglo XX, los menores eran responsables penalmente a partir de los 6 u 8 años, igual que los adultos. Si ya estamos tratándolo como un enemigo, de una forma brutal, preocupándonos más por su castigo que por su socialización a través de los medios educativos, familiares, escolares, etcétera,

entonces realmente no creemos en el ser humano, en ese único rasgo que nos salva y nos distingue de las demás especies animales, que es la posibilidad de cambiar.

Cambiar a ciertas edades es muy difícil, pero cambiar cuando se tiene todavía el cerebro tierno y hay muchas cosas que pueden ir condicionando nuestra existencia, para bien o para mal... Todos los que estamos aquí, sobre todo los que tenemos cierta edad, sabemos que cometimos errores, que en todo caso no somos los mismos que éramos a los 15 o 20 años. ¿Por qué? Por las posibilidades de cambio y de aprendizaje, que pueden tener efectos buenos y efectos malos, pero que son innegables.

Mozart es Mozart porque nació en Salzburgo en el siglo XVIII, de un padre que era el mejor pedagogo de violín y un gran músico, oscurecido por su brillante hijo, y en Salzburgo y en Berlín, en ese ambiente, ese genio especialmente dotado por razones genéticas se desarrolló y se convirtió en el gran genio de la música. ¿Y si hubiera nacido en la Amazonia? No sé si hubiera tocado bien el tam tam, pero poco más habría podido hacer.

La educación, la cultura —que es lo único que no heredamos, pero que aprendemos— es lo que nos transforma en seres humanos mejores o peores, pero en seres humanos que a través de la formación de la conciencia intelectual y moral vamos aprendiendo primero a identificar las sensaciones de frío, calor, dulce, amargo, y luego también aprendiendo lo malo y lo bueno, a no pegarle al hermanito, no meter los dedos en el enchufe y no tirar piedras a la cabeza de otros niños. Ese aprendizaje solo termina con la muerte. Es muy importante que, en determinados momentos de su evolución, el ser humano, cuando ha cometido un delito, cualquiera sea el hecho, obtenga una respuesta que suponga que es posible modificar su conducta para evitar que se convierta en algo habitual, que vuelva a incurrir en ese u otros hechos delictivos, que empiece una carrera criminal desde la infancia.

Las dos fuentes

Esas ideas, que se han ido imponiendo muy recientemente, tienen dos fuentes en la evolución histórica del derecho penal de menores. La primera fuente es tratar al menor, en caso de juzgar su comportamiento delictivo, con las garantías y los derechos que las Constituciones reconocen para los delinquentes adultos; derechos y garantías que limitan el poder del Leviatán estatal y tratan al acusado como un sujeto de derechos y no como un mero objeto. ¿Por qué no aplicar también esos derechos y garantías al caso de un menor juzgado por cualquier delito?

Este concepto se incorporó en la famosa sentencia de la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso Gault, de los años sesenta, en el que un menor alegó que no le habían sido reconocidos los derechos consagrados por la Cuarta y Quinta Enmiendas de la Constitución. Además, la jurisprudencia de esa Corte Suprema estableció las llamadas Miranda Rules (las Reglas Miranda): el derecho a no declarar contra sí mismo, a permanecer en silencio, a un juez, a un abogado defensor; también el derecho al jurado, que es el único derecho que, según esa sentencia de la Corte Suprema, no es obligado para el caso de menores, todo ello fundamentado con la claridad característica del pensamiento anglosajón.

En esa sentencia —muy bien comentada por mi amigo y maestro estadounidense George P. Fletcher, catedrático de Columbia al que muchas veces he traducido—, la Corte Suprema

distingue entre el motivo y el efecto. El *motivo* de la condena del menor es, en principio y teóricamente, según los modernos conocimientos pedagógicos, su educación. Si es preciso internarlo para evitar que reincida, se le proveerá el tratamiento específico que el menor requiere. Es un motivo loable, dice la Corte, pero el *efecto* de la condena, la privación de libertad, es exactamente el mismo que cuando se impone la pena de prisión a un adulto. Es un efecto limitador de un derecho fundamental, y cuando se trata de limitar derechos fundamentales, por muy loable que sea el motivo, el efecto tiene que ser de algún modo controlado mediante garantías procesales, exactamente igual que en el derecho de adultos.

Esto es muy interesante, porque incluso a veces el motivo es una hipocresía. Recuerdo una obra de teatro de don Jacinto Benavente —un autor que fue Premio Nobel en los años veinte, pero que después la historia ha olvidado— cuyo título siempre me impactó: *Los malhechores del bien*. Estudié en un colegio religioso donde la disciplina con castigo corporal era severa, pero cuando me pegaban brutalmente me decían que lo hacían por mi bien. Me acuerdo de *Los malhechores del bien* porque, con el objetivo de mi educación, ocho años en un internado religioso me convirtieron en un señor bastante escéptico, al menos en ese aspecto. Pero en todo caso me privaron de libertad sin ningún tipo de garantías, salvo la posibilidad de quejarme a mis padres, que me decían: “Por tu bien tienes que seguir ahí”. Fui mal estudiante y en todas las instituciones represivas en las que me fui formando de joven —colegio de curas, Facultad de Derecho de aquella época y servicio militar— fui un auténtico delincuente, según la opinión de los que tenían que reeducarme, porque nunca acepté que me reeducaran de una forma tan represora como la que predominaba por entonces en España en ese tipo de instituciones.

Bien, tenemos una primera fuente que es la fuente que garantiza la aplicación de garantías igual que al delincuente adulto cuando es un menor es juzgado en un proceso penal. Ahí tenemos algo importante: se acabaron los paternalismos, los *malhechores del bien*. Para bien o para mal, usted tiene que respetar al menor también cuando lo acuse, con todas las garantías del Estado de Derecho.

La segunda fuente que determina el cambio en el derecho penal de menores es la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, de noviembre de 1989, de ayer mismo. Además, entró en vigor en el 90; es casi una convención del siglo XXI, y ha sido ratificada por 121 países —entre ellos, naturalmente, Uruguay—, lo que le da un apoyo internacional importante. Claro que ese tratado abarca aspectos familiares, laborales, etcétera, pero me limitaré aquí al caso del menor delincuente, aquel que comete un delito y, por lo tanto, al derecho penal de menores, si quieren utilizar esa expresión. Y ahí se produce ese cambio que empieza a incorporarse en los ordenamientos jurídicos internos: es un derecho penal peculiar, que hace que el menor sea tratado de forma diferente al adulto, porque esa es la idea fundamental de la Convención Internacional del 89.

La Convención del 89 empieza definiendo como *niño* a la persona de menos de 18 años. Eso puede chocar, aunque depende de la traducción. Es posible que en el lenguaje común no llamemos *niño* —o *bambino*, *garoto*, etcétera— a un adolescente de 17 años, pero es un problema terminológico y de uso pragmático del lenguaje, incluso dentro del propio idioma. En todo caso, lo importante es el ámbito de aplicación: la Convención del 89, en su artículo 1.º, considera *niño* a toda persona menor de 18 años. Punto. A partir de ahí se van estableciendo

determinados principios en determinados ámbitos y se regulan todos los aspectos de la vida social, jurídica e institucional que afecten al menor. Esos principios o preceptos obviamente tienen que ser tenidos en cuenta por los países que han ratificado esa Convención y a menudo llevan a reformar la legislación penal referida al menor. Por lo pronto, es preciso contar con una legislación diferente a la del adulto, entre otras cosas porque en el artículo 3.1 de esa Convención se dice que todas las instituciones, públicas y privadas, incluidos los tribunales de justicia, tendrán como consideración primordial el *interés* del menor.

No creo que haga falta argumentar que el interés del menor, ante todo y sobre todo, es tener una familia, unos padres, una educación, un proceso de socialización que ha costado tantos siglos imponer. Partimos de las más duras formas de *la letra con sangre entra* —que yo mismo sufrí— hasta las formas pedagógicas actuales, que podrán ser criticables, modificables, pero que en todo caso pretenden que el menor vaya aprendiendo las normas fundamentales que regulan la convivencia, a rechazar lo que pueda poner en peligro su salud cuando no es consciente todavía de ello, etcétera. Todo conforma un proceso educativo que es el verdadero interés del menor, porque transita una etapa en que depende de terceros, y los terceros tenemos que procurar que ese menor llegue a ser, como se decía en mis libros antiguos, *un buen ciudadano* o *un hombre de provecho*, o una mujer, claro. (Lo de *todos y todas* y otras cosas viene muy del mundo anglosajón. Será lo políticamente correcto, pero yo creo que se puede utilizar a veces... La Convención dice *el niño* pero no *la niña*. Claro que eso también puede servir para sostener que a las mujeres no se les aplica. Ya lo decía Aristóteles...)

Es muy importante recalcar la idea de *interés del menor* porque, en primer lugar, si el concepto, los preceptos y todo el desarrollo de esa Convención se refieren a un niño al que se define como tal hasta los 18 años de edad, está claro que cualquier regulación que tenga como objeto al niño debe tener como vinculante esa edad, los 18 años. No podemos decir que necesita tener 18 años para votar pero para ir a la cárcel basta con que haya cumplido 16. Allí empezamos a hacer matizaciones que no están en la Convención y que probablemente sean producto de un coyunturalismo o de un oportunismo político o sociológico, provocado mediáticamente para reformar las leyes que se refieren al menor en un sentido más represivo que el que la Convención habilita. Por supuesto, se puede discutir si la mayoría de edad civil debería adquirirse a los 18 años, a los 21 o... Las mujeres españolas cumplían la mayoría de edad a los 23, y solo podían salir de la casa para un estado de matrimonio o religioso; mientras tanto quedaban bajo la tutela familiar. Se pueden discutir los límites de edad como se pueden discutir los límites de los plazos procesales para presentar un recurso.

El derecho tiene que dar ante todo —aunque no solo— seguridad, y cuando establece límites temporales lo hace de acuerdo con ciertos criterios. Hoy día los límites temporales en materias procesales tal vez puedan modificarse, a fin de validar notificaciones que son instantáneas, como las de Internet, correo electrónico, etcétera. Siempre que sea para bien, no tengo mucho problema. Si a efectos penales se quiere aumentar la edad de imputabilidad a los 21 años no creo que eso sea contrario a la Convención. Lo que no se puede es rebajar los 18 años, porque la Convención ahí quiere tener un efecto protector. Esa sería la idea.

¿Qué pasa cuando el menor de 18 comete esos delitos bárbaros que tanto nos asustan, tanto nos impactan, además, porque se trata de un niño? De pronto el niño de 17 años comete un

hecho terrible: mata un anciano, viola a una mujer y asesina a toda una familia, y ahora va a ir a un centro de menores; no va a ir a la cárcel y va a salir dentro de cinco años. Bien, vamos a bajar la edad a los 17... No, pero hay uno que cometió un hecho similar con 16; bajémosla a 16. Todo esto se basa en casos puntuales que bien utilizados mediáticamente producen un impacto aún mayor que el que ya de por sí tienen. Y así vamos, dependiendo del último caso en que haya estado involucrado como autor un menor de determinada edad. Bajamos la edad a los 16 años, pero al día siguiente el crimen brutal lo comete uno de 15 y ¿qué hacemos? Otra vez estamos al principio: impulsaremos otra reforma para rebajar la edad penal a los 15 años y así *ad infinitum*.

Así sucedió en la Inglaterra tan democrática, con esos dos niños que asesinaron brutalmente a otro y fueron condenados a prisión perpetua. La primera sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos les dijo a los ingleses: *¡Por favor!* Después los niños fueron ubicados en ámbitos familiares. Uno se ha reeducado muy bien y tiene una vida normal. Al otro lo han visto ahora, porque se ha puesto de moda el tema, involucrado en un caso de pornografía infantil. Siempre se abren esas posibilidades puntuales y, naturalmente, siempre es posible que eso sea utilizado políticamente.

Pero en el mundo del derecho siempre es igual. Si ahora mismo hay una violación y asesinato de una niña y el delincuente es descubierto, si hacen una encuesta en la calle el resultado va a ser “que lo maten”, pena de muerte. Pero en la cultura de la humanidad, por experiencias amargas habidas en épocas de derecho penal “de sangre y de lágrimas”, sabemos que eso no ha servido nada más que para hacer frente a la brutalidad del criminal con la brutalidad del Estado. Es lo que llamo *violencia como característica del derecho penal*, tanto de los que cometen delitos como de la forma en que el Estado reprime esos delitos.

El Estado se ha impuesto unos límites que vienen desde la Ilustración. Es el derecho penal racionalista, derivado de que ya no somos los representantes de Dios en la tierra, sino productos de la pura razón. Hugo Grocio definía el derecho natural racional como producto de la pura razón humana, que existiría aunque Dios no existiese, pero había que tener cuidado porque allí al lado estaba la Inquisición. No fue hasta la Revolución Francesa, que tanta sangre costó y tanto cambió a la sociedad y al derecho, que empezamos a establecer la legalidad. Primero fue monopolio del legislador para crear el derecho penal, y ese legislador ya no era representante de la voluntad divina encarnada en el monarca, sino del propio pueblo, del que procedía el poder. Principios elaborados después por la ciencia del derecho penal, como los de ofensividad, culpabilidad, proporcionalidad, etcétera, fueron dando la imagen de un derecho penal que, aun siendo violento y represor, era más concorde con la sensibilidad de las modernas sociedades occidentales, superando el medievalismo del antiguo derecho penal o del derecho penal del *ancien régime*.

Solemos hablar de derecho penal y no del proceso penal, que me parece mucho más importante en esa materia. En definitiva, las garantías del imputado, la presunción de inocencia, el derecho a no declarar y a permanecer en silencio, entre otras, eran la única forma de evitar la tortura, y se han convertido hasta tal punto en base del moderno Estado de Derecho que están en las constituciones, en las convenciones internacionales de derechos humanos, entre las que se incluye la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Este es el mundo jurídico en el que me muevo, que explico en mis clases, en mis libros y en mis conferencias, y al que

naturalmente le veo insuficiencias, no de principios sino de aplicación, por las razones que sean: de tipo personal, material, institucional...

En el derecho penal de menores existen también esos principios que se establecen a partir de unas ideas, unas fechas que más o menos resultan del conocimiento de la evolución de los niños. Supongo que cuando en la Convención se establecen los 18 años es porque hay psicólogos, pedagogos, etcétera, que más o menos tienen una idea de que esa es la edad en que comúnmente el ser humano puede asumir responsabilidad. Por supuesto, es una hipótesis; podría ser muy discutible que esa persona a los 18 años se convierta en mayor de edad a todos los efectos, también a efectos penales. Incluso, como decía, se podría llegar a aumentar esa edad. Lo que no se puede es llegar al coyunturalismo de decir *para un caso sí, para otros no*.

El proyecto que se plebiscita en Uruguay

Con esto llego al final refiriéndome al proyecto que está ahora como un fantasma rondando por el Estado uruguayo. De pronto, ante hechos luctuosos y un aumento de la criminalidad, o de una constatación mediática que la pone en primer lugar, se plantea la posibilidad de bajar la edad penal a los 16 años, así, sin más. En ese proyecto de reforma del artículo 43 de la Constitución, que se me ha enviado, veo que hay algo más: se dice también que cuando se constate falta de madurez o de discernimiento se podrá llegar a la exención de la responsabilidad. Me imagino que es igual que para el adulto: cuando es enfermo mental no se le castiga, se le manda a un manicomio o se le atenúa la pena.

Bueno, a los 16 años el menor comete un delito que tiene diez años de pena para el adulto; al menor le vamos a poner solo ocho, porque somos muy buenos y lo consideramos como un atenuante. ¿Qué es lo que significa para el menor? Va a ir a la cárcel igual que el adulto, pero va a ir dos años menos. Eso es lo que dice esa propuesta de reforma. No dice nada respecto a qué hay que hacer con el menor de 16 años, por cierto; no dice cómo se va a ejecutar esa condena, si el menor va a ir o no a un centro distinto y cómo se configurará ese centro, qué tipo de sanciones se le aplicarán; si son las de los adultos, irá a una prisión. ¿Un menor con 16 años va a ir a una de esas cárceles donde lo primero que será es sodomizado, como mínimo, y aprenderá a tomar drogas, si es que no las tomaba antes?

Doña Concepción Arenal —la primera mujer que estudió Derecho en España, a mediados del siglo XIX, y que debió disfrazarse de hombre para poder hacerlo— decía: “Odia el delito; compadece al delincuente”, y Pedro Dorado Montero, de la Escuela Correccionalista española, hablaba del derecho protector de los criminales. ¡Cómo han cambiado las cosas! Ahora habría que escribir en la puerta de los centros lo que puso el Dante en la entrada del infierno en su famosa *Divina Comedia*: “Quienes entren aquí, que abandonen toda esperanza”. Si eso es lo que se pretende con esta reforma, prefiero quedarme como estoy.

Además, el proyecto añade todavía un tercer párrafo, que expresa que los antecedentes constarán para el futuro, es decir, al menor le ponemos el estigma de delincuente y ese estigma queda registrado, de forma que si vuelve a delinquir ya tenemos la agravante de reincidencia y todo lo que se pueda derivar de ello. Si se presenta a un trabajo, por ejemplo, tendrá el antecedente de haber sido condenado porque con 16 años cometió un delito.

Naturalmente, se refiere a delitos graves, pero algunos de ellos no tan graves. La expresión *rapiña* admite desde el robo violento con arma hasta el tironazo —o *raponazo*, como se llama en algunos países latinoamericanos— más o menos violento del bolso a una mujer que viene del supermercado. Existe el copamiento, existe el homicidio agravado, cualificado. He visto por ahí una propuesta en la que se excluyen como motivos del internamiento las faltas y la tentativa de hurto, pero incluso en delitos de adultos, ¿una tentativa de hurto castigada con privación de libertad? Sin embargo, los malhechores del bien somos muy buenos y de pronto decimos: *No, vamos a referirnos solo a los delitos muy graves*. Cuando me hablan los defensores de la pena de muerte, dicen: *Hombre, solo en delitos muy graves...* Pues ya me imagino que para un hurto no querrá usted aplicar la pena de muerte, vamos, hasta eso no hemos llegado. Pero algunos diréis: *¿Por qué no?*

Esa es la impresión que tengo. No le tengo ningún respeto a ese proyecto de reforma, pero sí al pueblo uruguayo. No me considero extranjero aquí; alguna ventaja conservamos de la época colonial. Hablo varios idiomas, pero me siento muy orgulloso del español, y en un país hispanohablante no me puedo callar, tengo que mostrar mis ideas con absoluta claridad.

El único mensaje que puedo dejarles es que no soy partidario de esta propuesta. No digo que sea ideal lo que pueda haber ahora en la República del Uruguay, pero esta propuesta no me gustó y abiertamente lo digo. Espero que se me perdone si es que se considera una intromisión en asuntos internos de otros países.