



PROTEGERNOS DE LOS JÓVENES
PROTECT OURSELVES FROM THE YOUNG

Jordi Cabezas Salmerón
Área sistema penal, Jóvenes y Menores OSPDH
Universidad de Barcelona

RESUMEN

Se plantea en este artículo si existe la necesidad de una jurisdicción penal especial de menores cuando de lo que se trata, realmente, es de proteger al menor y no tanto protegernos de él, constatando asimismo que actualmente prima esa defensa respecto al menor como lo prueba, entre otros elementos, la utilización del instrumento SAVRY para la evaluación del riesgo de reincidencia.

Palabras clave: *Miedo, Menor, Educativa, Retributiva, SAVRY*

Introducción

Pretendemos plantear si la Jurisdicción especial penal de menores está o no realmente justificada, partiendo de que ello dependerá de cual sea nuestra preocupación; de si lo que realmente nos preocupa es la protección del menor y como derivada la protección de la sociedad o únicamente la protección del sistema imperante de cosas y como derivada la represión del menor. En definitiva, de si existe un miedo por el menor o un miedo al menor. La realidad es que el actual estado de cosas, lamentablemente apunta más hacia un temor respecto al menor y consecuentemente a protegernos de los jóvenes. De ahí el título del presente artículo: Se ha evolucionado, como se establecerá a continuación, en frase ya acuñada, “DE LOS NIÑOS EN PELIGRO A LOS NIÑOS PELIGROSOS”

Al respecto de este tema, y como cuestión previa, convendrá tener presente, entre otros, el siguiente enunciado: “Nosotros no somos la fuente de los problemas, somos los recursos para resolverlos” (Mensaje del Foro de la Infancia. Sesión Especial a Favor de la Infancia, de las Naciones Unidas, 2002).

Pasar de considerar a los niños como parte del problema a verlos como parte de la solución, comporta observarlos como ciudadanos de pleno derecho, y ello no resulta fácil; pero a la luz de lo establecido por la Convención Internacional sobre los Derechos

del Niño ese es el camino a recorrer. Se les debe escuchar, dándoseles cabida en las discusiones -de forma que participen activamente- para poder influir, ellos, en el proceso real de toma de decisiones que afectarán a sus vidas.

Percepción ciudadana del fenómeno delictivo

Las actitudes emocionales de la sociedad frente a la delincuencia juvenil, van desde:

a) la consideración de que tal delincuencia es una denuncia de la propia sociedad (al evidenciar sus fallas), y entender aquella como fruto de ésta -y a los delincuentes como víctimas-, pues esos jóvenes delincuentes son quienes padecen, al estar marginados, las consecuencias de esas fallas sociales. La sociedad, generadora de desigualdades, los crea -fruto- y luego los persigue -víctimas-, lo que comporta, para con ellos una “segunda injusticia”, hasta:

b) entender esa misma delincuencia como un peligro para la sociedad que, por tanto, deberá defenderse del mismo, neutralizando los ataques de los jóvenes delincuentes, castigándoles, etc.

La primera opción efectúa un análisis crítico de la sociedad, en tanto que la segunda no cuestiona la estructura, a la que por el contrario, conserva y preserva de esos ataques.

A nivel de ciudadanía esa segunda opción es la que prevalece, y ello tanto por razones psicológicas como sociopolíticas.

Así, las reacciones emotivas a menudo impiden mayores razonamientos, y se recurre prontamente al castigo, etc., lográndose de esa forma descargar la angustia e inseguridad que produce el joven delincuente sobre las personas no delincuentes. Ellas ven amenazado su esquema de convivencia y sufren por el impacto que, en sus esquemas educacionales, producen tales conductas, además de que, al tener muy interiorizada la idea retribucionista bien/premio mal/castigo -en base a la educación recibida-, recurren a ella de inmediato.

Y en cuanto a las razones sociopolíticas, conviene desde la propia cúspide de la estructura social y desde la propia estructura, el mantenimiento incuestionado y la perpetuación del estado de cosas, por lo que debe combatirse cualquier riesgo de alteración.

Esas actitudes de rechazo, castigo o represión -que se fundamentan en una distinción entre “los buenos y los malos”-, se materializan en manifestaciones verbales de condena, belicosidad en el trato a los jóvenes, etc. causando una magnificación del problema, pues el represaliado aumenta su enemistad con el represor y el círculo vicioso se retroalimenta, generando mayor resentimiento cuanto más duro es el castigo. En consecuencia los estigmatizados se reagrupan al sufrir la misma persecución, llegando a asumir su rol gracias al etiquetamiento, aprendiendo aún más técnicas y orientaciones transgresoras, evidenciándose con ello, que la retribución, en sí misma, no es la solución, sino todo lo contrario. Además, y en relación con ese grupo “de malos” (muchos de ellos, en realidad marginados), parece que únicamente nos preocupamos cuando su actividad nos molesta.

El Derecho Penal y la segunda injusticia

La realidad es que el derecho penal, en tanto subsistan las actuales desigualdades sociales es un efectivo dispositivo para proteger los intereses de los mejor ubicados frente a los ataques que pueden llegar a recibir del colectivo marginal, en su propia lucha por defender los suyos.

Si ya injusto resulta el desigual reparto de riqueza y oportunidades imperante, con la marginación consiguiente de numerosos colectivos, debemos evitar a toda costa, una segunda injusticia (sobrevenida y ya citada).

Esa segunda injusticia no es otra que la de castigar a aquellos, que sufriendo ya la primera (la cuasi-determinación a una ubicación social deficitaria y de marginalidad por parte de los “normales”), actúan desde los valores adquiridos precisamente en esa ubicación (y las más de las veces estrictamente necesarios para subsistir en ella) de forma que deviene molesta para aquellos que justamente determinaron esa ubicación: los “normales”.

No parece lógico que la primera injusticia genere además una segunda. Si la conducta es inconveniente, no podemos olvidar que, en su caso, es fruto de una primera injusticia y, por ello, la causa no está en el presunto desviado, al que por ello no cabrá culpar, evitándose así esa injusticia sobrevenida a la primera. En tanto no logremos el cambio apetecido para conseguir una sociedad mas justa, habremos de soportar la primera injusticia, pero en ella deberemos hallar los elementos que puedan generar causas de inculpabilidad tales como los condicionantes socio-culturales, para evitar o minimizar la segunda. ¡Como mínimo eso! Y en el límite, el “no castigo” de esas conductas -peligrosas para los mejor ubicados- sería a su vez el castigo de éstos por el mantenimiento de la injusticia primera.

Esa “doble injusticia” me trae a la memoria una historia contada por una amiga guineo-ecuatorial, relativa a los “fang”, en que afortunadamente –y en otro contexto- se evita aquella. Reza así:

“Un hombre se quería divorciar de su mujer, porque fumaba como un carretero y bebía como un cosaco. Ella no estaba de acuerdo con el divorcio y juraba que no se lo iba a conceder.

Al preguntarle por qué se negaba después de haber oído las acusaciones contra ella, dijo: yo me casé, mejor dicho me casaron de pequeña con este hombre –un hombre podía pactar el matrimonio con la hija que estaba aún en el vientre de la esposa de un amigo- y llegué a él sin haber visto cigarrillo alguno ni probado un vaso de vino.

Comenzó a mandarme a por cigarrillos –se suelen vender sueltos- y desde el abaa¹ me pedía que le encendiera uno desde mi cocina (lugar en donde estaban las mujeres y único en que existía lumbre) y que se lo llevara.

Aprendí a aspirar para encenderlo; con el vino pasaba otro tanto: tenía que probarlo un poco para que no me lo dieran aguado. Y así, día tras otro, año tras año, cuando ya me he aficionado a esas cosas, a fuerza de encender y catar, pretende que me vuelva a mi pueblo por inservible. Señoría, no creo que sea justo y además por el tiempo que llevo aquí tampoco tengo otro pueblo. Al hombre le denegaron el divorcio” (evitando con ello la injusticia sobrevenida a la de haber introducido a la esposa en el vicio del tabaco y del alcohol).

Consideración de los condicionamientos socio-culturales

¹ Lugar de la casa ocupado por los hombres.

En mi opinión, los condicionantes socio-culturales (que influyen sobremanera en el individuo –y la historia anterior lo evidencia-) debieran considerarse como posible factor de inculpabilidad penal.

En tanto la sociedad actual no sea más igualitaria, cabría considerar en cada caso –y en la fase de enjuiciamiento, para establecer su culpabilidad- los aspectos de ubicación socio-cultural y económica del sujeto, es decir considerar su “biografía”, distinta a la del “hombre medio”, pues a un hombre real se enjuicia² y no a ese barómetro de culpabilidad normal en que se erige el inexistente hombre medio, máxime en una sociedad en absoluto igualitaria. Ello en el convencimiento de que tal estudio y conocimiento “biográfico” es posible, habida cuenta de que viene efectuándose ya en la fase de ejecución de sentencia.

Es obvio que los conocimientos “biográficos” y del entorno de un sujeto, nos permitirían conocer, en su caso, los condicionamientos socio-culturales que han actuado sobre el individuo, como importantes elementos afectadores de la culpabilidad de ese tal presunto infractor, al incidir en su capacidad de motivación para cumplir la norma³, como sucede, a su vez y por ejemplo, con el error.

Si bien de etiología distinta, en los dos supuestos se produce el mismo efecto, pero mientras el error es considerado en sede de imputación personal, aquellos condicionantes socio culturales no⁴.

Sin embargo la precitada afectación de tales condicionantes debería ser considerada –tras la oportuna reforma legal-, como causa de inculpabilidad en conductas intencionadas y típicamente antijurídicas.

Lo cierto es que en el momento del enjuiciamiento tales condicionamientos no se estudian ni consideran –se argumenta que ello es imposible en ese momento- y sin embargo resulta no sólo posible sino legalmente obligado en fase posterior de ejecución de condena, al efecto de proceder a un programa individualizado de tratamiento. ¿En que quedamos? ¿Es o no posible? ¿Los enunciados legales son mera hipocresía?

¿Únicamente predicamos su posibilidad cuando conviene a determinados intereses? ¿Estamos sumidos en una total contradicción?

¿Preocupación por el infractor o defensa respecto a él? Modelos y deriva actual

Otras preguntas nos asaltan: cuando pretendemos trabajar en la reinserción social de un infractor, ¿Qué nos mueve realmente a ello? ¿Su bien y por ende el de la sociedad toda? ¿O sólo el del resto de la sociedad, a la que pretendemos proteger de los sucesivos ataques de aquél?

²Y la culpabilidad –estadio fundamental en la Teoría del delito-, tiene una misión “individualizadora-garantista (denominación acuñada por Jaime Couso Salas, en su texto “Fundamentos del Derecho Penal de Culpabilidad”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2006), pues frente a lo genérico de la antijuricidad de una conducta, la culpabilidad debe venir animada por un criterio valorativo (en el sentido de trato desigual para lo desigual) atendiendo al enlace personal entre el autor y su acción, que es irrepetible e *individual*. Mir Puig, fundamenta también la culpabilidad en el principio de igualdad ante la ley, que prescribe tratar a los hombres atendiendo a su diversa capacidad de resistencia frente a la opción por conductas consideradas ilícitas, y ello en base a la distinta capacidad de motivación por la norma penal, que cada cual posee.

³ Únicamente en ese sentido pro reo y no en el del superado derecho penal de autor.

⁴ Esa consideración no existe realmente, salvo para la individualización de la pena (art. 66. 6º CP, entre otros), en que las más de las veces se usa de forma perversa, fiel a la expresión “*al que menos tiene, menos se le da*”. Se le da menos, pero se le sanciona, reprime y controla más. Y si bien puede defenderse esa actuación como necesaria habida cuenta de los déficits que ese sujeto almacena –respecto a lo “normal”-, ello genera la segunda injusticia ya comentada.

Parece que nos hemos de inclinar por la primera opción, pero... si tanto nos hubiese preocupado el bien de ese sujeto ¿Por qué hemos aguardado a que “moleste” a alguien para actuar?⁵ La respuesta es obvia: porque cuando no nos “molestaba” no nos importaba en absoluto. De nuevo la hipocresía. Y ello al margen de que además de no importarnos, convenía al actual estado de cosas, del que los no marginados resultamos favorecidos. En definitiva, actuamos sobre los efectos y no sobre las causas.

Por tanto cualquier propuesta de cuantificación de riesgo, sistema de pronóstico y demás –que actualmente se vienen importando⁶- considero que, por principio, debe analizarse con cautela. Y merecerán oposición frontal cualesquiera de ellas que atenten contra los derechos y libertades, propios de un Estado de Derecho. El fin no justifica los medios, y menos cuando el fin no está claro (o mas bien está demasiado claro que no es el que se explicita, sino uno latente, al que aquél decora y maquilla).

Cuando los anteriormente citados condicionantes socio culturales no se valoran a favor (comprendiendo mas al individuo expuesto a ellos, sin haberlos elegido), sino que son usados precisamente para conformar índices de riesgo, que jugarán en contra del sujeto, todavía hemos de ser más críticos. Y ello a pesar de que con la evaluación de ese riesgo se intente adoptar medidas que protejan al resto del colectivo. Si ese colectivo

⁵ De nuevo en el sentido de haber removido los efectos de la desigualdad y marginación que son “caldo de cultivo” de esas conductas, y no en el de un indeseable derecho penal anticipatorio, que ya someta a tratamiento ante pronósticos o riesgos detectados, incluso con anterioridad a la realización del propio hecho punible.

⁶ En línea con ese “temor al menor”, y el consiguiente objetivo de protegernos de él, se viene ya aplicando a todos los menores de la jurisdicción –incluso en fases de presunción de inocencia- un protocolo para la evaluación del riesgo –y ya se me explicará qué riesgo futuro debe evaluarse en quien es aún técnicamente inocente pues no se ha celebrado audiencia en que se haya probado lo contrario-. El tal protocolo denominado SAVRY (valoración estructurada del riesgo de violencia en los jóvenes; structured assessment for violence risk in routh), lo hemos denunciado ante el Síndic de Greuges (pues si bien la información recabada puede llegar a ser precisa, lo censurable es la forma de obtenerla, a través de una batería de preguntas, algunas de ellas vulneradoras de derechos), que en sus recomendaciones comparte nuestra inquietud, en el sentido de su desproporcionalidad al aplicarse a todos, probable atentado a la intimidad, necesidad de sujeción a lo previsto por la ley de protección de datos, etc.

Nuestra denuncia concluía así: entendemos cuestionable y lesivo para los derechos del menor el instrumento de referencia, real y potencialmente vulnerador del derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE), del derecho a un proceso con todas las garantías, a ser asistido por abogado, y de los derechos a no declarar contra uno mismo, a no confesarse culpable y a la presunción de inocencia (todos ellos plasmados en el art. 24.2 de la CE).

Entendemos que esta nueva metodología y su principal herramienta (SAVRY), cumple con la estrategia criminológica imperante en el actual ambiente neoliberal (satisfacer el sentimiento retributivo, confinamiento del peligro y manejo del riesgo).

Se integra en un discurso reaccionario, propagador de una cultura defensiva, promotora del miedo que es asumida por una sociedad cada vez más vulnerable por la instalación del pensamiento único y la desorientación de sus miembros.

Nos hallamos ante otra importación ideológica foránea (norteamericana como se desprende de las propias siglas de la herramienta), ajena a nuestra tradición y encaminada a reafirmar un determinado orden social –que beneficia a unos pocos- a través de instrumentos punitivos (léase Derecho Penal “del enemigo”, “de excepción”, gestión punitiva de los riesgos etc.).

En consecuencia, el citado protocolo y el instrumento SAVRY, resultan, en nuestra opinión, contrarios a las garantías vigentes en un Estado de Derecho, y por tanto impropio de él.

Por ello, también en este tema el Abogado defensor deberá estar atento, incluso recomendando a su defendido, que al amparo de la legislación sobre Protección de Datos, se niegue sin consecuencia desfavorable alguna -cuando resulte así conveniente- a contestar todas esas preguntas, con lo que el método queda inutilizado.

hubiese sido sensible a la desigualdad e injusticia, y luchado contra ella, quizás hubiesen eliminado en gran medida el foco generador del “riesgo”.

Pero no apagar el fuego y evaluar el riesgo de que una chispa que ha saltado de él, nos llegue a quemar, me parece mas de lo mismo, no ir a la causa sino al efecto; y ese ya es un pobre camino para resolver la cuestión en la que, por tanto, aún deberán censurarse e inadmitirse en mayor grado cualquiera de las extralimitaciones que en él se fomenten.

En definitiva y concretando en el colectivo joven, cuando se habla de la violencia de los jóvenes, se olvida a menudo el tratamiento de la que ellos han sufrido y que casi siempre ha generado la suya, y en ese olvido se les “responsabiliza” y a través de una medida, formalmente penal pero con aspiraciones a resultar materialmente educativa, se le intenta recuperar, olvidando la causa primera, en la que él ejerció el rol de víctima.

Todo el montaje se halla en falso. Convendrá dotar al joven –respetando sus derechos como persona- de todo lo que careció, de forma que adquiera un bagaje vital que le permita una mejor orientación de sus reacciones, pero alejado de jurisdicción sancionadora alguna en la medida de lo posible. Sin embargo se persiste en lo contrario, se endurecen las medidas, se tiende hacia una equiparación con el adulto, y a una similar exigencia de responsabilidad y aplicación del reproche. Y no solo eso sino que, además, avanzamos en la utilización de técnicas que sólo se preocupan de intentar el logro de índices de riesgo mas afinados, para asegurar sanciones efectivas.

Por otro lado, tales métodos de evaluación, que impregnados únicamente en ese utilitarismo cuya finalidad principal es la protección de los “normales”, llegan a saquear derechos del joven⁷ y de los suyos, sin mayores contemplaciones. Con ello olvidan que en un Estado de Derecho debe primar esencialmente el respeto de los derechos y libertades constitucionales fundamentales, a los cuales únicamente cabe “molestar” de forma siempre restrictiva y excepcional por ley y en base al principio universal de proporcionalidad. Sin embargo, no existe mayoría legitimada alguna, que pueda invadir aquellos derechos de los que el candidato a ciudadano no hizo dejación en el hipotético contrato social rousseauiano a cambio de seguridad, y cuyo respeto es la fuente legitimadora por la que alguien puede elegir libremente a un igual y comprometerse a seguir sus decisiones.

Lo cierto es que en la consideración de la denominada delincuencia juvenil, se sigue arrastrando la inercia de aquel modelo protector que logró separar a jóvenes de adultos, para resguardar a aquéllos de los abusos por parte de éstos cuando se les internaba juntos. A pesar de que tras lograr esa separación –en realidad como respuesta a una necesidad carcelaria-, el trato a los jóvenes –sin ser ya tan duro y estricto como el ofrecido a los adultos, seguía siendo muy severo, aunque quizás con la autocomplacencia –por parte del aparato- de haberles mejorado la situación de abuso que sufrían en la etapa anterior de convivencia con presos adultos.

Realmente el modelo protector desembocó, por falta de recursos económicos, en un hacinamiento de los jóvenes en reformatorios –paradigmático el de Elmira- que actuaban mas como prisión que como escuelas, llegando a existir una tremenda disciplina y castigos corporales para mantener el orden. Se separó a los menores de los adultos para evitarles la dureza de aquellas cárceles, y los niños y jóvenes terminaron en unas condiciones también muy difíciles de soportar, distantes de aquellos presuntos ideales humanitarios que preveían unas medidas mas respetuosas con la edad minoril; vino a edificarse un verdadero sistema penal para jóvenes –cuando quizás no se perseguía eso.

⁷ A la intimidad, etc.

Tal sistema, sujeto, además, a las inseguridades jurídicas derivadas de la indeterminación de las medidas y a la falta de garantías.⁸

En consecuencia, la respuesta al problema fue -en aquella época- una mezcla entre tutela y pena; una solución de carácter entre tutelar y penal, que es el que dio nacimiento, a esa clase de justicia (juvenil). Y si bien los modelos han ido variando hasta nuestros días -como se ha visto en el artículo publicado en el número anterior de la revista-, algunos de los lastres positivistas han perdurado e incluso en sede del modelo de responsabilidad, se notan sus influjos. Cuesta considerar al joven como sujeto con plenitud de derechos y garantías, y abandonar la concepción de que nos hallamos ante un ser cuya construcción está “por terminar” (“cuasi-persona”), que por ende, precisa de protección, tutela, control, y tomas de decisiones en su nombre. Si bien como ser en fase de crecimiento personal, el niño y joven deben ser apoyados por los adultos, tal apoyo habrá de efectuarse desde el más estricto respeto al individuo y a sus derechos como persona; y ello alejado de ese resabio paternalista y positivista que aún arrastra el actual control penal sobre los jóvenes, y que resulta impropio a un estado de derecho, así como la dureza del mismo, a pesar de la vertiente garantista introducida por el modelo de responsabilidad. Modelo que, además, aboga -en teoría- por medidas educativas y no retributivas para diferenciarlo del de adulto.

Incluso esta concepción, y debido a la tendencia popular a la vindicación y a la represión a través del castigo -de la que también hemos hablado- no es óbice para que en la problemática de niños y jóvenes, se apliquen intervenciones de una dureza -ya aludida- que entendemos inadecuadas para esa etapa vital. ¿Se debe tal severidad a un “miedo al menor”? ¿Se quiere proteger al menor o se le teme y queremos protegernos de él? Sin ese temor, ¿estaría justificada una jurisdicción especial para los no adultos, que a pesar de su evolución sigue perpetuando esa dualidad de motivos -proteger/protegernos-? Sin ese temor, ¿no resultaría más coherente una apuesta por la supresión de esa jurisdicción penal especial, y por la utilización -con pleno respeto a las garantías constitucionales- de un proceso de apoyo personal/educativo, de mediación/reparación -asimismo con respeto a esas garantías y derechos⁹- y ello tras intervenciones económico-sociales que removiesen algunas de las causas originarias de la desigualdad imperante, a la par que implicar a los medios de comunicación en un acercamiento a la comprensión de la desviación juvenil, y a la distinción entre marginación, desviación y delincuencia?

Debe prevalecer en este entorno la política social a la criminal. En caso contrario, todo es inútil y volvemos a las “cárceles para menores”.

En definitiva, es preciso abandonar la perspectiva individualista (centrada en el fracaso escolar, falta de habilidades sociales, trastornos y otros problemas) para considerar e intervenir sobre el entorno, dando importancia a las condiciones de vida (económica, familiar y social) del/la menor. Éste es el auténtico sentido de una prevención relacionada con la calidad de vida del/la menor, contrapuesta a la prevención de corte individualista (sea como medida cautelar o como medida reparadora) que se inscribe plenamente en los circuitos del sistema de reforma penal.

Además esa intervención de corte individual y organizada en torno a la comisión de un hecho definido como delito (y no al contexto en que la comisión de tal hecho es posible y se produce) no incide sobre los factores que realmente se relacionan con la

⁸ Al tratarse -teóricamente- de proteger y no de castigar -como se ha indicado.

⁹ Pues, de lo contrario, devendrían posibles abusos, que obviamente la presencia del juez vetaría (con lo que la jurisdicción resultaría, aquí, positiva en ese aspecto, y no únicamente negativa si nos centramos en su dureza o en el estigma que genera).

inadaptación de los niños y las conductas delictivas graves o reiteradas. La política social, es por tanto la vía justa y además eficaz.

Sin embargo, lejos de perseguirse esas soluciones, la jurisdicción de menores – como la de adultos- resultan cada vez mas involutivas, endureciéndose las medidas, captando a mayor número de menores en la red, gracias a las medidas de no internamiento¹⁰ -sin que por ello disminuya el número de internos-, intentando ampliar el abanico de edades que son competencia de la misma –en España, empieza a proponerse que la franja actual de 14 a 18 años, se extienda a los mayores de 12-, cuando no se está abogando directamente por una equiparación mayor con la jurisdicción de adultos¹¹.

La expresión citada al inicio -y acuñada ya por algunos estudiosos del tema-: “*de los niños en peligro a los niños peligrosos*”, plasma de forma inmejorable la evolución de una preocupación¹²: desde la protección de menores, pasando por la prevención y concluyendo en un control penal de los mismos.

Continuemos con esa dicotomía temor por ellos / temor de ellos.

Situados ante un resultado infractor y aún renunciando a incidir en sus causas, está meridianamente claro que, a mayor rehabilitación y reinserción del sujeto que ha cometido la acción lesiva de intereses, se logra el menor riesgo futuro hacia los demás. Sin embargo, todas las iniciativas rehabilitadoras van quedando actualmente, y de forma lamentable, en un segundo término frente a actuaciones retributivas y de inocuización de los citados infractores¹³. Se está produciendo, en la práctica, una postergación de los sistemas rehabilitadores frente a la llamada “gestión del riesgo”. Así proliferan herramientas de valoración del riesgo -en este caso de reincidencia- tal como el ya citado SAVRY.

¹⁰ En conjunto, vuelven a reproducirse los fenómenos que ya acontecieron bajo otros modelos...

Así, las medidas de no internamiento, no están resultando ser medidas “alternativas”, a la privación de libertad –es decir, sustitutivas de las penas “duras” de encierro-. Una medida sería alternativa si, de no existir ésta, se impusiera al final una de internamiento. Si las medidas de internamiento se siguen imponiendo en los mismos casos (por ejemplo: en el número creciente de casos en que la LORPM la establece como obligada), la función específica de estas otras medidas, se reduce a introducir en el sistema penal casos que, de otro modo, (por su levedad, su carácter aislado,...) quedarían en simples amonestaciones informales del familiar o profesional de turno. Si a esto unimos los supuestos en que la medida alternativa o educativa no supone el fin de los contactos del niño con el sistema penal, sino sólo su comienzo, nos encontramos ante una situación preocupante. Aunque esta cuestión merecería un estudio profundo, la estabilidad observada en las cifras de internamiento nos parece indicar que estas medidas no están sustituyendo de forma efectiva a tales penas. Por ello, lejos de ser sustitutivas pasan a ser simplemente medidas complementarias, que aportan más vertebración y extensión al sistema de reforma (14-18 años), a la vez que (paradójica y preocupantemente) lo conectan con el sistema de protección (por debajo de los 14 años para niños transgresores o no, pero sin familia estructurada, los cuales si no toleran la disciplina del centro protector, terminan inmersos en medidas similares a las de los mayores de 14 años).

¹¹ Todo ello obedece al actual populismo punitivo.

¹² Suponiendo que se le desee denominar así.

¹³ En ocasiones se acude al maquillaje para enmascarar tras expresiones propias del tratamiento resocializador/rehabilitador a realidades de índole retributivo. Así a los centros de internamiento de menores se les denomina de educación especial. Pero incluso cuando hablamos de rehabilitación/reeducación, o de sistema educativo-sancionador usamos maquillajes, pues el aspecto educativo es muy a menudo tan sólo una etiqueta por falta de medios, o por no ser posible educar en libertad estando privado de ella y con estímulo constante a base de premio-castigo. Por ello y bajo esa capa de maquillaje lo que aflora es la finalidad represora sin más.

El problema estriba en que tras la expresión “gestión del riesgo” se ocultan prácticas radicales que pretenden evitar, de forma absoluta, cualquier riesgo –lo que es imposible- fomentando graves restricciones de cualquier forma de liberación y reinserción de los condenados, disminuyendo de forma radical los regímenes abiertos, libertades condicionales y permisos de salida (Redondo, 2009).

En el contexto actual -en que parece que el control del riesgo es lo prioritario- se ataca a la idea de rehabilitación tachándola de ingenua, benafactora, así como de desinteresarse en la seguridad de los ciudadanos.

Con ello se olvida –de nuevo- lamentablemente que un proceso rehabilitador garantiza de mejor manera la seguridad futura, pues la versión retributiva y represora puede pacificar mientras el sujeto se halla interno, padeciéndola, pero en la medida en que éste saldrá finalmente en libertad con un sentimiento más de ser víctima –por el trato recibido- que verdugo, será portador de una mayor agresividad respecto a la que podía poseer en un inicio frente a sus semejantes. En definitiva, ese intento desmesurado de eliminar riesgos equivale a “dar pan para hoy y generar hambre para el mañana”.

La diferencia, pues, entre el temor por el infractor al temor respecto a él, se traduce en un modelo rehabilitador –para ganar al sujeto y por ende beneficiar a la sociedad con ello- frente a uno retributivo –que neutraliza violentamente al infractor, despreocupándose de él- que a la larga será perjudicial socialmente, a pesar de su aparente radicalidad. Desgraciadamente se está instalando ese segundo modelo porque, desgraciadamente también, lo que se pretende es protegernos de esos infractores, y en el terreno que nos ocupa protegernos de los jóvenes.

Y obviamente que la protección de los jóvenes debe pasar en primer lugar por remover las causas que les llevan a la “desviación”, antes que proceder a su rehabilitación, pues sin aquellas causas tal rehabilitación posiblemente fuese menos necesaria.

Además, en tanto subsistan tales causas, no está claro el rol de victimario del joven infractor, pues en muchas ocasiones y como se ha dicho, él es la primera víctima, si por víctima –y en sentido amplio- entendemos a aquella persona que padece sufrimientos injustos.

Así, y siguiendo el texto coordinado por Ortega Esteban, el menor “*candidato óptimo a la función social de delincuente juvenil, es aquel que por las condiciones de explotación que está sujeta su vida resulta vulnerado en su persona, particularmente en su sociabilidad. Y enmarcado en un contexto de comportamientos socialmente aceptables, es finalmente formalizado como delincuente juvenil*” (Ortega, 1999, p. 155).

Por tanto la realidad es que el menor vulnerado en sus derechos es víctima de quien se los vulnera y de quien no actúa en su defensa, y por tanto, en último extremo son responsables los Estados que, firmantes / ratificadores de los convenios internacionales veladores de los derechos de los jóvenes, los incumplen reiteradamente.

La clave pasa pues, como también se ha indicado, por fomentar políticas de intervención psicosocial para que los menores no lleguen a resultar víctimas del sistema, de forma que puedan acceder a las oportunidades generales de desarrollo afectivo y social. Si el Estado no actúa en ese sentido y momento, entonces la injusticia social generará respuestas que el propio Estado considerará indeseables, pasando a neutralizarlas y reconociendo a los jóvenes ya como verdugos y no víctimas.

En definitiva, y de nuevo, de proteger al menor, a dejarlo a su suerte y luego protegerse de él; de atacar las causas –y cambiar el actual estatus imperante y que interesa a los dominantes-, a neutralizar los efectos. O sea no se subsana la injusticia

pero se reprimen las reacciones molestas de los que se hallan sumidos en aquella. Y curiosamente quienes por acción u omisión generaron tales injusticias, no están dispuestos -ni siquiera- a ser molestados por las consecuencias de las mismas, y pasan a reprimirlas (la segunda injusticia ya citada).

Antes nos hemos referido a una herramienta de evaluación del riesgo de reincidencia que se ha instaurado en la jurisdicción de menores (SAVRY), la cual no hace sino confirmar que lo que realmente viene preocupando es la defensa social frente al menor infractor. En definitiva se reafirma ese miedo al menor frente al miedo por él. De nuevo lo que se persigue con ese instrumento de pronóstico es protegernos del menor.

Para concluir, e incidiendo en la mencionada herramienta, comentaremos someramente la secuencia de la intervención del Observatorio del Sistema Penal y Derechos Humanos (OSPDH), frente al precitado instrumento y-que de momento ha conducido a la celebración de una Mesa redonda sobre el tema en la sede del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona, entre Administración, Judicatura, Fiscalía, Educadores técnicos de medio abierto y Abogados, de la que está pendiente una segunda sesión y la elaboración de las correspondientes conclusiones. En dicha mesa redonda existió un considerable acuerdo, como mínimo oficioso, respecto a la crítica del instrumento en cuestión. Al respecto, entendemos que conviene intercambiar opiniones sobre el tema desde los diversos colectivos de operadores en el asunto, a los efectos de intentar corregir esta herramienta o limitarla, en la búsqueda de soluciones que eviten a cada colectivo de los citados la ideación de unas propias¹⁴, lo que podría generar verdaderas contradicciones de posiciones.

Creemos que lo único que resulta del todo inadmisibles, es que nada varíe con un informe del Síndic del tenor de éste, el cual ha cuestionado la utilización de la herramienta SAVRY en fase de presunción de inocencia y como posible vulneradora de derechos del menor, lo que en un modelo de responsabilidad como el nuestro está absolutamente vedado, por cuanto a la luz de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, el interés principal del menor pasa, precisamente, por el respeto a sus derechos, El niño deja de ser objeto de tutela para ser sujeto de derechos y de determinadas obligaciones. Que las resoluciones del Síndic no resulten vinculantes no equivale a que deban caer en el olvido. Y más en temas de este calibre.

Continuando ya con la secuencia de actuación anunciada, a inicios de 2008 llegan al Observatorio (OSPDH) por medio de un numeroso colectivo de miembros pertenecientes a Equipos Técnicos de Menores para asesoramiento a la instancia judicial, noticias referidas a un nuevo protocolo de actuación con el que estaban en desacuerdo. Mas adelante formalizaron la solicitud de un dictamen en relación con tal novedoso protocolo (SAVRY) a utilizar por los citados miembros con el que, según ellos, podrían vulnerarse derechos del menor, exponiéndonos la problemática en profundidad:

A la vista de tal petición y como responsable del Área de Menores del OSPDH, efectué un primer comentario general crítico al respecto en la línea ya expuesta en este artículo relativa a lo que he venido denominando “segunda injusticia” que concluía con una línea de informe, del siguiente tenor: *Sin embargo la cuestión que aquí se debate no es tanto la necesidad de este tipo de información, sino la forma de obtenerla y su alcance, y comprobar si con ello se vulneran derechos en medida inadmisibles o simplemente desproporcionada al beneficio logrado, lo que resultaría rechazable; y ello porque en un estado de derecho, no todo es válido en la persecución del delito, ni*

¹⁴ Así, los abogados podrían considerar la impugnación de los Informes del Equipo Técnico, en la medida en que éstos se apoyan en el SAVRY que, a su vez, vulnera derechos, etc.

en su prevención y mucho menos en evaluaciones de posibles riesgos. En todo caso, el propio art. 48 de la LORPM, establece que tales informes y datos deben cumplir con los requisitos de la Ley de Protección de datos, por lo que esas bases de datos no pueden ser ignoradas ni por el menor ni por sus familias, que tienen derecho de acceso, rectificación, etc.

Después de discutir ese primer texto, en nombre del Observatorio formulo escrito al Síndic (Defensor del Pueblo en la Comunidad Catalana), tras facilitar un esquema a los miembros del Equipo Técnico para que ellos efectúen a su vez la Queja¹⁵, lo que realizan prontamente, adjuntando una petición anterior a la Consellería.

En su momento el Síndic dicta Resolución, la cual colma todas nuestras pretensiones. Por su parte la Consellería mantiene su posición.

Recientemente el Síndic emitió un nuevo escrito reafirmando sus posiciones iniciales como respuesta a otro de la Administración en que ésta intentaba defender y justificar el instrumento SAVRY.

Ante esta situación, y la constatación de que el reciente cambio de gobierno en Cataluña no varía las posiciones, los educadores y técnicos, han mantenido una reunión –a la que asimismo asistí- en la Sindicatura de Greuges -a mediados del mes de Noviembre 2011- en la cual y dándole las gracias por la labor desarrollada, han informado de que la Administración no varía su posicionamiento a pesar del segundo Informe citado de la sindicatura y de que, además, los argumentos esgrimidos por la Administración y de nuevo rebatidos en ese informe no se ajustan ni siquiera a la realidad.

Desde la Sindicatura se propone reclamar de nuevo un posicionamiento acorde de la Administración, estableciendo reuniones con la Fiscalía de menores -como garante de los derechos de éstos- y proponiendo la comprobación “in situ” de la utilización del instrumento SAVRY.

Asimismo, los técnicos se plantean la posibilidad de actuar por la vía contencioso administrativa -incluso en paralelo con el acceso al Tribunal Constitucional y al europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo, llegado el caso- y ello sin olvidar al defensor del pueblo europeo (ombudsman), a la par que la divulgación a los media.

Como se ha visto pues, de nuevo, al tratar de esa secuencia de actuación respecto al instrumento SAVRY, se confirma nuestro enunciado respecto a que lo imperante es el miedo al menor y sólo preocupa eso a pesar de teorizar en relación al miedo por el menor.

Como refiere Piñero (2007) el sistema de justicia penal de menores se ha movido del sistema centrado en las nociones de rehabilitación e inclusión –con todas sus carencias si se quiere- al modelo centrado en nociones de exclusión y castigo, en definitiva primando la protección de la sociedad respecto a los jóvenes, como venimos denunciando.

¹⁵ Debe decirse que posteriormente la sindicatura unió ambos expedientes

Bibliografía

Bergali, R., Rivera, I., 2007. Jóvenes y adultos: el difícil vínculo social. *Serie "Desafío(s) Utopías del Control y Control de las Utopías"*, núm. 5.

Cabezas, J., 2003. *La culpabilidad dolosa como resultante de condicionamientos socioculturales*. Barcelona: Servei de Publicacions UB, Ed. electrónica Col.lecció Tesis Doctorals, TDX-0610103-112012.

Cabezas, J., 2007. A por ellos... que son jóvenes. *Revista Papers de Joventut, Associació Diomira*, núm. 95, pp. 21-23.

OBSERVATORI DEL SISTEMA PENAL I ELS DRETS HUMANS, 2005. *El populismo punitivo*. Barcelona: Ajuntament de Barcelona.

OBSERVATORI DEL SISTEMA PENAL I ELS DRETS HUMANS (Área de menors), 2007. *Estudio sobre la lógica de funcionamiento en la aplicación de medidas no privativas de libertad en el sistema de justicia juvenil en Cataluña*. Barcelona: www.ub.edu/ospdh/publicacions

Ortega, J. (Coord.), 1999. *Educación social especializada*. Barcelona: Ariel Educación.

Piñero, V., 2007. *Protección del menor versus protección de la sociedad*. Buenos Aires: AD-Hoc.

Platt, A., 1997. *Los 'salvadores del niño' o la invención de la delincuencia*. México: Siglo XXI, 3ª edición.

Redondo, S., 2009. *Intolerancia cero*. Barcelona: Sello Editorial.

Rivera, I. (Coord.), 2005. *Política Criminal y Sistema Penal Viejas y nuevas racionalidades punitivas*. Barcelona: Anthropos.

Rivera, I., 1999. Nacimiento y presupuestos ideológicos de la justicia juvenil, en Niñez, adolescencia y justicia. *Revista del programa interinstitucional hacia un sistema de justicia juvenil*, núm. 1, enero-abril.