

# **Dr. Santiago Javier Granado Pachón**

Juez sustituto. Socio de la FICP.

## **~Consideraciones acerca de la configuración del Derecho penal de menores como Derecho penal mínimo~**

Como afirma BERISTAIN, quien se adentra en el estudio del derecho penal de menores se pierde en un laberinto de difícil salida.<sup>1</sup> Esta afirmación casa perfectamente con las dificultades que encierra no sólo lo concerniente a la capacidad de los menores para delinquir, sino también con aquellas otras derivadas de la búsqueda de un modelo que pueda dar una respuesta sólida a la justicia juvenil. Y es en este análisis, en el que pretendemos detenernos. En efecto, la elección de un modelo satisfactorio no es tarea fácil sobre todo si se tiene en cuenta la tensiones que viven los planteamientos sistémicos-funcionalistas con los propios de la protección y tutela de los bienes jurídicos, adquiriendo la afrenta especial relieve cuando pretende aplicarse al derecho penal de menores.

Tan es así, que un modelo ajustado a los fines constitucionales, para que pueda resultar eficaz, debe responder a las exigencias particulares del sujeto infractor que va a ser objeto de la intervención penal, y que en este caso aparece caracterizado por ser un individuo en pleno proceso evolutivo. Esto significa que debemos configurar una justicia accesible a los jóvenes infractores, en la que exista debidamente insertados lo que denomino “frenos inhibidores de la propia intervención sancionadora” y en donde la vía reparadora o tercera vía fomente acciones autorresponsables de aquellos. Si debe tutelarse el proceso evolutivo de los menores infractores, debemos concebir un sistema de justicia Juvenil que no se desentienda de la protección de los bienes jurídicos y como tal, de garantizar ese proceso evolutivo de manera adecuada, y sin merma del mismo, en detrimento de otros fines que le son ajenos, como la seguridad y la firmeza en el cumplimiento de la norma. Esta significación lleva a que el sistema penal de menores deba huir de planteamientos sistémicos-funcionalistas<sup>2</sup> por ser inherente al menor su valor de individuo en pleno desarrollo evolutivo que

---

<sup>1</sup> Cfr. BERISTAIN IPIÑA, A., Menores infractores-víctimas ante las Naciones Unidas y el Consejo de Europa, cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián, nº10-1996, p. 179.

<sup>2</sup> Para SILVA-SÁNCHEZ, J.M., Aproximación al derecho penal contemporáneo, Barcelona, Bosch, 1992, p.305, el Derecho penal cumple, de facto, una función simbólica cuando su utilización tiene como principal- y a veces único- efecto de transmitir a la sociedad ciertos mensajes o contenidos valorativos, dirigidos en última instancia a sugerir una eficacia estatal en la resolución de los conflictos que no es tal en la realidad. También Vid. MUÑOZ CONDE, F., Derecho penal y control social, Jerez de la Frontera, España, 1985, p.28, para quien las teorías sistémicas, pretenden que la función del derecho penal se agote en garantizar el funcionamiento del sistema social. Añadiendo, que en última instancia, esta posibilidad conduciría a un derecho penal legitimador y reproductor de las injusticias sociales que al sustituir el concepto del bien jurídico por el de “funcionalidad del sistema” perdería el último punto de apoyo que le queda para la crítica del derecho penal positivo.

debe ser protegido,<sup>3</sup> sin que el titular del *ius puniendi* esté legitimado para poner cortapisas al mismo a través de la sanción penal con base en los planteamientos sistémicos aludidos, que no miran al infractor para disuadirle, sino al ciudadano que cumple las leyes para tranquilizarle con la finalidad de restablecer su confianza en las instituciones que se ha visto quebrantada por el delito.<sup>4</sup>

Ante esta necesidad de justicia penal y social (dado la especialidad consistente en garantizar el desarrollo evolutivo) la justicia juvenil debe participar de los postulados del derecho penal mínimo, que como afirma BARATTA<sup>5</sup>, aparece caracterizado por un lado porque el esfuerzo de la intervención penal debe ser dirigida a la realización de los principios constitucionales informantes del derecho penal, y por otro, por la aplicación de los resultados de las más avanzadas investigaciones sobre el funcionamiento de estos sistemas y sobre las políticas públicas de protección de los derechos, afirmando también, que una política de contención de la violencia punitiva es realista sólo si se inscribe en el movimiento para la afirmación de los derechos humanos y de la justicia social.<sup>6</sup> Como se observa en esta aproximación inicial, el derecho penal mínimo enlaza directamente con una intervención protectora del Estado a través de determinadas políticas que tienden a dar prioridad a los bienes jurídicos y esta protección también ha de venir referida a la sanción penal, cuya virtualidad alcanza un nivel superior cuando tratamos como menores infractores, que hacen ver a la sociedad el criterio básico de que las necesidades sociales de la infancia y de la adolescencia, son el resultado de la ineficiencia o inexistencia de las políticas públicas.<sup>7</sup> En este aspecto, no le faltaba razón a Von Liszt cuando nos dice que la mejor política-criminal es una buena política social, tanto para la prevención de la criminalidad, como para la

---

<sup>3</sup> Cfr. BENITEZ ORTÚZAR, I., Derecho penal de menores en el Estado Social y Democrático de Derecho: breve referencia a los principios que disciplinan el *ius puniendi* Estatal frente al joven infractor, en: Benítez Ortúzar/Cruz Blanca (dirs.), El Derecho penal de menores a debate, I Congreso Nacional sobre Justicia Penal Juvenil, VVAA, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 54 y 55. “Pudiera decirse que la respuesta punitiva otorgada al sujeto responsable de sus actos que aún no alcanzado la mayoría de edad, deriva de una especie de “ deber de garante” que asume el Estado respecto de aquellas personas a las que no se les reconoce capacidad en el tráfico jurídico. Aquellas personas que están aún en estado de desarrollo psicológico y biológico tutelado hasta su completa emancipación social que se alcanzará con la mayoría de edad”.

<sup>4</sup> Cfr. GARCÍA PABLOS, Derecho penal. Introducción. Madrid. 1995, p. 51

<sup>5</sup> BARATTA, A., La política criminal y el derecho penal de la Constitución: nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales, capítulo criminológico, Vol. 26, núm. 2, 1998. Pp. 33 y ss., para quien la actuación del derecho penal mínimo consiste en adelantar un esfuerzo continuo por el control de los mecanismos de criminalización, por la reforma de la legislación, de la policía y de la cárcel. Tal esfuerzo será dirigido a la realización de los principios constitucionales en materia penal y a la aplicación de los resultados de las más avanzadas investigaciones sobre el funcionamiento de los sistemas penales y sobre las políticas públicas de protección de los derechos.

<sup>6</sup> Cfr. BARATTA, A., Principios de derecho penal mínimo: criminología y derecho penal, compilación in memoriam, Buenos Aires, Editorial B de F, 2004. p.303

<sup>7</sup> Cfr. MARTÍN RÍOS, M.P., Consideraciones acerca de la circular 9/2011 de la FGE sobre criterios de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de reforma de Menores. Anuario de Justicia de Menores. Editorial Astigi. 2011, p. 176.

resocialización de los delincuentes.<sup>8</sup>

Lo anterior enlaza con una premisa de la cual parto, y es que es necesario aislar derechos fundamentales de las posibilidades aflictivas que puede proporcionar la pena, y entre estos se encuentra precisamente el propio desarrollo evolutivo del menor, afirmando con FERRAJOLI<sup>9</sup> que hay bienes jurídicos-derechos fundamentales- que no está justificado lesionar ni con los delitos ni con los castigos. Esta aseveración parte también del fundamento de considerar que el derecho penal posee una doble función preventiva, la prevención de los delitos y la prevención general de las penas privadas, arbitrarias y desproporcionadas.<sup>10</sup> Es decir, la pena no sirve únicamente para prevenir los injustos delitos, sino también los injustos castigos; la pena no es amenazada e infligida *ne peccetur*, también lo es cumplida en *ne punietur*, no tutela solamente la persona ofendida por el delito, pues del mismo modo protege al delincuente de las reacciones informales públicas o privadas. En esta perspectiva, la pena mínima necesaria de la cual hablaron los iluministas no es únicamente un medio, es ella misma un fin: el fin de la minimización de la reacción violenta contra el delito.<sup>11</sup> No obstante, no debemos caer en el error de reducir lo aflictivo a la pena, sino que el proceso judicial lleva de por sí una carga violenta como medio de expresión de la aflictividad última en la que se materializa la sanción penal. Tratamos por tanto, con una reacción violenta de la norma que es inherente al conjunto del sistema penal, en donde obviamente también se inscribe las adjetivas o de procedimiento. Y se nos dirá, que tratamos con una mera visión teórica sin base empírica, empero es frecuente detectar muestras de esta violencia ejercida por la norma con tintes sistémicos. En este sentido, podemos ejemplificar de modo directo esta violencia coactiva perfectamente trasladables a menores de edad del siguiente modo: imaginemos dos hermanos convivientes en un mismo domicilio familiar, hombre y mujer, el primero de 25 años de edad y el segunda de 22, entre quienes surge una discusión motivada por acceder a un determinado programa televisivo y que lleva a que el varón agrede a su hermana dándole repetidos golpes en la cara y en el cuerpo, causándole lesiones. Resulta que la mujer no denuncia, pero “*la notitia criminis*” llega al juzgado no por su denuncia expresa, a la sazón hermana del agresor, sino por el llamado “parte

---

<sup>8</sup> Esta concepción del derecho penal, según RODRÍGUEZ MESA, M.<sup>a</sup> J., Las razones del derecho penal. Modelos de fundamentación y legitimación, en revista de derecho penal y criminología, núm.9-10, 2007,p.10:14, obtiene su legitimación, en la medida en que se convierta en instrumento para la salvaguarda de una serie de bienes -que son los bienes jurídicos en cuanto presupuestos básicos de la convivencia social-que no deben lesionar ni con la realización del delito ni con la intervención punitiva en un Estado democrático, esta aludida función de protección de bienes jurídicos, ha de traducirse en la protección o tutela de los bienes jurídicos de “ todos los ciudadanos” con independencia del lugar que ocupen en el sistema social, y con independencia, también, de que sean potenciales delincuentes o potenciales víctimas.

<sup>9</sup> Vid. FERRAJOLI, L., Derecho y Razón, Trotta, Madrid, 2009, p.335.

<sup>10</sup> Vid. FERRAJOLI, L., El Derecho penal mínimo, en prevención y teoría de la pena, 25-48, Editorial Jurídica Conosur Ltda, Santiago de Chile, 1995,p.38

<sup>11</sup> Vid. FERRAJOLI, L., ult. ob, cit, p.37.

judicial” de los servicios sanitarios correspondientes incoándose el procedimiento penal correspondiente y ordenándose la detención del hermano agresor; quien, tanto en su declaración ante la guardia civil como en el juzgado, mantiene que fue una pelea entre hermanos y que otras veces le tocaba a él recibir los arañazos, reiterando que no consideraba que estos hechos fueran delito alguno; además la mujer renuncia tanto a las acciones civiles y penales, aunque declara que su hermano es bastante impulsivo y que a veces se peleaban entre ellos. No obstante, a pesar de la inexistencia de denuncia expresa de la víctima, el Ministerio Fiscal no solicita el archivo, instando la continuación del procedimiento, cuya instrucción llega a durar más de un año y medio. A tales efectos, el Ministerio Público solicita una orden de prohibición de acercamiento y de comunicación, por lo que el presunto agresor se ve obligado a abandonar el domicilio familiar en el que vivía con sus padres y sus hermanos, sin que el núcleo familiar llegue a comprender la medida impuesta. Como se vislumbra, la repercusión familiar y social es cruenta, pues por una lado sus padres no se explican en qué lugar va a vivir su joven hijo, su hermana no quiere que su hermano se aleje de ella, y por último, el afectado tampoco comprende que lo que había hecho tuviera tanta relevancia como para romper a su familia durante un tiempo que además en aquél momento se presentaba incierto. Además, la situación social del joven disminuye, porque se ve obligado a residir junto con unos amigos de la misma edad, que mal viven en un piso alquilado durante el tiempo del procedimiento, sin que tal ambiente favorezca la estabilidad social, que ya poseía cuando vivía con su familia. Una vez acabada la instrucción y llegada la vista oral después de un año y medio, los hermanos se reconcilian, acogiéndose a su derecho a no declarar conforme al artículo 416 de la LECRM, dictándose sentencia absolutoria. Pues bien, atendiendo a éste caso, la violencia ejercida por el proceso es tal, que originó en los protagonistas una gran desconfianza en el funcionamiento de la administración de Justicia, sin contar con el drama personal y social que vivió esa familia durante más de un año. Es decir, el proceso judicial únicamente debe ser puesto en marcha con una finalidad material concreta y no sólo para mostrar la seguridad y confirmación de la vigencia de la norma.

Por otro lado, la evitación de aquella violencia normativa es la que inspira el derecho penal mínimo que también se encuentra íntimamente relacionado con el principio de intervención mínima del derecho penal, aunque desde nuestro punto de vista, en la justicia juvenil este principio debe asentarse en un peldaño superior, de suerte, que llegada la necesidad de la intervención penal debe enrolarse también en la fase de aplicación de la intervención inspirando la satisfacción de los propios filtros inhibidores determinados por el propio sistema penal de menores, antes de reactivar la intervención penal juvenil definitiva.<sup>12</sup> Estos filtros inhibidores a los que anteriormente no

---

<sup>12</sup> Según afirman ROXIN, C./ARTZ, GUNTHER/TIEDEMANN, K., Introducción al derecho penal y al derecho

referíamos, encuentran soporte legal en el artículo 43.3b) de la Convención de Derecho del Niño, por el cual, siempre que sea apropiado y deseable, se adoptarán medidas para tratar a estos niños sin recurrir a procedimientos judiciales; es decir, nada impide que sea el propio sistema de justicia quien diseñe tales filtros, dando salida al conflicto surgido por el delito, sin el uso estigmatizador del proceso. Esta necesidad de alejar a los menores de los procedimientos judiciales es brillantemente ejemplificada por GIDDENS cuando se refiere a que un hecho delictivo cometido por un menor consistente en el destrozo de un escaparate, una noche de un sábado que ha salido con sus amigos, puede generar diferentes consecuencias político-criminales para el mismo. Así, si la sociedad acepta el hecho como una manifestación de una euforia excesiva propia de la juventud, el hecho delictivo será considerado como un acto primario de aquél que en aquella ocasión actuó de una manera demasiado camorrista, y será simplemente amonestado; en cambio, si se judicializa el hecho hasta sus últimas consecuencias con la imposición de una condena condicional y con la obligación de que el menor comparezca ante al juzgado cada cierto tiempo, el incidente puede convertirse en el primer paso de un proceso de desviación secundaria. Se trata de romper con estos mecanismos desviadores originados por el propio sistema, en su misión de corregir la conducta infractora: cárceles y reformatorios.<sup>13</sup> Para ello, el derecho penal mínimo puede evitar no sólo el etiquetamiento del menor que se adentra por primera vez en el procedimiento judicial, sino también el llamado proceso de aprendizaje, para lo cual, el menor infractor, debe en la medida de lo posible mantenerse alejado del proceso judicial. Como señala MARTÍN WRIGHT<sup>14</sup>, el sistema penal estigmatiza a una de las partes en el conflicto como delincuente, pues le pone antecedentes penales, la pena se hace trascendental al tener consecuencias para toda la vida, y en el caso de existir, acaba con la relación entre los involucrados.

En realidad, se trata de proteger el desarrollo evolutivo del menor, que como bien jurídico necesario, ha de ser objeto de Tutela. Ese estado evolutivo hace que el joven sea más fácilmente recuperable que el adulto; y por esta razón, la salida más justa del derecho penal juvenil se encuentra en estructurar un sistema que entienda que toda intervención de los mecanismos formales de control social es violenta, y que también es violento el delito; procurando disminuir la violencia propia de todo sistema penal a fin de evitar la violencia que ocurriría, en caso de no tener lugar la solución penal. Esta protección del individuo que no ha alcanzado la plena capacidad jurídica y

---

procesal, Ariel, Barcelona, 1989, p. 33., sólo cuando a pesar de haber sido aplicadas las anteriores medidas y no se han obtenido resultados positivos o cuando la culpabilidad sea grave, es cuando entran en juego los puntos de vista de la retribución y de la prevención general pero con una relevancia mucho menor que en el derecho penal de adultos.

<sup>13</sup> Vid. GIDDENS, A., Sociología, Alianza Editorial S.A, Madrid, 2000,p. 238

<sup>14</sup> Vid. WRIGHT MARTÍN, Derecho, justicia e idoneidad para su fin: hacia una respuesta restaurativa para la delincuencia, Conclusiones del I congreso Internacional sobre justicia restaurativa y Mediación penal, Dimensiones Teóricas y Repercusiones prácticas, celebrado en la facultad de la Universidad de Burgos. España. 2010.

social, es la que obliga al Estado a establecer unas medidas específicas frente a aquellas conductas desviadas constitutivas de delito, en las que rija por encima de todo, la prevención especial, tendente únicamente a resocializar o a enderezar el sistema socializador del menor, o simplemente a iniciar el proceso socializador mismo, evitando- en lo posible-la estigmatización y los efectos meramente retributivos que pudieran derivarse de una prevención general, en las medidas aplicadas al menor infractor por el ilícito penal cometido.<sup>15</sup>

En síntesis, la respuesta punitiva ha de ser entendida a partir de criterios resocializadores y educativos, teniendo en cuenta siempre que el derecho penal como tal no es el único medio de control, pues existen múltiples instrumentos de control social disponibles en cualquier sociedad organizada: opinión pública, sistema educativo, familia, religión, etc. De hecho, y a mi juicio, la esencia de la concepción del derecho penal mínimo parte de la ineficacia previa del resto de los controles sociales y también de las consideraciones político-criminales limitativas de la intervención, construidas a partir de principios naturales como el de necesidad<sup>16</sup> o del interés del menor. El derecho penal mínimo aplicado a la justicia de menores nos permite afirmar de manera evidente que el legislador conculcaría los postulados mínimos si impusiera mandatos o prohibiciones en causas sobre hechos de bagatela o que no generen un gran interés públicos en su persecución y sobre los que en definitiva, podría prescindirse de la acción penal.<sup>17</sup> Es más, en los delitos leves y de mediana gravedad que son de lejos la mayoría en el ámbito de menores, debe practicarse una mayor tolerancia para cubrir razones de prevención especial, en cuyo caso, la pena, tal y como afirma ROXIN puede quedarse por debajo de la medida de culpabilidad y pueden producir eficacia todos los

---

<sup>15</sup> Cfr. BENITEZ ORTÚZAR, I., en: Benítez Ortúzar/Cruz Blanca (dirs.), Derecho penal de menores 2010, p. 55

<sup>16</sup> Con respecto a la necesidad, Vid. MORILLAS CUEVA, L., Los derechos humanos, homenaje al Excmo. Sr. D. Luís Portero García, Publicaciones de la Universidad de Granada, 2001, en el mismo sentido BENITEZ ORTÚZAR, I., en: Benítez Ortúzar/Cruz Blanca (dirs.), Derecho penal de menores 2010, p. 60. "(...) A lo mejor un día el derecho penal se muestra innecesario para la resolución de los conflictos sociales más graves, precisamente porque estos no existen, suprimidos por grandes dosis de solidaridad, igualdad y libertad. Mientras tanto y me temo por mucho tiempo, es imprescindible conseguir un derecho punitivo verdadero protector de los derechos humanos y una educación y un compromiso entre los ciudadanos que hagan inviable la destrucción gratuita, aberrante e incomprensible de los bienes jurídicos del más alto nivel, entre ellos, la vida. Para que los hombre y mujeres, buenos, justos y comprometidos puedan aportar su sabiduría y bondad a una sociedad más libre, más equitativa y que ello lo pueden hacer sin temor, en paz (...)"

<sup>17</sup> Siguiendo a GARCÍA PÉREZ, Los actuales principios rectores del derecho penal juvenil: un análisis crítico, en Revista de derecho penal y criminología, 2ª Época, núm.3. Uned, Madrid, p. 40, en referencia a la desjudicialización-diversión, expone que con éste último término se alude a una serie de técnicas tendentes a poner fin al proceso penal formal en fases anteriores a la constatación de la culpabilidad del menor, renunciando a la acusación o suspendiendo el proceso o incluso impidiendo que se inicie, no comunicando la noticia criminis a los órganos de la administración de justicia. Además señala, como razones fundamentales para la desjudicialización, por un lado, la necesidad de evitar la estigmatización del infractor por medio del proceso penal y las sanciones en él impuestas, así como, la necesidad de descongestionar una Administración de Justicia sobrecargada de trabajo. En todo caso, el art.2 de la Recomendación NRO(87) 20 del Consejo de Europa, propone alentar el desarrollo de procedimientos de desjudicialización y de mediación "a fin de evitar a los menores la asunción por el sistema de justicia penal y las consecuencias derivada de ello".

beneficios basados en las posibilidades de suspensión de la pena, en la reconciliación civil y en el trabajo comunitario.<sup>18</sup> Así, nada impide la desjudicialización y la no incriminación de formas imperfectas de ejecución y de los actos preparatorios en el derecho penal de menores, salvo en los supuestos de delitos graves; y atendiendo a datos estadísticos que acreditan que la mayoría de los delitos cometidos por menores de edad son contra la propiedad, la despenalización de los delitos de hurto, hurto de uso de vehículos de motor, de los robos con fuerza en las cosas o los daños, frente a los que se recurrirá exclusivamente a medidas de reparación del daño causado.<sup>19</sup> Como venimos afirmando, el principio de intervención mínima alcanza su máxima intensidad en el derecho penal de menores, en aras de un efectivo cumplimiento de los superiores objetivos de la constitución,<sup>20</sup> con el añadido de tutelar el desarrollo evolutivo de todo menor.<sup>21</sup> Piénsese que la utilización inmediata y directa de la justicia juvenil como mecanismo de lucha contra la marginalidad social, supone reproducir la violencia a través del uso legítimo de la coerción estatal,<sup>22</sup> por eso, el derecho penal juvenil debe caminar hacia la consecución de limitar la intervención a los casos estrictamente necesarios, adoptando en materia de respuesta punitiva mecanismos alternativos a las sanciones privativas de libertad con bases a adecuaciones político-criminales y criminológicas.<sup>23</sup> En esta

---

<sup>18</sup> Cfr. ROXIN, C., ob. cit, p. 83.

<sup>19</sup> Vid. PORTILLA CONTRERAS, G., Fundamentos teóricos de una alternativa al concepto de tradicional de inimputabilidad del menor, protección jurídica del menor, Comares, Granada, 1997, p. 131-133

<sup>20</sup> Como afirma ZUÑIGA RODRÍGUEZ, E., La política criminal, Cole Madrid, 2001, p. 50, el sistema de valores y principios contenido en la Constitución constituye sin duda el marco de referencia básico y fundamental de las valoraciones político-criminales que deben guiar cualquier programa de lucha contra la criminalidad. En el mismo sentido ARROYO ZAPATERO, L., Fundamento y función del sistema penal: el programa de la Constitución, revista de la Universidad de Castilla la Mancha, 1987, p. 99, para quien la Constitución no es una mera regla formal de atribución de competencias, sino que comprende también un amplísimo catálogo de prescripciones materiales, por lo que el ordenamiento penal forzosamente ha de ser comprendido e integrado a la luz de los principios constitucionales. También Vid, ARROYO ZAPATERO, L., Control constitucional del derecho y de la justicia penal, CPC, 1987, p. 385 y ss, en el que se hace referencia “al programa penal de la Constitución” que es entendido por LAMARCA PÉREZ, C., Posibilidades y límites de la dogmática penal, CPC, 1987, p. 547, como un conjunto de valores, principios y normas que sin determinar por completo las opciones legislativas, limitan y dotan de un sentido finalista a esta rama del ordenamiento jurídico.

<sup>21</sup> Vid. BERDUGO DE LA TORRE, I/ ARROYO ZAPATERO, L/ FERRÉ OLIVÉ, J.C/ GARCÍA RIVAS, N/ SERRANO PIEDECASAS, J. R/, TERRADILLOS BASOCO, J., Curso de derecho Penal, Parte General, Ediciones Experiencia, SL, Barcelona, 2004, p. 82.

<sup>22</sup> Cfr. MARTÍN RÍOS, M.P., Anuario de Justicia de Menores, 2011, p.176. También Vid. ROLDÁN BARBERO, H., ¿Qué queda de la contestación social de los años 60 y 70 en la criminología actual?, en revista de derecho penal y criminología, 2002, núm. 10. pp. 221-222. Para quien el control social es un asunto de poder. En este sentido, RODRÍGUEZ MESA, M.<sup>a</sup> J., Las razones del derecho penal. Modelos de fundamentación y legitimación, en revista electrónica de derecho Penal y Criminología, 2007, núm 9-10. pp.10:1-10:2, p. 10:3., identificando el control social como asunto de poder, expone que de este dato se han derivado dos importantes consecuencias para el Derecho penal y su función de control social., la concepción de la delincuencia como respuesta al conflicto de poderes, por una parte y la consideración del sistema penal como expresión de una violencia estructural, por otra.

<sup>23</sup> Cfr MARTÍN RÍOS, M.P Anuario de Justicia de Menores, 2011, p.175. También Vid. ROXIN, C/ ARTZ GUNTHER/TIEDEMANN, K., Introducción, 1989, p. 33, “(...) en tales casos el legislador pretende ofrecer soluciones en lo posible a través de medidas sin carácter penal. En este sentido se dispone que con motivo de la comisión de un delito por un joven, puede ordenarse la aplicación de medidas educativas, que normalmente consisten en meras reglas de comportamiento para “promover y asegurar la educación del joven. De no bastar las medidas educativas, pueden aplicarse diversas medidas correctivas, como la reprobación, la imposición de realizar determinadas tareas y el arresto de

apuesta, es básica la configuración de este sistema como un derecho penal mínimo generador de los “filtros inhibidores de su propia intervención” tales como crear “zonas restaurativas” o bien dar una configuración adecuada y estructurada al principio supremo del interés del menor desde una perspectiva natural que lo haga eficaz dentro del hecho punible. Por último, no podemos dejar de elogiar a la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de Menor, en cuanto que gobierna el principio de oportunidad o la mediación en esa tarea de contemplar al menor como un sujeto en plena evolución, aunque lo hace de manera insuficiente, pues no desarrolla la posibilidad de establecer programas de esta naturaleza fuera del ambiente judicial que permite dar salida al interés del menor como principio clave e inspirador del todo el sistema.

---

jóvenes, que deben servir para hacerle presente que tiene que responder de sus hechos delictivos. Pero tales medidas todavía no presentan los efectos jurídicos de una pena.”