

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE
MADRID

FACULTAD DE DERECHO

LA JURISDICCIÓN DE MENORES EN ESPAÑA

(PASADO, PRESENTE Y FUTURO).



* 5 3 0 9 6 1 3 0 1 9 *
UNIVERSIDAD COMPLUTENSE

POR
FRANCISCO SÁNCHEZ MARTÍNEZ

DIRECTOR:
DR. JOSÉ M. MARTINEZ-PEREDA RODRIGUEZ

1996

LA JURISDICCION DE MENORES EN
ESPAÑA.

(Pasado, presente y futuro)

LA JURISDICCIÓN DE MENORES EN ESPAÑA.

(Pasado, presente y futuro)

Pág.

INTRODUCCIÓN GENERAL	I - XIII
PARTE I: CONCEPTO DEL MENOR	1
Introducción ..	2
Capítulo I: La minoría de edad	4
Capítulo II: El menor desde el punto de vista antropológico	7
Capítulo III: Cómo se hacen adultos	10
Capítulo IV: Consideraciones políticas derivadas de lo expuesto	14
Capítulo V: El menor y su problemática: Aspectos psicológicos, sociológicos y criminológicos	17
Capítulo VI: Lo que piensan los menores	20
Capítulo VII: La respuesta de la Justicia a la delincuencia de menores	22
Capítulo VIII: La Justicia ante el menor gitano inadaptado	28
PARTE II: ESTUDIO JURÍDICO-PENAL DE LA MINORÍA DE EDAD	31
Capítulo I: Derechos históricos comparados	32
- Los pueblos antiguos	32
- El derecho romano	33
- El menor en el derecho canónico	35
- El menor en el derecho germánico	36
- El menor en la Edad Media	37
- El menor en las Edades Contemporánea y Moderna ..	38
- La evolución en España	40

Capítulo II:	El Padre de Huérfanos	44
Capítulo III:	Los Toribios de Sevilla	51
Capítulo IV:	Final del siglo XVIII y siglo XIX	53
Capítulo V:	El siglo XX hasta la ley de 1948	56
PARTE III:	LAS ESCUELAS PENALES	60
Capítulo I:	La Escuela Clásica	61
Capítulo II:	La Escuela Positiva	64
Capítulo III:	Aciertos y fracasos de las escuelas Clásica y Positiva ..	68
Capítulo IV:	La Escuela Crítica	70
Capítulo V:	Teorías penales en Alemania	71
Capítulo VI:	Teorías penales en España	74
PARTE IV:	EL MENOR EN EL MARCO INTERNACIONAL	76
Introducción	77
Capítulo I:	La reacción ante la delincuencia juvenil en el marco internacional	80
Capítulo II:	Síntesis de la legislación comunitaria sobre derechos y protección social de los niños	87
	A) Los niños en la Comunidad Europea	87
	B) El trabajo de los menores de la Unión Europea	89
PARTE V:	LEGISLACIÓN INTERNACIONAL. DERECHO COMPARADO ..	90
1.	Bélgica	91
2.	Alemania	95
3.	Estados Unidos	96
4.	Dinamarca	98
5.	Luxemburgo	99
6.	Gran Bretaña	101

7.	En especial, Escocia	103
8.	Francia	104
9.	Suiza	106
10.	Suecia	106
11.	Italia	107
12.	Turquía	108
13.	Polonia	110
14.	Hungría	111
15.	Antigua Yugoslavia	111
16.	Hispanoamérica	112
17.	Canadá	112
18.	Japón	114
19.	China	114
20.	Sur de Australia	114
21.	Países Arabes	115

PARTE VI:	TRATAMIENTO DE LA EDAD EN LOS SUCESIVOS CÓDIGOS PENALES	117
------------------	--	------------

PARTE VII:	LA LEY DE TRIBUNALES TUTELARES DE MENORES (TEXTO REFUNDIDO POR DECRETO DE 11 DE JUNIO DE 1948)	120
-------------------	---	------------

Capítulo I:	Ley de 11 de junio de 1948	121
	- Conclusiones	131
Capítulo II:	Estudio de la sentencia del T.C. de 14.2.1991	134
	- Comentario	163

PARTE VIII:	LEGISLACIÓN ACTUAL EN MATERIA DE MENORES EN ESPAÑA	175
--------------------	---	------------

	Introducción ..	176
--	-----------------	-----

Capítulo I:	El Código Civil y el Menor	180
Capítulo II:	Responsabilidad Civil	185
Capítulo III:	El Código Penal y el Menor	188
 PARTE IX: LA LEY ORGÁNICA 4/1992 DE 5 DE JUNIO		194
Introducción ..		196
Capítulo I:	Competencias de los Juzgados de Menores	203
Capítulo II:	La actuación del Ministerio Fiscal	211
	A) Con respecto al Fiscal	213
	B) Con respecto a la investigación	214
	C) Con respecto a la defensa del menor	217
Capítulo III:	El equipo Técnico de Apoyo y su informe	219
	a) Naturaleza Jurídica	220
	b) Efectos del informe técnico	221
	c) Otros efectos para terceros	223
Capítulo IV:	Las medidas cautelares en interés del menor	226
Capítulo V:	La fase de comparecencia	237
	a) Conclusión de las actuaciones sin comparecencia y sin adopción de medidas y posterior archivo	237
	b) La comparecencia del menor ante el Juez	240
Capítulo VI:	Conclusiones del expediente y escrito de alegaciones del Ministerio Fiscal	246
Capítulo VII:	La audiencia, trámites previos y celebración	249
Capítulo VIII:	Resolución	268
Capítulo IX:	La ejecución de las medidas judiciales	269
Capítulo X:	Medidas judiciales	276
	- La amonestación	276
	- Internamiento por un periodo de uno a tres fines de semana	277
	- Libertad vigilada	278
	- Acogimiento por una persona o núcleo familiar	281

	- Privación del derecho a conducir ciclomotores o vehículos a motor	282
	- Prestación de servicios en beneficio de la comunidad	284
	- Tratamiento ambulatorio	288
	- Internamiento	289
Capítulo XI:	Revisión de las medidas judiciales	292
Capítulo XII:	Recursos	294
PARTE X:	EL JUICIO DE FALTAS DE LA LEY ORGÁNICA 4/1992	298
PARTE XI:	EL ANTEPROYECTO DE LA LEY PENAL JUVENIL Y DEL MENOR	304
	- Ámbito personal de aplicación de la ley penal juvenil	309
	- Aplicación condicionada de la Ley. Juicio sobre la madurez del joven o menor	311
	- Ámbito objetivo	314
	- Tratamiento penal del joven delincuente	315
	- Aspectos procesales	321
	CONCLUSIONES GENERALES	323
	BIBLIOGRAFÍA	332
ANEXO I:	Disposiciones normativas de las Comunidades Autónomas en materia de protección al menor.	
ANEXO II:	Recomendación del Consejo de Europa de 31 de marzo de 1992, sobre el cuidado de los niños y de las niñas.	
ANEXO III:	Anagrama de los trámites procesales a seguir conforme a la Ley 4/1992.	

INTRODUCCIÓN GENERAL

INTRODUCCIÓN

Este trabajo de investigación surge a partir de mi encuentro personal y consiguiente compromiso con la infancia y juventud que se ve sometida a las instituciones de control social. No me parecía ni me parece suficiente, abordar una reflexión jurídica sobre el tema acudiendo únicamente a esquemas teóricos o modelos ya existentes para, desde ellos, indagar si se adecuaban o no a los interrogantes que nos hacemos hoy. En consecuencia he procurado conocer de cerca los planteamientos que las diferentes legislaciones contienen sobre el menor, y particularmente, la actual Ley de Menores.

En los menores, que como consecuencia de la comisión de hechos delictivos deben comparecer ante los órganos judiciales, existen unas características comunes, esto es, fracasos en los primeros años de formación y desarrollo de la personalidad, déficits sociales y una falta de adecuación de las respuestas que se dan familiar o institucionalmente. El déficit social en el que el menor pueda desarrollarse, no es decisivo como algunos autores creen, pues la apariencia nos enseña que hay familias en la misma situación deplorable, que con otras pautas educativas, sin conseguir salir de la astemia y la necesidad, malviven, pero honradamente. Como acertadamente sostiene el Magistrado del Tribunal Supremo MARTÍNEZ-PEREDA es necesario “favorecer y mejorar los contactos entre los agentes del sistema de justicia penal y las familias de los jóvenes y otros allegados a los menores a fin de comprender mejor su problema y llegar a decisiones fundadas¹”.

La legislación de menores establece una doble regulación referida a dos aspectos de obligado estudio. Por un lado cuando se comete una infracción penal por parte del menor de doce a dieciséis años según la actual ley (y cuando entre el

¹ MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J.M.: “Los menores y el Consejo de Europa” en *Actualidad Penal*, nº 21: 24-30 mayo 1993.

nuevo Código Penal en vigor hasta dieciocho o incluso veintiuno), intervienen los Juzgados de Menores, hablando del ámbito legislativo de reforma, siendo de aplicación la Ley 4/1992. Y cuando el niño se haya en una situación de abandono o desamparo entramos en la competencia de protección del menor, aplicando en este caso la Ley 21/1987 sobre tutela, acogimiento y adopción, y en la actualidad además la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La diferencia fundamental radica en el distinto orden jurídico de intervención. Mientras en reforma interviene el aparato punitivo del Estado, que según el profesor SÁNCHEZ DE LA TORRE “ el aspecto más frágil, e incluso más trágico del Ordenamiento Jurídico es el hecho de no poder alcanzar efectividad suficiente sin el recurso al poder coactivo del Estado”², y que es el objeto de estudio de esta tesis, en Protección hace su aparición el aparato Administrativo y el Civil.

Los derechos del niño a la atención y protección y la declaración de estos son hoy principios elementales e indiscutibles, sin embargo fueron desconocidos a lo largo de la historia. En los primeros veinte años de este siglo aún se desconocía el compromiso de la humanidad en garantizar los derechos del menor, quien durante siglos ha sido objeto de maltrato. El reconocimiento de sus necesidades primarias, su progreso material y espiritual, el respeto de sus derechos, ha sido una conquista de nuestros días. Es por ello indispensable garantizar tanto constitucional como procesalmente los derechos del menor, en todas sus vertientes, pero muy especialmente desde la óptica de la reforma. En ningún caso se interviene en materia de reforma sobre un menor en momentos anteriores a la preadolescencia, de tal manera que hasta entonces no cabe pensar en otro tipo de actuación que la propiamente educativa y en su esfera propia.

La sociedad se enfrenta con la delincuencia pero en el caso de las acciones cometidas por menores de edad aunque es necesaria y preceptiva la intervención de

² SÁNCHEZ DE LA TORRE, A.: “El Derecho en la aventura europea de la libertad”. Reus S.A. Madrid, 1987, pág. 180.

instituciones nunca la debe efectuar con criterio retributivo y sancionador sino con carácter rehabilitador y formativo, que será siempre la finalidad perseguida con la imposición de medidas. El enjuiciamiento de los menores que vulneran la ley penal ha de responder a criterios diferentes de los utilizados para el enjuiciamiento de las conductas delictivas de los adultos, ya que se trata de personalidades en pleno proceso evolutivo de su desarrollo físico, psíquico y social. La función del juzgador rebasa la simple función del hecho cometido, para proyectarse en la constitución biológica del menor, sus características psicológicas y su entorno social, lo que a sus vez, hace imprescindible la necesidad de una formación especializada en el juzgador, de modo que su cualificación teórico-jurídica se complemente con un soporte de conocimientos básicos, en psicología, sociología, etc.

El joven o menor que delinquen requieren algo distinto, cualitativamente diferente del Derecho Penal: no un menos de lo mismo, no una pena atenuada. La respuesta ha de ser otra, inequívocamente orientada a su corrección, pues la conducta irregular o delictiva de jóvenes y menores, debe comprenderse, en definitiva, como expresión de un fracaso del proceso educativo y de socialización. Y todo ello sin perjuicio de que la ley sugerida complete, también, previsiones de particular rigor (internamiento) con relación a comportamientos de jóvenes y menores de especial gravedad³.

El cuerpo social se defiende de quien le agrada y entendemos que así debe ser, restañando en lo posible a la víctima, legislando para preservar la libertad y sancionando al infractor. Y en el caso de los menores aún mas que en el de los adultos los fallos judiciales han de buscar en la medida la resocialización del sujeto, por ello han de llenarse de contenido integrador (reparación a prueba, etc.), y llevarse a efecto en el entorno del propio menor, implicando a quien le rodea. Para ello contamos en España, tanto en la Ley de 1948, como en la actual Ley 4/1992

³ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: "Problemas y Tendencias de la Moderna Criminología". Cuadernos de Derecho Judicial. Pág. 362.

con la libertad vigilada, la cual permite un amplio espectro de intervenciones en espacios no jurídicos. (MARTÍNEZ-PEREDA J.M. “Conferencia sobre niños y niñas privadas de libertad, Ponencia.. Costa Rica 1992, promovida por las Naciones Unidas).

Aunque la delincuencia juvenil, competencia de los Juzgados de Menores, es normalmente delincuencia urbana común, no debemos olvidar que su origen suele ser diverso, influencias ambientales, políticas, como por ejemplo los grupos pro-etarras de reciente aparición en el País Vasco. En tales casos esta delincuencia cumple los cuatro criterios que permiten clasificar un fenómeno como problema social: persistencia, elevado número de personas involucradas, difícil solución a pesar de los reiterados esfuerzos por erradicarla y consenso social acerca de sus negativas consecuencias.

Con la presente tesis he tratado de hacer un trabajo que permita la comprensión, ya a particulares ya a profesionales del derecho, del mundo legislativo del menor, que al leerlo puedan entender qué comprende nuestro legislador qué es un menor, la evolución de su derecho regulador a lo largo de la historia, la incidencia que tuvo la Constitución Española en la Ley de 1948, la actual legislación de menores, haciendo especial hincapié en el procedimiento, garantías procesales, ejecución de medidas; el menor en el ámbito internacional; la aplicación de la legislación de menores en el día a día; el proyecto de ley penal y juvenil del menor; la entrada en vigor del Código Penal que eleva la edad penal, a dieciocho años , conllevando un elevado costo (que es quizá la razón que ha impedido con anterioridad la modernización del Código), evitando esa peculiar legislación de atenuar la imputabilidad al menor de dieciocho años y mayor de dieciséis, que tantas veces permite dejar en libertad a adolescentes de alto riesgo, lo que a su vez impide las posibilidades de educación y auténtica resocialización de muchachos, que ciertamente en edades más avanzadas es una utopía⁴, siendo

⁴GARCÍA ANDRADE J.A.: “Política criminal y edad penal”. Rev. Ilustre Colegio de Abogados de Madrid.

necesario establecer una premisa aclaratoria de las dificultades terminológicas pues, como señala Barbero Santos, desde el plano penal la delincuencia de menores no es lo mismo que la delincuencia juvenil⁵. Todo lo expuesto, puede participar tras su lectura, en las conclusiones a las que se ha llegado haciendo suyo un mundo legislativo algo olvidado sino abandonado, y que, sin embargo, es la base del futuro de toda sociedad.

El jurista tiene que ejercer una función cuyo fin sea localizar y poner en evidencia en el contexto histórico en que se mueve, los obstáculos de hecho y de derecho que impidan el ejercicio del derecho a la igualdad y proveer a los elementos para su superación⁶.

En el Título I se define al menor, implicando el término menor que existe otro término que sería el de mayor, ya que la diferencia de uno y otro se va a establecer en función de su edad, y esta sería distinta en cada país, aunque internacionalmente se considera los dieciocho años como la edad que delimita la minoría de edad de la mayoría. Existe un *continuum* psicológico y social entre los menores que se hallan en una situación de protección y aquellos que más adelante van a cometer actos que perturban la convivencia, al haber fracasado en estos casos el sistema de control informal que son la familia, la escuela, el barrio o pueblo, etc., entonces interviene el sistema de control formal, ya que ha incumplido las normas de convivencia, sistema que es constituido por las fuerzas de seguridad, la justicia, los educadores sociales, etc.

En el Título II se ha creído conveniente realizar una referencia histórica, resaltando que la preocupación por el menor se acrecienta en el presente siglo, si bien existieron periodos anteriores, aunque breves, donde aparecieron instituciones

⁵ BARBERO SANTOS, M.: "La delincuencia juvenil en España; imagen y realidad". separata del Boletín de Información del Ministerio de Justicia. números 13-15 de 25 de junio. 1983, pág. 7.

⁶ CANTARERO BANDRES, R.: "Delincuencia juvenil y sociedad en transformación: Derecho Penal y Procesal de Menores". Ed. Montecorvo S.A. 1988.

que han intervenido con gran acierto sobre el menor, así en los Toribios de Sevilla el Padre de Huérfanos, y en el siglo actual, aunque es conveniente a pesar de que se han aumentado las garantías en favor del menor, su protección y que la sociedad actual reconsidere el lugar que ocupa el menor, revise sus actitudes frente al mismo en general y desarrolle una nueva ética del menor, pues entre la degradación familiar, cultural, ambiental y del desarraigo social, existe un nexo de íntima relación.

En el Título III se hace una exposición de las Escuelas, describiendo los postulados en que se basaban sus principios, las edades que consideraban al menor inimputable e imputable así como las causas que motivaron el acierto y fracaso de cada una de ellas. Hay que destacar la influencia que la ideología positiva tuvo en nuestro país, junto a la penetración de las ideas del correccionalismo, sobre todo en la configuración de los principios inspiradores de la legislación de los Tribunales Tutelares de Menores y de su evolución posterior debido a Dorado Montero. La Escuela correccionalista, basada en el principio de que el fin de la pena no podía ser la retribución, sino la reeducación del delincuente a fin de restablecer en el la voluntad justa, fue unida por Dorado Montero a la tesis de la Escuela positiva, tratando de hallar un sistema que ampliara el molde metafísico y cerrado de aquella con la sangre viva y joven procedente de la observación que guía a ésta. El resultado es la concepción de un Derecho de Menores, que ve a los mismos que infrinjan las normas, necesitados de percibir un tratamiento y no una pena.

Los Títulos IV y V se dedican al menor en el marco internacional, desarrollando las declaraciones de carácter internacional que se han efectuado sobre los derechos del menor. Pero dichos principios y derechos que establecen y proclaman los Tratados y Acuerdos de carácter internacional, no establecen quién es el obligado o destinatario de la correlativa obligación, por lo que es tarea de los gobiernos de los distintos Estados la plasmación concreta de los derechos de los menores, a través de los cauces legales, garantizando los derechos y necesidades de

que los niños son acreedores. Con respecto a la Justicia de Menores se recomienda por el Consejo de Europa, la aceleración de los procesos agilizándolos, evitar la detención del menor, la existencia de garantías procesales en el procedimiento de menores, especialización de los que intervienen en el mismo, Juez, Fiscal, Policía, y; limitación de la medida de internamiento por tiempo determinado, considerando esta medida de carácter excepcional y siempre habrá de motivarse. Estos criterios se adoptaron por el Comité de Ministros el 17 de septiembre de 1987. Estos objetivos han dado lugar a distintas formas de intervenir que han sido contempladas en las diferentes legislaciones, bajo modelos legales que pueden encuadrarse en el modelo administrativo (Centro Europa, Escocia), el modelo judicial (Francia) y el modelo mixto (el sistema belga). Se desarrolla en la última parte de este Título los diferentes sistemas adoptados por las legislaciones.

“En la mayoría de los ordenamientos y dentro del campo del Derecho privado viene configurada la minoridad como una incapacidad de obrar o de ejercicio, de manera semejante a la carencia de capacidad intelectual y volitiva. Aunque la mayoría de las legislaciones fijan la mayoría de edad a los 18 años, coincide con la emisión del sufragio, no coincide en el ámbito penal la capacidad de reproche con la mayoría de edad civil y política. Resulta muy conveniente la fijación de una edad única para todos los efectos jurídicos, tanto en el ámbito del derecho público como en el del derecho privado⁷”.

El tratamiento de la edad en los sucesivos Códigos Penales en España se desarrolla en el Título VI, estableciéndose criterios objetivos de inimputabilidad en el Código de 1944, así como en los de 1932 y 1928, y acabaron con el criterio del discernimiento que los anteriores Códigos patrios de 1822, 1848, 1850 y 1870 establecieron para los casos de que el mayor de 7 ó 9 años de edad según que Código y menor de 15 ó 17 dependiendo de que legislación.

⁷ MARTÍNEZ-PEREDA RODRIGUEZ, J.M.: “Proyecto “Derechos Humanos: Niños, niñas y adolescentes privados de libertad”. Ponencia que efectuó en la Conferencia promovida por las Naciones Unidas, Costa Rica, 1992.

El Título VII se dedica a la Ley de 1948 de Tribunales Tutelares de Menores, que se inspiraba en los principios del positivismo; y consideraba que el menor de dieciséis años era plenamente irresponsable, presunción esta que no admitía prueba en contrario, interviniendo los Tribunales cuando el menor de dieciséis años cometía un hecho constitutivo de delito o falta y además en aquellos casos que el menor realizase comportamientos irregulares aún cuando estas no se contemplaban en el Código Penal. Las medidas que se imponían eran de tipo educativo, y se atendía para la imposición de las mismas a las condiciones sociales y morales del menor. En el procedimiento establecido por dicha ley se establecía una intervención inquisitiva, no estando prevista la intervención del Fiscal y del Abogado del menor. Pudiéndose imponer cualquier medida de las que contemplaba la ley, pero sin que tuviesen una limitación temporal pudiendo ser modificadas en cualquier momento. Esto determinó el planteamiento de varias cuestiones de inconstitucionalidad una vez que entró en vigor la Constitución de 1978, que fueron resueltas por la Sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de febrero de 1991, señalando el mencionado Tribunal la inconstitucionalidad del art. 15 de la Ley de 1948 y que excluía las reglas procesales que estaban vigentes en las demás jurisdicciones. Y al tratarse este procedimiento de naturaleza penal, toda vez que, aunque no son penas en sentido estricto las medidas que pueden adoptarse (contempladas en el art. 17 de la L.T.T.M), comportan importantes restricciones a la libertad del menor y se imponían como consecuencia de conductas penalmente tipificadas, por lo que el enjuiciamiento de estos hechos debía revestir todas las garantías constitucionales, pues si no sería hacer de peor condición al menor que comete un delito que al mayor, creándose como consecuencia y hasta la publicación de la nueva ley serios problemas de seguridad jurídica y de quebrantamiento del principio de igualdad, por ser distintos los criterios de integración de los distintos jueces, no obstante ser la única vía de salida la integración por los jueces de un procedimiento.

El Título VIII supone el tratamiento legal del menor en la actualidad, partiendo de la Constitución de 1978, que recoge una serie de derechos y libertades del niño que están dotados de su propio y específico significado jurídico, recogiendo diversos preceptos que establecen unas bases mínimas de los derechos y de la protección a la infancia, no estableciendo una regulación pormenorizada ya que esta se efectuó con posterioridad de forma exhaustiva por leyes ordinarias. También contempla nuestra Constitución una serie de preceptos que si bien no hablan del menor si tienen relevancia y afectan a derechos del menor, así los artículos, 17, 24, 27, 39, 43, 45, 48 y 53.

Es de resaltar como hace Jose Manuel Martínez-Pereda, la nueva concepción que imprime en la legislación del menor el principio de presunción de inocencia; “Tal principio supone que debe de partirse de la inocencia mientras no se declare la culpabilidad y que es la acusación a quien incumbe acreditar tal carga procesal y no al defensor justificar su inocencia. Las leyes tutelares responden al modelo de culpabilidad de autos y no reconocen la presunción de inocencia, comenzando la intervención punitiva con el primer contacto del menor con las agencias de control⁸.

El Código Civil aborda diversos aspectos relacionados con el menor, con instituciones como la filiación, patria potestad, emancipación tutelar; fijando además aquellos casos en que en atención a la capacidad, la mayor edad se rebaja en atención a la naturaleza del acto y en función de los criterios de política legislativa que inspiren la regulación de las instituciones.

La responsabilidad civil del menor será distinta según proceda de un ilícito penal o civil; la realización de un hecho que revista los caracteres de delito por un menor, no acarrea responsabilidad penal si no ha cumplido los dieciséis años o

⁸MARTÍNEZ-PEREDA RODRIGUEZ, J. M.; “Proyecto de Derechos: Niños, niñas y adolescentes privados de libertad”. Ponencia que efectuó en la Conferencia promovida por las Naciones Unidas, Costa Rica. 1992.

dieciocho años si es a partir de la entrada en vigor del Código Penal de 1995, pero sí conlleva responsabilidad civil como consecuencia del hecho cometido si lesiona el interés de un particular. También se contempla la responsabilidad civil derivada de ilícito civil en los artículos 1902 y 1903 del Código Civil siendo la responsabilidad de los padres directa y no subsidiaria y objetiva. En el Código Penal actual se ha optado por el criterio cronológico puro o biológico que implica una mayor seguridad jurídica en la determinación de la minoría de edad.

El Título IX se dedica a la Ley Orgánica 4/1992 de 5 de junio, sobre reforma de la Ley Reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores, vertebrándose el nuevo sistema a través de tres artículos; el 9, el 15 y el 17, modificados de la anterior. Su reforma supone estar incordinado el procedimiento de menores en el resto del ordenamiento jurídico sancionador, otorgarse como innovación sin precedentes en el sistema judicial español la intervención del Ministerio Fiscal como instructor en el procedimiento, existiendo únicamente la acusación pública sin que se contemple la posibilidad de acusación privada, conciliarse el derecho de autor con el derecho de hecho, ya que en primer lugar se valora el hecho cometido y en base a él se interviene, pues sin hecho no hay procedimiento, el hecho ha de ser un delito o falta de los contemplados en el Código Penal o en alguna ley especial, y con posterioridad tras la comisión del delito en sentido amplio, se valora el autor, ya que es preceptiva tras la comisión del hecho la intervención del Equipo Técnico de Apoyo, que elabora su informe sobre la situación psicológica, educativa y familiar del menor, así como sobre su entorno social (barrio, relaciones, sitios que frecuenta). Siendo el procedimiento que contempla la actual ley un autentico proceso, con todas las garantías procesales, limita el tiempo de duración de las medidas que en ningún caso será superior a dos años. Con respecto al internamiento provisional, éste se podrá efectuar únicamente previa petición del Ministerio Fiscal y acordarse por el juez previa audiencia en la que intervendrá el abogado del menor, conforme a la última reforma operada en la Ley de Enjuiciamiento Criminal; y habrá de ratificarse o

dejarse sin efecto en el plazo de un mes. Como tramites a seguir en el procedimiento y de forma simplificada esta la comparecencia, con la intervención de todos, y después los escritos de alegaciones y la celebración de la audiencia, tras la cual se dictará resolución,, pudiéndose apelar ésta conociendo de la misma la Audiencia Provincial. Entre las posibles medidas, la ley las establece y crea alguna que no fijaba la ley de 1948, así el internamiento por un periodo de uno a tres fines de semana y la privación del derecho a conducir ciclomotores o vehículos de motor. La Ley 4/1992 contempla la posibilidad de reducir en fase de ejecución e incluso dejar sin efecto la medida impuesta en resolución.

El juicio de faltas de la Ley 4/1992 se estudia en el Título X, considerando la inoportunidad e inadecuación, no teniendo el legislador que haber atribuido esa competencia a los Juzgados de Menores ya que todos los supuestos del art. 584 (con excepción del nº3), que son las faltas que cometidas por mayores se atribuyen a los Juzgados de Menores. Se refieren a supuestos en que el menor es víctima de una situación injusta directamente relacionada con la necesidad de su protección, sin que ello tenga ninguna relación con la actuación del Juez de Menores, que es únicamente competente para conocer de los delitos y faltas cometidas por menores. Al entrar en vigor en mayo del 96 el Código Penal de 1995, ya no podrá aplicarse por no haber disposiciones que cambie la normativa nueva y la adapte a la ley de menores. En penal no puede haber aplicación analógica de la ley.

Por lo que respecta al anteproyecto de Ley Orgánica Penal Juvenil y del Menor, (Título XI) es de naturaleza penal, ya que declara la responsabilidad de los menores (art. 6.1), la intervención del fiscal exclusivamente como acusador, la gravedad de las penas (internamiento en centro cerrado hasta 10 años), el fin legal de restablecer el orden jurídico (art. 9), la importancia esencial de la gravedad y naturaleza de los hechos como elementos valorativos para la determinación de la pena aplicable (art. 27), el establecimiento de un proceso similar al procedimiento desarrollado en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. La responsabilidad criminal de los menores y jóvenes se asienta en el criterio del discernimiento (abandonado en

el Código Penal de 1928), según el cual se declara la responsabilidad penal de los menores cuando estos, en el momento de cometer una infracción, posean capacidad suficiente para comprender la ilicitud del hecho y actuar conforme a esa comprensión (art. 16).

Como reflexión sobre el trabajo realizado se podría decir que el hombre ha maltratado al menor a lo largo de la historia, y lo ha efectuado según que época con unas durezas enormes, ya que hasta bien entrado este siglo no ha existido una sensibilización de los legisladores, de la sociedad, y del ámbito internacional. Hoy si se puede decir que existen unos derechos del menor que los recogen las diversas legislaciones.

Lo expuesto contiene el esbozo de las líneas por las que discurre esta tesis doctoral sobre la legislación de menores en España, habiéndose efectuado una crítica y exposición de la legislación vigente.

Entiendo mi trabajo como una contribución a la reflexión jurídico-filosófica sobre la legislación de menores.

Se intenta mediante un examen de la legislación de menores, por su propia naturaleza, dar cuenta del estado de la legislación y anteproyecto, por cuanto entiendo que la reflexión jurídica de los próximos años no podrá prescindir de lo aquí expuesto y desarrollado.

PARTE I

CONCEPTO DEL MENOR

PARTE I

INTRODUCCIÓN

Desde el punto de vista jurídico, cuando hablamos de menor debemos precisar que se entiende por menor.

En realidad la palabra menor, gramaticalmente significa persona que según la Ley, no tiene suficiente edad para disponer de sí ni de sus bienes. Frente a otros sinónimos como niño o infancia, es quizás la menos afectiva.

El término más jurídico sería el de infancia, pues éste tiene connotaciones ,que proceden del latín *infans*, psicológicas, e incluso es más concreto, por eso es preferible utilizar uno más amplio, que engloba infancia y adolescencia, y éste podría ser el de menor. De hecho los textos legislativos utilizan este último término omnicompresivo.

Hablar y referirnos a los menores implica que hay mayores, ya que la expresión menor se utiliza con relación a otro que sería el mayor. La diferencia entre mayor y menor se va a establecer en función de su edad y esta variará según de que país se trate, aunque internacionalmente se está llegando a una consideración de la edad frontera para distinguir la menor y la mayor edad, de forma unánime, siendo la edad que diferencia al menor y al mayor la edad de 18 años. Así en la Convención sobre los derechos del Niño y de la Niña, Naciones Unidas 20 de Noviembre de 1989, en su artículo 1º, establece que se entenderá por

niño y niña todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que en virtud de la ley que le sea aplicable haya alcanzado antes la mayoría de edad.

La edad, por lo tanto, desde el punto de vista jurídico, es el tiempo transcurrido desde el nacimiento de la persona hasta el instante en que se computa o exige. Y será la edad la que determine si un sujeto es mayor o menor, según el momento en que se fije, con las consecuencias jurídicas que de ello se deriva. Modificando su capacidad de obrar (no su capacidad jurídica que se tiene por el hecho de ser persona y viene determinada por el nacimiento) y contar ese sujeto con unas necesidades especiales.

La falta de capacidad de obrar y las necesidades que se derivan de ser un sujeto en formación, hacen que se establezca una dependencia de esa persona en relación a otra u otras, a la que la misma se encuentra sometido por la patria potestad o la tutela.

El Estado tiene, por tanto, la obligación legal de proteger a los menores por el mero hecho de ser tales, a través del conjunto de realizaciones que tiendan a satisfacer las necesidades básicas del niño y además habrá de efectuar asimismo una protección especial, que será aquella que haya de ofrecer al niño o adolescente que por diversas circunstancias precisa de una protección diferente, específica y, en definitiva, superior a la normal.

CAPÍTULO I

LA MINORÍA DE EDAD

La inteligencia se desarrolla hasta los dieciocho años, es decir a partir, de esa edad en que ya se alcanza el techo de la inteligencia, se podrá tener más experiencia, pero ya nunca se podrá ser más inteligente.

La evolución de la personalidad tiene por objeto entender la evolución del hombre desde su niñez desvalida a la posibilidad de acceder a la maduración, con el conocimiento de la propia realidad y su aceptación, limitando su voluntad por unos valores éticos y morales y admitiendo, las consecuencias de los actos que ejercen. Es decir se es maduro cuando el que algo quiere debe aceptar las consecuencias. El hombre maduro debe realizarse con libertad en su propia situación, aceptando el riesgo que significa escribir cada uno su propia historia, poniendo en relación el como se es, el como se existe y el como se está haciendo. La libertad como fuerza electiva para escoger entre objetos que se ofrecen al entendimiento, el que a su vez se relaciona con el resto del mundo psíquico, precisa para ser auténtica haber alcanzado el privilegio de una autonomía y mismidad habituada a la elección de un yo maduro, lo que significa y supone en definitiva, ser conocedor del conocimiento, ser el hacedor de la propia historia y el dueño del propio carácter.

La asociación de Psiquiatras Americanos establece la edad de dieciocho años como la edad adecuada para diferenciar las carencias de inteligencia entre los oligofrénicos o retrasados mentales y las demencias y trastornos mentales orgánicos cerebrales, según esa alteración se produjese antes o después de la referida edad, en base a que el desarrollo de la inteligencia que siempre se había establecido con un techo aproximado a los dieciséis años, se habían prolongado en dos años más, porque ahí está el límite de la adolescencia, criterio que también se utiliza para diferenciar los trastornos de personalidad o personalidades

psicopáticas, que son reconocibles en la adolescencia o incluso más temprano, no pueden diagnosticarse como tales, si el sujeto no ha cumplido los dieciocho años, hablándose de trastornos desadaptativos de la niñez o adolescencia en formas, disruptivas, agresivas, infrasocializadas, negativas, pasivos de identidad, etc. Este criterio es el mantenido tanto por la Asociación de Psiquiatras Americanos y por la Organización Mundial de la Salud.

Por tanto si la conducta delictiva es anterior a los dieciocho el informe clínico deberá quedar en suspenso con toda la importancia que ello comporta, pues no se sabrá si aplicar el título de trastorno desadaptativo de la niñez y adolescencia o bien el de *trastorno de personalidad de vida adulta*, recordando que son precisamente estas personalidades psicopáticas las que tienen una marcada incapacitación del funcionamiento social y laboral con el consiguiente comportamiento delictivo¹. Nos encontramos con que actualmente se están imponiendo penas de prisión a adolescentes que aún no tienen, desde el punto de vista psicopatológico, capacidad de culpa suficiente por un lado. La legislación penal establece que entre dieciséis años y dieciocho años debe aplicarse una disminución de la imputabilidad; de otra parte la ley acepta condenar a muchos de dieciséis años por razones de riesgo. Si las bases biopsicológicas que han marcado con anterioridad para alcanzar la libertad del comportamiento suponen una maduración que no se ostenta hasta los dieciocho años nos encontramos con una incoherencia penal, que permite culpabilizar con anterioridad a esa edad. Y a partir de la entrada en vigor del nuevo Código Penal de 1995 que fija la mayoría de edad penal en dieciocho años, desaparece dicha incidencia.

El adolescente es un sujeto sin libertad, y que, por tanto, no puede elegir lo contrario según sería un sofisma que acarrearía grandes riesgos sociales y, sobre

¹ GARCÍA ANDRADE, J.A. " Política Criminal y Edad Penal " Revista del Colegio de Abogados de Madrid. Págs. 505 a 518.

todo, y en especial, el abandono y desasistencia de ese ser desvalido que es tantas veces el delincuente adolescente.

Con la actual regulación de la edad en la Ley de Menores que se remite al Código Penal y éste la fija en dieciocho años , y se atenúa la responsabilidad de el menor de dieciocho y mayor de dieciséis, lo que permite dejar en libertad a adolescentes de alto riesgo, y que a su vez impide posibilidades de educación y auténtica resocialización de muchachos, que en edades más avanzadas fue mucho más difícil.

La modificación de la Ley con respecto a elevar la edad penal conlleva un elevado costo, que es quizá la razón que impide la modernización del Código, pero el no entender estos conceptos o posponerlos por razones económicas es un error que trascenderá a la posteridad, generando asombro en las generaciones venideras de como se trataba de mal al menor en nuestra época.

Es una cuestión de máxima trascendencia el fijar la edad penal, ya que no debe establecerse sobre criterios exclusivamente estadísticos de política criminal, ni del desarrollo de la inteligencia, sino a través de un concepto global y totalizador de lo que debe entenderse por madurez, pues el hombre es una constante evolución, en el que se conjugan biología e historia. Habiéndose establecido la edad penal ideal en dieciocho años.

La Convención Mundial de los Derechos del Menor de Septiembre de 1990, ratificada por España, considera menor a toda persona que no ha cumplido los dieciocho años, siendo esta edad, a partir de la cual el menor se hace y considera mayor.

CAPÍTULO II

EL MENOR DESDE EL PUNTO DE VISTA ANTROPOLÓGICO

El concepto de menor en una sociedad dada, corresponde al nivel de desarrollo alcanzado en lo referente a derechos humanos y sociales, durante siglos el menor de edad ha sido considerado propiedad exclusiva de los padres, parte integrante y subalterna de una unidad familiar totalmente dependiente del *pater familias*. Este hecho ha estado en el origen de situaciones inconcebibles para nuestra sensibilidad actual. Los niños hasta finales del siglo pasado, han sido vendidos, encarcelados, torturados y utilizados para trabajos durísimos en las minas y en las fábricas como consecuencia de proceso de industrialización. Por esa época aparece la concepción del menor como sujeto digno de protección, hecho que representa un gran avance respecto a la situación anterior. A este hecho no han sido ajenos los descubrimientos de las ciencias sociales, sobre todo de la psicología, la pedagogía y la sociología, que han dado a conocer las características del proceso de desarrollo y crecimiento y el papel que el medio educativo juega en la estructuración de la personalidad del futuro adulto. Y se ha enfatizado el papel que el medio educativo juega de cara a las conductas sociales. Estas aportaciones están a su vez condicionadas por la creciente conciencia colectiva de los derechos sociales.

Los textos legales, que traducen, con más acierto o desacierto los valores de una sociedad en un momento dado, nos señalan el concepto de menor que ha existido en cada época. Solo para poner el ejemplo más próximo; nuestra legislación de 1948, refundición de una ley anterior de principios de siglo tiene mucho que ver con este sentido protector, en ella el menor es considerado como un sujeto irresponsable, digno de protección material y sobre todo moral, con una moral adecuada al momento político en que se aplicaba.

El menor está siendo considerado en tanto sujeto de derecho, se acepta plenamente la idea que deben gozar de los mismos derechos fundamentales que los adultos tal y como reconoce la Constitución. La explicitación de la existencia de derechos fundamentales para los menores, en tanto que personas, más allá de su papel en la vida familiar, representa una ruptura importante con la situación anterior, y es un hito histórico fundamental en la larga lucha por la ampliación de los derechos humanos en nuestra sociedad. Este es el concepto de menor en el que basamos nuestra reflexión, abarca tanto a los que gozan de una vida protegida que les garantiza el ejercicio de sus derechos básicos, como a los otros, a los que la sociedad debe prestar una especial atención porque carecen de sistemas normales de protección y respeto que garanticen un adecuado desarrollo en libertad. En la mayoría de los casos la administración y la propia sociedad actúan sobre los niños indirectamente, a través de la familia, la escuela, la sanidad, los servicios sociales, la vivienda para proteger el ejercicio de los derechos sociales de los niños. En otros casos tienen que actuar directamente sobre ellos para protegerles y garantizarles una vida digna. De una y otra forma estamos ante un deber colectivo, y prioritario para las diversas administraciones que intervienen.

Con respecto a los cambios demográficos que tienen lugar en nuestra sociedad, se están produciendo transformaciones en la forma de convivencia; el importante descenso de la natalidad en los últimos años, la incorporación creciente de la mujer al mundo laboral que incide directamente en la vida cotidiana de todos los ciudadanos, la escolaridad obligatoria de la población infantil y el creciente papel de las instituciones y servicios no familiares que repercuten en la vida de los niños realizando actividades que antes desarrollaba la vida patriarcal. También hay que destacar el importante papel de los medios de comunicación, especialmente activos con la infancia. Todo ello interviene en la formación de los menores de una

manera decidida y determinante, teniendo que velar todos esos factores a fin de garantizar el respeto debido a los pequeños ciudadanos².

²RENAU Y MANEN, M. D.; "VI Jornadas parlamentarias": la potencia " Los menores en una sociedad cambiante ". 1987. Págs. 3 y 4.

CAPITULO III

COMO SE HACEN ADULTOS

El individuo es, desde el momento de nacer, un ser social, sus sentimientos, su inteligencia, los valores profundos que van a guiar su conducta, se forman gracias al diálogo constante que se establece desde el principio de su vida, entre él y el medio que le rodea, medio que actúa a través de las personas que le cuidan. Estos seres están a su vez profundamente condicionados por los ámbitos donde transcurre su vida, y por su situación económica y cultural.

La relación entre el niño y las personas que se ocupan de él, es una relación cambiante a lo largo de los años y variante según el marco donde la relación se produce. En efecto, la relación interpersonal resulta ser tanto más determinante y estructurada cuanto más joven es el ser humano, dado que mayor es su estado de necesidad y por lo tanto, de dependencia respecto al ambiente que le rodea.

La vida del niño suele transcurrir primero en la familia, acude después a la escuela, penetra luego en una vida más amplia de barrio o ciudad y pasa finalmente al mundo del trabajo. Cada momento de la evolución, cada uno de los marcos en los que transcurre su vida, tiene su propia lógica, su forma de incidir en la vida del niño o adolescente. Pero en todos los momentos y en los distintos marcos educativos debe el niño hallar posibilidades de establecer relaciones y vínculos que han de posibilitarle tres cosas; satisfacer sus necesidades básicas, aprender a respetar unas reglas de juego mínimas que le permitan la convivencia con sus semejantes y finalmente aportar algo constructivo al ámbito en que se desarrolla su vida. Si por la razón que sea el diálogo resulta fallido, el individuo tiene dificultades para construir adecuadamente su personalidad individualmente y no puede beneficiarse de las aportaciones del medio; la personalidad se estructura,

quizás con necesidades básicas por cubrir de forma deficitaria, o con una escasa capacidad de aceptar las reglas de juego de la colectividad de forma tal que va colocándose cada vez más en una posición marginal.

Hay en sectores, que concurren una serie de factores de riesgo que afectan especialmente a menores y jóvenes. Algunos problemas son los de siempre y tienen un origen estructural como la vida en las grandes ciudades, aislamiento, desarraigo, dificultades individuales, etc. Pero sin embargo hay otros problemas que son nuevos, como el hecho de que las relaciones familiares en completo cambio, las familias monoparentales, el aumento de los divorcios de forma considerable; la marginalidad está relacionada con problemas culturales que hacen difícil el acceso de parte de la población a los servicios existentes. La drogadicción y últimamente el alcoholismo, dado que el consumo de alcohol ha aumentado entre los jóvenes, siendo estos dos fenómenos distorsionantes, causantes o en cualquier caso agravantes de cualquiera de estas situaciones.

Los factores sociales que generan marginación para el menor pasan por la familia: hábitat empobrecido, vivienda deficiente, falta de empleo familiar, bajo nivel cultural de los padres, drogodependencias en la familia, falta de atención o malos tratos al menor, etc.

En el ámbito social también existen situaciones que individualmente causan marginación: falta de equipamientos educativos, sanitarios culturales y deportivos; ambientes urbanos degradados, etc.

Las situaciones marginales se dan también desde el propio menor, en el caso de discapacidades físicas y psíquicas, así como las propiamente educativas.

Ferrán Casas, en su artículo “ La marginación infantil y juvenil “ nos dice que. “ La desigualdad de oportunidades para el desarrollo integral tiene singular

trascendencia en la infancia y adolescencia por ser cuando se consolida la socialización del individuo humano. El proceso de socialización comporta la interiorización de una estructura social: sus valores, sus costumbres, sus estilos relacionales y emocionales, los roles sociales, etc. La igualdad de oportunidades dentro de unos márgenes socialmente razonables conduce paulatinamente a que todos los niños de un determinado medio social, de la misma edad y procedencia socio-cultural tengan universos de experiencias similares y comparables, hasta cierto punto... “

Las situaciones que conectan la marginación con el menor, provocan en él, ciertamente, lógicos comportamientos reactivos en todos los ámbitos de su vida.

- Respecto a la familia; callejeo, fuga de casa, agresiones a padres y hermanos, etc.
- Respecto del ambiente inmediato; agresiones contra centros escolares, instalaciones públicas, servicios del barrio, etc.
- Respecto a la sociedad que la rodea, especialmente durante y en las proximidades de la adolescencia; adición a las drogas o sustancias tóxicas, agresiones a personas o propiedades, prostitución.

Los problemas que rodean la vida del menor desde muy niño, sin la consideración muchas veces, de su condición de víctima; sin los tratamientos peyorativos de muchos adultos hacia su persona; sin tener en cuenta las obligaciones que automáticamente vienen impuestas ; sin sus dificultades educativas en muchos núcleos de población; sin tener en cuenta su necesario y paulatino proceso de maduración. Sin todo ello, creemos, difícilmente podría creerse y entenderse el delito juvenil.

Desgraciadamente existe un *continuum* psicológico y social entre algunos menores que se hallan en situación de desprotección y aquellos que más adelante

van a cometer actos que perturban la convivencia. Podemos afirmar que aquellos que no pueden recibir los bienes materiales, culturales y afectivos a los que tienen derecho, están en una situación de riesgo social. Y, de no recibir una adecuada protección, pueden cometer actos que rompan las reglas de juego de la convivencia colectiva.

Se ha utilizado un concepto de control formal e informal. La sociedad a la vez que proporciona a sus miembros la posibilidad de realizarse como individuos, actúa como controlador de aquellas actitudes e impulsos individuales y grupales que pueden dañar el sistema de valores existentes, y las formas organizativas de las que se ha dotado. A través de los canales de convivencia anclados en las instituciones en las que se produce la vida cotidiana. El control social existe siempre, estrechamente mezclado con las aportaciones que permiten al niño realizarse como individuo. Cuando el control social informal no se realiza de una forma adecuada aparece el control social formal, encarnado en aquellas instituciones del Estado que tienen por misión proteger a la sociedad, velar por el cumplimiento de las leyes y reprimir las conductas nocivas desde el punto de vista del interés colectivo. La intervención de las fuerzas de seguridad y de la justicia expresan el control social formal. Es fundamental comprender que esta intervención se produce porque han fallado los mecanismos no formales de control. Y que el mecanismo de control social será tanto más necesario cuanto más frágil sea el control informal. Todo ello está relacionado con lo dicho anteriormente sobre los marcos de la vida diaria, y el necesario equilibrio entre aportaciones educativas destinadas a reforzar la libertad y la individualidad y aquellas tendentes a enseñar las reglas de juego colectivas y a fomentar la responsabilidad.

CAPITULO IV

CONSIDERACIONES POLÍTICAS DERIVADAS DE LOS EXPUESTO.

Las acciones destinadas a favorecer la protección de los marcos de vida actúan donde se produce la vida de los niños, es decir, las familias, las escuelas, los barrios, y la preparación al trabajo. Prevenir las situaciones de riesgo social derivadas de la desprotección de los menores, tome esta la forma que sea. Cuanto más se ahorre en inversión más habrá que invertir en mecanismos de control social formal.

Puede disminuir la delincuencia si se utilizan medidas adecuadas. La inseguridad ciudadana tan estrechamente ligada con los problemas del menor, es una cuestión que debe ser abordada desde diversos puntos de vista, de una forma preventiva. Las formas de intervención ante los actos tipificados como delitos deben permitir al menor tenerse en un camino que de otra forma, hará de él un delincuente. Los jóvenes que hoy en día generan inseguridad, hace pocos años eran niños. Y los niños de hoy también podrán generar problemas en el futuro salvo que se aborde el problema en toda su complejidad.

Existe un *continuum* sociológico y psicológico por el que un niño maltratado y desprotegido es potencialmente un joven agresor y detrás de un joven que comete actos delictivos, hay frecuentemente un niño maltratado.

El derecho dentro de un mundo que está inmerso en la violencia, el hambre, la desigualdad y la insolidaridad social, puede y debe dar respuesta a la problemática del menor, ya que es uno de los pocos instrumentos, una de las pocas vías posibles para avanzar hacia una sociedad más justa y democrática, más social.

En nuestro marco legal no cabe utilizar el concepto sociológico y psicológico de protección para dejar sin proteger los derechos fundamentales reconocidos por nuestra Constitución a todas las personas, y por la Convención de las Naciones Unidas a todos los menores. Priman los derechos de la persona sobre el concepto anterior de protección que no garantizaba un respeto a los derechos fundamentales, que sí se reconocían a los adultos. Este respeto básico debe traducirse, tanto en las leyes y programas orientados a garantizar la protección social y jurídica de los niños que no gozan de la protección de una familia, como de aquellos que han cometido actos agresivos que perturban la convivencia social. Todos requieren la protección de los derechos fundamentales de la persona. Los conocimientos aportados por las ciencias humanas (psicología, sociología) deben enriquecer el análisis de la situación y orientar la respuesta. Hay que circunscribir los resultados de estas ciencias y las decisiones que se derivan del saber al ámbito de la técnica, y enriquecer con ella la respuesta jurídica y política que tiene en su propio campo de actuación , relacionado con los asuntos colectivos y con la garantía de los derechos de la colectividad y del propio individuo como sujeto jurídico. De ahí, la necesidad de separar conceptual y administrativamente las respuestas sociales a los problemas de protección, de los que plantean los niños que trasgreden las normas de convivencia, es decir los que entran en el circuito del control social informal. Aunque, una vez más, hay que afirmar que cualquier decisión jurídica, administrativa, social, debe considerar muy a fondo el *continuum* sociológico y psicológico de estos dos tipos de población. Las respuestas de uno u otro tipo quedarán profundamente matizadas por la compensación técnica. En ningún caso pueden mezclarse las dos respuestas.

La sensibilidad social ante las cuestiones que afectan a los menores es a menudo contradictoria; tan pronto se siente una profunda piedad por un niño maltratado o abandonado, como se rechaza un centro de tratamiento de niños con problemas en el propio barrio; tan pronto se pide curación para los jóvenes

drogadictos, como su encarcelamiento. No siempre existe un acuerdo entre los profesionales que trabajan en primera línea de los problemas, y los jueces, la policía o los legisladores. La respuesta va a resultar siempre insatisfactoria, debido a la gran cantidad de elementos dispares que intervienen en la producción de los fenómenos y también en la solución de los mismos, y debido a las diversas sensibilidades encontradas que se ponen en juego al abordar la cuestión que, como expongo, se halla incrustada en el corazón mismo de la vida social.

Cualquier tipo de solución legal o social, requiere un análisis o seguimiento de la eficacia de las respuestas para solucionar los problemas planteados. A menudo creemos que una buena ley va a actuar como solución mágica. Este sector, que ha sufrido una clara reorientación en los últimos años, que ha descentralizado competencias y servicios, que está recibiendo una inspiración basada en el concepto de derechos fundamentales aplicados a menores, requiere fortalecer los mecanismos de seguimiento de programas y de aplicación de leyes.

Siendo primordial la coordinación de los que intervienen con menores, los juristas, la policía especializada y los responsables políticos, así como la de los técnicos y profesionales.

Es importantísimo incentivar una cultura social que vaya considerando a los menores como sujetos de derechos y deberes. Unos derechos y deberes que son iguales a los de los mayores en lo básico, aunque adaptados a sus posibilidades de ejercicio, a sus circunstancias de dependencia respecto de la familia, y a su peculiar situación de evolución constante.

CAPITULO V

EL MENOR Y SU PROBLEMÁTICA; ASPECTOS PSICOLÓGICOS, SOCIOLÓGICOS Y CRIMINOLÓGICOS.

En cinco fija los problemas en torno a la figura del menor, E. Miret Magdalena, y que son:

- El primero es el de la violencia física que rodea al niño, al menor de dieciocho años en que empieza su edad penal, según el nuevo Código Penal. Violencia con la que convive el menor y como consecuencia acaba él generándola.
- El abandono físico y emocional en que se encuentra este menor en la sociedad en general.
- El tercero sería el de los malos tratos, tanto físicos como psíquicos de los niños. Actualmente, pese a que se esté hablando constantemente de los derechos humanos y de la dignidad de la persona, se producen una serie de acciones y reacciones negativas en este sentido, y una de ellas es ese maltrato físico y emocional de los menores.
- El problema de la droga, entendida en un sentido amplio que abarcaría desde las ilegales hasta las legales como el alcohol.

El menor es una víctima de la sociedad, ya que es la sociedad actual la que crea estos problemas. Junto a los avances tecnológicos se produce lo que los psiquiatras actuales denominan la sociedad de la depresión, caracterizada por un fuerte aislamiento emocional que lleva con frecuencia, a la soledad del individuo dentro de una falsa comunidad, de una muchedumbre solitaria que describe el

sociólogo norteamericano David Riesman, que impide agruparnos de una manera verdaderamente comunicativa.

Se niegan ciertos derechos a los jóvenes, así como responsabilidades, en función de su edad. Así el informe de la UNESCO sobre derechos y responsabilidades de los jóvenes, del año 1972, dice textualmente:

“ ... Las responsabilidades de los menores aparecen como obligaciones que se les imponen por la sociedad de los adultos, más que como una posibilidad de ser los protagonistas de los actos que le conciernen y que finalmente hacen referencia, afectan, al conjunto de la sociedad: obligación, en efecto, de someterse a la autoridad de la familia, de la colectividad o del Estado; obligación de recibir una enseñanza elaborada fundamentalmente por los adultos o incluso de no recibir esta enseñanza si pertenecen a grupos sociales desfavorecidos; obligación de trabajar frecuentemente a partir de una edad muy baja y en condiciones duras o, a la inversa, de ser los primeros afectados por el paro; obligación, en fin, de respetar el orden de un mundo hecho a sus espaldas y en el que ellos se encuentran cada vez más ajenos. “

El ciclo de la edad constituye una base decisiva para el desarrollo de la persona que depende, en una primera etapa, de la influencia ejercida por los adultos que le rodean, y, en una segunda, del propio comportamiento y responsabilidades asumidos por el menor. Siendo una constante en la vida del menor su dependencia absoluta del adulto para sobrevivir; después, poco a poco, la relación entre niño y adulto pasa de la dependencia a una relativa autonomía.

La relación primera se establece en la propia familia donde el niño es atendido tanto en sus necesidades materiales como afectivas; a partir de ahí el niño, el menor, el joven tiene un camino que recorrer hasta llegar a convertirse en

miembro de pleno derecho de la sociedad, adquiriendo en el *iter* una serie de habilidades sociales y técnicas que le llevarán a conseguir una autonomía compatible con la pertenencia a un colectivo, a una comunidad.

Existen mecanismos de desigualdad que actúan, incluso, antes del nacimiento, condicionando el ámbito y la familia del menor y produciendo una discriminación que afecta ineludiblemente a ciertos colectivos y grupos sociales, al margen de la voluntad de los mismos.

Hay factores sociales que generan marginación en los primeros años y estos indudablemente pasan por la familia: hábitat empobrecido, vivienda deficiente, falta de empleo familiar, bajo nivel cultural de los padres, drogodependencias en la familia, falta de atención y malos tratos al menor, etc.

CAPITULO VI

LO QUE PIENSAN LOS MENORES

En las investigaciones sobre el tema no aparece casi nunca recogido el punto de vista de aquellos que, con ironía, se podrían definir como los usuarios de la justicia de menores, esto es , los chicos que tienen relación con sus instituciones. Esto es una de tantas confirmaciones de la imagen que la opinión general e incluso las ciencias sociales tienen de los menores, sujetos inmaduros, incompletos, subordinados, incapaces de elaborar posiciones ni de formular peticiones dignas de tenerse en cuenta. El que tenga una experiencia de trabajo con menores aprecia que muy a menudo, formulan preguntas precisas y manifiestan opiniones sobre el significado y los objetivos de la justicia para menores y de sus instituciones; los niveles de incoherencia y de contradicción de estas posiciones tuyas son generalmente, menos acusados que los que normalmente se dan en los medios de comunicación social y en los libros sobre el tema.

Los chicos advierten y consideran con claridad que la justicia en general funciona de forma discriminatoria y que, si uno dispone de medios -sobre todo de carácter económico- casi siempre puede encontrar su escapatoria. No consideran que la condición de menores -esto es, su condición- les otorgue de algún modo el derecho a no ser castigados ni, obtener otros tipos de respuestas de la justicia y de la sociedad. Esto, no obstante, no impide que los jóvenes expresen la vivencia a menudo conflictiva -de haber usado e incluso instrumentalizado aquella condición como posibilidad para no ser castigados, sin creérselo íntimamente³.

³DE LEO, G. " La Justicia de Menores ". 1985. Ed. Teide. Págs. 15 - 17.

Por otra parte, los menores no comparten la idea de que las instituciones y los servicios de la justicia sirven para reintegrarlos, redimirlos y recuperarlos en la sociedad.

Muchos de los menores consideran que los verdaderos beneficiarios del sistema judicial, son los magistrados, fiscales, los asistentes sociales, los psicólogos, los educadores, etc. “Somos nosotros los que con nuestra delincuencia les damos de comer”. A menudo los muchachos piden que, sobre todo en los procesos, no se les trate como a niños subnormales, a los que es preciso comprender y perdonar, antes aún de haber establecido rigurosamente si los delitos de que se les acusan han sido cometidos efectivamente por ellos. No quieren paternalismo sino respeto a sus derechos como procesados, una defensa que funcione, un proceso que compruebe los hechos. Reconociendo como a sus verdaderos interlocutores a los jueces, fiscales y agentes encargados de su custodia y los policías, porque son éstos los que verdaderamente influyen en su destino externo e interno³

Según los menores, la policía incide más que cualquier otra institución en su carrera de desviación. Los menores sostienen que, si la policía los dejase en paz cuando salen de la cárcel, si los tratara como a todo el mundo, aumentarían sus posibilidades de cambiar de vida, de escoger otra opción³.

³ DE LEO. G. “La justicia de Menores”.1985. Ed. Teide. Págs. 15-17

CAPITULO VII

LA RESPUESTA DE LA JUSTICIA A LA DELINCUENCIA DE MENORES.

La justicia y la criminalidad están unidas por profundos lazos; el modo de ser de la primera influye sobre las características de la segunda más que cualquier otro factor. En consecuencia, la organización social de la pena representa la más auténtica y más original de las fuentes para comprender cómo se genera, se propaga y se define la criminalidad misma.

Según la experiencia común, no parece evidente que el conocimiento de la criminalidad pueda depender de manera tan decisiva, de como están organizadas y cómo funcionan las instituciones penales en sentido lato. La criminalidad se nos presenta como el conjunto de hechos evidentes, mientras la criminología viene a ser el conjunto sistemático y clínico de los mismos.

Las instituciones tomadas en sentido amplio, actúan de mediación o filtro respecto de los hechos, de modo que definen su naturaleza, su significado social y cultural y sus consecuencias institucionales y subjetivas.

La ley define las acciones de tipo penal respecto a todas las demás acciones posibles, con lo que estructura un sistema público, oficial, necesario de valoración y lectura de las acciones sociales, de los comportamientos públicos y privados. Se trata de una función creadora, porque asigna a algunas acciones y no a otras el carácter evidente de actos criminales y las constituye social e institucionalmente como tales.

Las instituciones penales en sentido amplio no son, pues, el instrumento social de conocimiento del fenómeno de la criminalidad sino que asumen una función productiva y constructiva del fenómeno mismo⁴.

En una sociedad que no parece dispuesta a prescindir del derecho Penal, ni siquiera en los temas de menores, sin embargo cualquier reforma que se efectúe de la justicia de menores tendría que orientarse hacia una limitación de este tipo de intervenciones tan rigurosa como se pueda, y a dotar a estas del máximo posible de racionalidad y equilibrio. Y ello por el carácter estigmatizador que acompaña el hecho de haber dado lugar con el comportamiento a una actuación de la justicia.

Debiéndose establecer una nítida separación entre las que deben tener el carácter de intervenciones de control y las que sean simplemente intervenciones de asistencia o ayuda.

Las primeras no deberán producirse en ningún caso en momentos anteriores a la preadolescencia, de tal manera que hasta entonces no cabe pensar en otro tipo de actuación que la puramente educativa y en su ámbito propio. Las segundas son de ayuda.

Debe reconocerse al juez la posibilidad de hacer un uso, siempre razonado, de expedientes de benignidad cuando se trate de actos de escasa lesividad social o lo aconsejen las condiciones personales del autor y su situación.

Hemos visto cómo la propugnada inimputabilidad de los menores, no ha evitado el carácter vindicativo y penalizador de la respuesta tutelar. Por eso la función realmente cumplida por esa actitud doctrinal ha sido y es

⁴ DE LEO, G.; o. p. Cit. Págs. 2 -4.

fundamentalmente ideológica, propagandística, de ocultación o atenuación de la imagen de una realidad que responde de hecho a presupuestos bien distintos⁵.

Al considerar al inimputable por edad víctima de su condición deficitaria como persona, de su propia inmadurez, se le pasiviza, se reducen al mismo tiempo sus posibilidades de reacción, se prescinde de un dato real como es el de que en todo comportamiento hay algún momento de opción, de libertad. Siendo el elemento normativo punto de referencia de la valoración negativa de la conducta, constitutivo de la situación, y sin embargo eludido y sustraído por tanto a la comprensión del menor. No obstante ser una circunstancia que esta ya siendo operativa en su propia vida, y con la que debe aprender a medirse en un mundo de normas⁶.

Es importante que si se da una conducta merecedora de reproche social, éste se produzca en términos claros, sin ambigüedades ni mitificaciones y razonadamente. Una cosa diferente a discutir sería el cómo, la naturaleza de la respuesta, su carácter no destructivo.

Se debería reconsiderar el paradigma de la inimputabilidad y consiguiente opción por una vuelta a la exigencia de responsabilidad que están llevando a cabo algunos autores⁶.

La punición es universal, y mientras no se creen condiciones para su preparación es imposible y mistificante pensar que puedan evitarse para una particular categoría de sujetos.

⁵ ANDRÉS IBAÑEZ, P.; " Psicología social y sistema penal ". Ed. Alianza Universal Textos. Madrid 1986. Compilación de Florencio Jimenez Burillo y Miguel Clemente. Pág. 225.

⁶ ANDRÉS IBAÑEZ, P.; Op. Cit. Págs. 227 y 228

Por lo que se refiere al Juez, es importante poner claro que su función ni ha sido, ni es, ni puede ser en sí misma educadora o reeducadora. Habrá de proyectarse de modo que su incidencia sea claramente positiva en el plano de la formación de la identidad del menor, pero sin que ello derive una pérdida de la verdadera significación del momento jurisdiccional que deberá ser percibida por el menor con claridad. El Juez reprocha, confronta al sujeto con su peyorativa actuación social y le enfrenta con la norma positiva.

Se entiende que la sola idea de proceso referido a menores pueda despertar inquietudes y tal vez las peores sospechas. Sin embargo conviene tener en cuenta que el proceso ya existe, que se da sin las garantías de la publicidad y la defensa, es decir en unas condiciones que hace ya más de un siglo dejaron estar ya vigentes en nuestro país para los adultos. Es necesario un Juez suficientemente asesorado en el plano no jurídico y actuando en función realmente jurisdiccional, es decir de tercero respecto del sujeto que formula imputación y del destinatario de la misma y su defensa.

Por eso la exigencia de un abogado defensor y de una parte acusadora, debe entenderse como algo más que una cuestión formal. Generándose un enjuiciamiento basado en una situación de cierto equilibrio que evite la indefensión del menor.

El tiempo de duración del proceso que ha de producirse con gran facilidad y en la inmediata proximidad de los hechos, habida cuenta de la evolución de esas etapas de la edad.

La forma adecuada sería una comparecencia del menor ante el Juez., que tendría que ser privada a fin de no estigmatizar al menor.

Ese momento es educacional, teniendo la comparecencia un carácter pedagógico cumpliendo una valoración racional y fundada de aquellas conductas que se entienden socialmente relevantes, aunque en este caso de importancia negativa. Atemperándose la comparecencia a las necesidades del menor, explicándosele los derechos que tiene y no haciéndose uso de togas, evitando así el exceso de formalismos de la jurisdicción ordinaria.

El equipo técnico será profesional, que desde su propia libertad de criterio y con la autonomía que reclama todo ejercicio dignamente entendido. El psicólogo no tiene por que ser aquí un experto en castigo y ni siquiera facilitar la función inevitablemente represiva del Juez. Tendrá que colaborar a que la actividad valorativa de éste se produzca sobre la base de la mayor riqueza informativa posible, por la vía de la problematización y de la captación de la actuación personal enjuiciada en toda su complejidad⁶.

Al psicólogo corresponde, en fin, contribuir a una positiva inserción de lo jurisdiccional en un proyecto educativo, facilitar la conexión entre dos momentos o ámbitos, funcionalmente ligados pero distintos, como son el del juicio de reproche y el de aplicación de las medidas ulteriores en que el mismo puede concretarse, esto normalmente fuera ya del contexto procesal y en el marco de los servicios sociales y sin ruptura con el medio.

Si la alternativa estuviera en su retorno al sistema penal de adultos, habría que optar por el modelo tutelar. Pero la propuesta debe de ser acompañada, como se ha manifestado, de la adopción de un criterio descriminalizador en la definición de las conductas sancionables, del franco abandono de la privación de la libertad y del aislamiento carcelario como paradigma de tratamiento, procediéndose a su sustitución -salvo en situaciones de extrema gravedad y que no permitieran otra

⁶ ANDRÉS IBÁÑEZ. P.: Op. Cit. Págs. 227 y 228.

forma de respuesta- por formas de libertad asistida en el marco de los servicios sociales.

Se hace necesario por otra parte la homologación de los límites de la edad penal con los fijados para la edad civil. De esta manera el radio de la acción de la justicia penal de menores tendría que extenderse hasta los dieciocho años, aunque sólo fuera por un imperativo de coherencia.

En estas condiciones pedir que se vea y se trate como justicia represiva a la que es realmente de ese carácter significa que tomando como de hecho forma parte de la realidad, y en vista del alto riesgo de negatividad que su intervención comporta en cualquier caso, se hace inevitable reducir su espacio tanto como se pueda clarificarlo al máximo, y poniéndolo al alcance de quienes lleguen a encontrarse dentro de su radio de acción, todos los instrumentos de garantía de que ha sabido o podido dotarse el Estado democrático.

CAPITULO VIII

LA JUSTICIA ANTE EL MENOR GITANO INADAPTADO

La familia para las personas de raza gitana, constituye para las mismas, sin eufemismos de ningún tipo, el núcleo más importante de convivencia y desarrollo de su personalidad. Los lazos familiares suponen para los gitanos un férreo entramado de derechos y obligaciones, lealtades y fidelidades, solidaridad y entrega, que difícilmente podrán ser comprendidos por la fría y materialista óptica del espectador payo⁷.

Un pueblo errante sometido a mil y una persecuciones, prohibiciones, incluso a intentos de exterminio; con un amplia tradición oral; sentimientos, emotivos, soñadores, a veces fanáticos, ha conformado a lo largo de los siglos, seguramente como defensa ante el exterior agresivo, una institución familiar cerrada, jerarquerizada y compacta.

Por familia entienden los gitanos un tronco sanguíneo que incluye ascendientes, descendientes y colaterales, amen de los adoptados o aceptados como tales⁸. Si a ello añadimos lo prolífico de su raza, comprenderemos esas estampas clásicas de aglomeración a las puertas de las cárceles o juzgados.

⁷ MARTÍN OSTOS, J. de los S.;" *La jurisdicción de menores* " Bosh Editor, S.A.; Barcelona 1994. Pág. 148.

⁸ BOTEY; Habla de: " Aquellos que no estando vinculados por la sangre, gozan de la convivencia de todo el clan bajo el protectorado de un padre de familia ", es decir, " personas no gitanas, adheridas a la familia y con mayor intimidad que muchos huéspedes gitanos " (op. Cit. Pág. 52); Ramirez Heredia se expresa a este respecto del siguiente modo " ... los gitanos nos encuadramos dentro del grupo de familia extensa, por llamarla de alguna manera, ya que en realidad nuestro concepto de familia es extraordinariamente más amplio y supera incluso hasta los vínculos de sangre " (op. Cit. Pág. 36).

El escalón siguiente a la familia es la tribu. Esta es la familia llevada a su máxima amplitud. Más propia de nómadas, por lo tanto en trance de desaparición en su clásica acepción debido a la sociedad industrial, acoge a todos los parientes en diferentes clanes que conviven en un área. Equivale al pueblo pequeño en movimiento; lo cual no es óbice para la existencia de tribus afincadas permanentemente en un espacio geográfico. Mientras la familia tiene sus normas (consuetudinarias), la tribu también y en mayor cantidad, en lógica, posee un abundante repertorio de ritos y leyes (igualmente de naturaleza oral). Algo similar ocurre en la sociedad paya en los usos y costumbres familiares y los propios de su organización social.

Tanto en la familia como en la tribu gitana existe una autoridad. Esta posee todos los atributos propios de la misma; aconseja, orienta, decide, corrige, castiga y ordena. Recae generalmente en el jefe de la misma, es decir en el varón de más edad y que reúna la experiencia junto con la sabiduría, la ecuanimidad junto con la tradición. Sus decisiones son inapelables y su persona es respetada profundamente. Es uno de los pilares básicos de la cohesión y supervivencia de los de su raza a través de los siglos.

Existe otra autoridad en todo núcleo social y esta es el control de sus miembros; control especialmente notable en la familia gitana. Este conjunto de personas tiene unas costumbres y se apoya en unos principios, no provisionales, que constituyen su bagaje moral más valioso para ellos que todo el aspecto externo conocido de forma y rito. Todos los gitanos son sus guardadores y la fidelidad a los mismos dura siglos. No necesita el apoyo del poder payo para educar a sus hijos, sancionar a los mayores, y respetar su herencia moral; se bastan a sí mismos. Es una manifestación aún vigente de autotutela.

Cuando un Juzgado de Menores adopta un acuerdo de internamiento de un menor gitano , el daño psicológico que se le puede ocasionar es grande, si se tiene

en cuenta lo que para él puede representar la separación impuesta de la familia. Por tanto aún cuando el internamiento sea la última *ratio* en cualquier caso, sería conveniente en estos supuestos se conecte previamente con sus familiares, con objeto de estudiar detenidamente, en común la necesidad o no de tal medida y la sustitución, en su lugar, por otra medida dejando cuando sea posible y aconsejable quede el menor al cuidado de sus parientes, bajo la debida inspección de un Técnico Territorial. Esto fortalecería la cohesión de la familia gitana⁹.

⁹MARTÍN OSTOS, J. de los S.; op. Cit. Pág 151

PARTE II

ESTUDIO JURÍDICO PENAL DE LA
MINORÍA DE EDAD

PARTE II

DERECHO HISTÓRICO COMPARADO

Los pueblos antiguos.

En los pueblos antiguos, la duración de la infancia era muy corta; el niño ocupaba en el cuerpo social el lugar que se le asignaba, que era el de estar sometido al poder absoluto de los padres. No se reconocía a la infancia derecho alguno. La sabiduría pagana veía en la infancia una condición inferior y contaba con una desvalorización absoluta. El niño, a los ojos del legislador primitivo, no tenía ni podía tener ningún derecho, porque como ser débil no era más que un objeto del que poseía la fuerza.

El poder paterno solo acababa con la vida del padre y ni el matrimonio del hijo bastaba para desligarlo.

En la India, el padre podía vender al hijo y los hijos no podían adquirir ni poseer nada por si mismos.

En Grecia, y sobre todo en Esparta, el niño era un objeto de la República, apenas nacía dejaba de pertenecer a sus padres para pasar a ser propiedad del Estado.

Solo en el Código de Hamurabi, rey de Babilonia, aparecía una idea de protección a la infancia y la afirmación de ciertos derechos¹.

¹ CORONADO BUITRAGO, M.J.. "Situación Jurídica actual del menor en el mundo". Ed. Nuevo Futuro. 1985. Pág.16.

El Derecho Romano.

En Roma, a diferencia de Grecia, que como hemos indicado antes el niño era propiedad del Estado, el niño lo era del *pater familias*, al que se encuentran sometidos todos los miembros de la familia. El hijo no tiene nada en propiedad, no ya su libertad y bienes, sino ni siquiera su propia vida. Pero la verdad es que frente a esta situación jurídica injusta, Roma no sólo trabaja con un fin práctico, no cuida el perseguir ideales, sino el formar soldados y ciudadanos abnegados, solo se conocía al ciudadano y no al hombre.

El Derecho Romano hacía una distinción entre púberes e impúberes en las Doce Tablas, así en un caso de hurto manifiesto, se les aplicaba la *verberatio* a modo amonestación y en los delitos de hurto nocturno de mieses y pastoreo, que se les imponía la pena de muerte, los impúberes sufrían una *castigatio* por vía de policía y se hallaban obligados al resarcimiento del daño².

En el derecho justiniano se establecieron tres clases de menores: menores, impúberes e infantes. De los catorce años a los dieciocho y desde esa edad a los veinticinco se les reputa menores y se les pena con menor rigor que a los adultos. Los impúberes de los diez años y medio de los varones, y hasta los nueve y medio de las hembras, seguían la condición de los infantes por considerarse que el impúber esta "*proximus infantia*", pero desde esas edades a la pubertad, catorce años para los varones y doce para las hembras, para declararlos irresponsables se tenía que demostrar la ausencia completa del discernimiento, pues se tomaba en consideración la máxima "*malicia suplet aetatem*", quedando al arbitrio del juzgador su apreciación, cuando se evidenciaba el discernimiento en el menor se le imponía pena aunque atenuada. La infancia llegaba hasta los siete años, durante esa época el niño era completamente irresponsable y aún en el caso del delito más sancionado como el homicidio no era castigado, se le equiparaba al *furiosus*

² CUELLO CALON. "Criminalidad infantil". Ed. Bosch. Barcelona 1934. Págs 83 y 84.

porque como establecía la *Lex Cornelia*: “*quem alterum innocentia consilii tuetar, alterum fati infelicitas excusat*”.

El menor en el Derecho Canónico.

Las doctrinas romanas se reproducen, subsistiendo el problema de si entre la infancia y la pubertad el menor es responsable. Algunos autores (Katz, Hollweck) sostienen que los impúberes eran imputables, aunque se les imponían penas atenuadas, con excepción de los delitos carnales. Otros piensan que había responsabilidad cuando existía discernimiento, imponiéndoseles penas atenuadas. La minoría de edad era considerada como circunstancia de exención o atenuación de la responsabilidad criminal. Así los menores de siete años , denominados infantes, gozaban de una absoluta irresponsabilidad penal, pero desde los siete hasta los doce años en las hembras y hasta los catorce en los varones, la responsabilidad era dudosa, debiendo resolverse la cuestión a partir del discernimiento. En las Decretales de Gregorio IX se establecía la responsabilidad de los menores que se encontraran entre la infancia y la pubertad, sin embargo los castigos eran de menor rigor que en los adultos³.

³ CUELLO CALON. Op. Cit. Págs. 84 y 85.

El menor en el Derecho Germánico.

En este derecho al igual que ocurriera en el Derecho Nórdico, el límite estaba fijado en la etapa evolutiva de la pubertad y en concreto en los doce años. Y si un menor de edad está sometido a tutela cometía un delito, el padre o tutor tenía la obligación de pagar una compensación económica. Las penas de muerte y mutilación no se aplicaban en ningún caso a los niños, éstas eran sustituidas por castigos corporales efectuados en la piel, en el pelo y por el pago de una moneda fraccionaria u otros castigos dictados por el Juez según el caso.

La irresponsabilidad del menor en el Gragas de Islandia como en la *Lex Sálca* se fijó a los doce años. El Gragas de Islandia prescribía “si un hombre menor de doce años mata, no puede ser privado de la paz aún cuando el muerto se halle libre de culpa. Los padres del muchacho deben pagar la composición⁴ .

⁴ CUELLO CALON. Op. Cit. Págs 84 y 85

El menor de edad en la Edad Media.

Durante la edad Media, por influjo del derecho Romano, existían diversos periodos de edad en relación a la responsabilidad penal de los menores en Italia, el derecho longobardo fijó tramos de edad que recuerdan los del derecho romano, pero por regla general la dureza reinante en la penalidad se reflejó en la punición de los menores, así vemos por ejemplo en Francia la existencia de penas corporales crueles entre las que destacaba el colgamiento por las axilas.

Sin embargo en la Edad Media surge un cierto interés por la infancia, en lo que tuvo una especial influencia el Cristianismo. Es conocido el respeto y cariño de Jesús por los niños. Por lo que introdujo el Cristianismo una nueva visión de la infancia y así en los siglos de la Edad Media, el infanticidio comienza a ser castigado.

El menor de edad en las Edades Moderna y Contemporánea.

Del Renacimiento al siglo XVIII surge la Reforma y Contrareforma y de nuevo, se puede decir que hay un encarnizamiento sobre el niño, ya que se inician corrientes que someten al mismo a una estricta disciplina, intentando buscar su bien.

Se puede decir que la protección del niño aparece definitivamente en el siglo XIX, si bien ya en el siglo XVIII Rousseau sostenía el valor absoluto del niño en cuanto a su personalidad y en su significación de autenticidad y de autonomía como sujeto de exigencias de modo de vida, presentando un ritmo de desarrollo propio y particular.

En estas épocas se fijaron tres edades diferentes o tramos de edad en relación con la responsabilidad penal. El primero de ellos implicaba la irresponsabilidad penal absoluta; comprendida hasta los siete, nueve o diez años, siendo diferente según que ordenamiento jurídico; el segundo, se extendía desde las anteriores edades hasta los catorce, quince o dieciséis años, y permitía sustentar la inimputabilidad del menor si se probaba que éste no había llegado a actuar con discernimiento; el tercer periodo declaraba la responsabilidad penal atenuada de los que se encontraban entre las edades mencionadas anteriormente y los dieciocho años. Empiezan a aparecer disposiciones relativas a jóvenes corrompidos y delincuentes encaminadas a la educación y reforma de éstos a partir del siglo XVI.

Durante los siglos XVI y XVII se dan alternativas de suavidad y de inhumana dureza. El emperador Carlos V en una ordenanza establecía que los niños fuesen juzgados por los Tribunales Ordinarios de Justicia y se investigase por estos si obraban con discernimiento y en este caso afirmativo, se les aplicaba la *Constitutio Criminalis Carolina*, que establecía para esos casos una

aminoración; pero con el excesivo incremento de la criminalidad, se aumenta la penalidad afectando a los niños.

En Francia, bajo el reinado de Francisco I, existió un movimiento dulcificador de las penas, quedando excluidos los menores de los castigos corporales, y volvió a ingresarles en hospitales donde se les enseñaba oficios adecuados según sus aptitudes para recuperarlos socialmente; pero, al poco tiempo, en 1567 se volvió al régimen de represión severa, imponiéndoseles penas tan crueles como los azotes, las galeras y expulsión del territorio. Esta situación duró hasta finales del siglo XVIII.

En Alemania los menores fueron objeto de un trato durísimo, incluso se les imponía la pena de muerte.

A finales del siglo XVIII el Código Penal francés de 6 de octubre de 1791, ordenó para los niños la desaparición de las penas corporales y su sustitución por una educación correccional en instituciones creadas al efecto, todo ello en consonancia con el movimiento inspirado y creado por Beccaria, que terminó con el espíritu represivo que había existido hasta el momento⁵.

En Inglaterra, durante el siglo XVIII, se trataba a los Menores delincuentes con rigor inusitado. Blackstone refiere que la pena de muerte se aplicaba a los niños de diez años. W. Clarke Hall cuenta que un niño de ocho años, que “con malicia, por vergüenza y con astucia y disimulo”, había puesto fuego a un pajar, fue sentenciado y condenado a muerte. El mismo autor refiere que, en 1833, un menor de nueve años fué condenado a muerte por robar un objeto del valor de dos peniques, sentencia que afortunadamente no fue ejecutada⁶.

⁵ CUELLO CALON. Op. Cit. Págs 85 y 87

⁶ W. CLARKE HALL, “Children’s Courts”, Londres, 1926, pág. 33.

EVOLUCIÓN EN ESPAÑA

La legislación protectora de la infancia en España se inicia con las disposiciones consignadas en el Fuero Viejo de Castilla, y en el Fuero Real, libro IV, Título XXIII, alcanzando su mayor desarrollo en las Partidas de Alfonso X el Sabio⁷, el más amplio en todo tipo de detalles, señalando límites fijos de edad para la irresponsabilidad absoluta o total y otros para la relativa o parcial; Alfonso X protegió a los niños limitando a su favor la patria potestad, porque había padres tan crueles “ que los fierren con piedra, o con otra cosa dura”; y si el hijo fallecía a causa de esos malos tratos, debería el padre ser condenado a cinco años de destierro, según consta en la Partida 7ª, Título VIII, Ley 9ª. El niño expósito abandonado por vergüenza o crueldad o maldad, no sea entregado después si lo abandonaran voluntariamente, dice la Partida 6ª, Título 20, Ley 4ª; por robar un niño se castigaba al fidalgo a ser herrado y trabajar en las labores del rey, si era de otra condición a muerte; y si era esclavo o siervo “se le echaba a las bestias bravas que lo maten”, según la Partida 7ª, Título 21º. Leyes 1ª y 2ª. En lo referente a lujuria señala como edad eximente la de catorce años para los niños y doce para las niñas, en la Partida 7ª, Título 1º, Ley 9º; mientras que en los otros delitos, los considera irresponsables hasta los diez años y medio “por la mengua de edad y de sentido”, en la Partida 1ª, Título 1º, Ley 21. Desde esa edad eran castigados con atenuación hasta los catorce años, según la Partida 7ª, Título 1º, Ley 9, y también hasta los dieciséis años, según la Partida 7ª., Título 31, Ley 8, alegando que : “*Non le deven dar tan grande pena en el cuerpo, nin en el aver como farian a otro que fuesse de mayor edad, ante gelo deven dar , muy mas leve*”. En algunos textos y casos considera los catorce años como límite, y no los diez y medio como se dice por el texto de la Partida 7ª, Título 8º, Ley 16, que establece que el siervo que no defiende a su señor en peligro de muerte o no evita que éste la dé a su mujer e

⁷ CUELLO CALÓN, E.: Sobre la antigua legislación penal española de la infancia delincuente y abandonada. Revista penitenciaria nº 5. pág. 741.

hijos , no incurra en pena si no tiene los catorce años, “*porque no lo facen por maldad más por embargo que han de su cuerpo o por mengua de entendimiento*”⁸”

En la legislación que antecede a las Partidas, no existe doctrina orgánica sobre la situación legal del niño y del joven delincuente. En los Fueros Municipales existía algún precepto aislado relativo a éstos, pero lo que más abunda son las disposiciones de orden educativo familiar, ya que el poder público estaba agobiado con otros problemas a los que concedía prioridad, por lo que daba amplias facultades a los padres sobre los hijos, lo que les permitía durísimas correcciones y castigos, como lo demuestra el Fuero dado por Alfonso I el Batallador a Calatayud, en el año 1.311, en el que se establece; “*et si pater filium suum mataverit, et pro peccatis indemovieri, nom sit homicidio paricto*”.

En otros fueros como el de Plasencia es más atenuado el derecho de corrección, que permite a los padres hacer preso al muchacho cuando crean puede cometer excesos éste. En el Fuero de Llanes no se impone pena al padre que cause heridas a su hijo, aún cuando muriese cuando fuese por razón de aprender. En el Fuero de Navarra no se impone pena al maestro que hiera al escolar causándole involuntariamente la muerte. El Fuero de Burgos limitó el derecho de corrección, dando al hijo maltratado por su padre la facultad de querellarse ante el Juez. En el Fuero de Salamanca una de sus leyes se refieren a la muerte o lesiones causadas por un niño en riña.

En una larga serie de leyes, ordenanzas, cédulas, pragmáticas que siguieron a las leyes de Partidas hasta la codificación penal de 1.822, las disposiciones referentes a los menores, tienen por objeto atenuar o eximir para éstos la dura y rigurosa penalidad reinante.

⁸ ROCA CHUST. T. “Historia de la Obra de los Tribunales de Menores en España”. Ed. Mº de Justicia. Madrid 1968. Págs. 14 y 15.

Se exceptúa a los menores de doce años de las severas penas impuestas a los vagos; la misma medida aparece después repetidas veces en la Novísima Recopilación. Así, en una Pragmática de Don Carlos I y Doña Juana dispone que los ladrones menores de veinte años no sean sometidos a la pena de galeras, sino conforme a las leyes comunes y serán castigados con penas leves. Se recrudescen las penas para los menores por una Pragmática de trece de febrero de mil setecientos treinta y cuatro, que estableciendo una acentuación de la pena los castiga con gran crueldad. Así se imponía la pena de muerte a los autores de robos cometidos dentro de la Corte y cinco leguas de su rastro y distrito, a los menores de diecisiete años y mayores de quince se les imponía la pena de doscientos azotes y diez años de galeras de las que no se podía salir sin el consentimiento real.

Al llegar el reinado de Carlos III se abre una etapa, desapareciendo el espíritu que inspiró las penalidades del pasado, sustituyendo a las antiguas penas por procedimientos tutelares de orientación moderna.

Se exceptúa de pena a los menores de dieciséis años, “estos si son hijos de familia, se les quitarán a los padres que sean vagos y sin oficio, se les impondrán el que aprendan uno, o se les destinará a hospicios o escuelas. Cuidando de ellos las Juntas o Diputaciones de Caridad que el Consejo hará establecer para y por parroquias, conforme a lo que se propone y practica en Madrid, asistiendo los párrocos o los eclesiásticos celosos y misericordiosos que destinen⁹.

Con anterioridad se dispuso, con respecto a los menores de dieciséis años¹⁰ “que las justicias amonesten a los padres y cuiden de que éstos, di fueran pudientes, recojan a sus hijos e hijas vagos, les den educación conveniente, colocándoles con amo o maestro, en cuya forma interna se formen las casas de

⁹ Pragmática sancion de diecinueve de septiembre de 1788. Novísima Recopilación libro XII, Título XVI. Ley XI.

¹⁰ Res. A Consejo de 22 de marzo y Cédulas del Consejo del 12 de Junio 1781. Novísima Recopilación Libro XII, Título XXXI. Ley X.

corrección y enseñanza caritativa se lograra arreglar cuanto antes la policía general de los pobres y de la mendiguez y la ociosidad de toda la juventud , atajando el progreso y fuente perenne de la vagancia”. Y si los niños y niñas fuesen huérfanos, tullidos, vagos con vicios los mismos padres “tomen los magistrados políticos las veces de aquellos”, y suplan su ineficacia o desidia, reciban en si tales cuidados de colocar con abuelos o maestros a los niños y niñas, mancomunando en esta obligación, no sólo a la Justicia, sino también a los Regidores, Jurados, Diputación y Sindicatos del Común etc...¹¹ .

En esta nueva era se le otorga al Estado la facultad de sustituir a los padres, en caso de inoperancia de éstos; por tanto se inicia una fase en la que se atribuyó facultades protectoras o tutelares ya que se toma conciencia de las situaciones de abandono por parte de los padres, y se sensibiliza al Estado.

¹¹ Resp. A Consejo de 22 de marzo y Cédulas del Consejo del 12 de Junio de 1781. Novísima Recopilación Libro XII, Título XXXI, Ley X.

CAPITULO II

EL PADRE DE HUÉRFANOS

En las ordenanzas Reales de Castillas se exceptuaba a los menores de doce años de las severas penas impuestas a los vagos en la Ley 2ª Libro 8º; Título 14 de dicho cuerpo legal, y lo mismo se ordenó antes por la ley recogida posteriormente en la Novísima Recopilación libro 12º, Título 31, que fue dado por Enrique II en Toro en el año 1369, confirmada por Juan I en Burgos en 1379 y Juan II en Valladolid y Madrid en 1435.

El primer tribunal creado en España y destinado a juzgar a los niños constituye el precedente más remoto de nuestras instituciones actuales, el Padre de huérfanos (Pare d' Orfens) tuvo su inicio en la Ciudad de Valencia el día 6 de marzo del 1337, merced a la benignidad y celo del rey Pedro IV el Ceremonioso, llamado también el del Punyalet^{12 13}.

Establecía el monarca "Como quiera por disposición divina se haya conferido a la solicitud regia el cuidado de los huérfanos , especialmente si son pobres, y no poca gracia alcance del Señor el que generosamente atiende al pobre y al necesitado; entre las cosas que es notorio incumben a nuestra dignidad real, consideramos muy oportuno curar que los huérfanos que mendigan por la ciudad de Valencia sean dirigidos por la buena doctrina en su niñez, de manera que cuando lleguen a mayor edad puedan aprovechar para las cosas necesarias a su vida, al servicio de Dios, y sepan enseñar saludablemente a otros".

¹² ROJAS, Fernando de "El padre de huérfanos de Valencia"

¹³ RIOS MARTIN, J. C. "El menor infractor ante la Ley Penal" Ed. Comares Granada 1993. Pág 90.

El que estuviera al frente de la institución debería, después de apartar a los menores de los peligros en que se encontraban, buscarles una ocupación decorosa, de acuerdo con las aptitudes y empeño de cada uno. Tendía asimismo la disposición regia a la readaptación social de los menores, tratando de evitar en sus ánimos el convencimiento más completo de la necesidad del trabajo en la vida. Esta era en último término la finalidad de la pena impuesta.

El carácter de la institución era marcadamente benéfico y educativo, sin que se requiera para el desempeño del cargo de Curador más que gran celo por la salvación de la juventud.

En los primeros tiempos no gozaba la institución de jurisdicción exenta, por lo que el Curador de huérfanos dependía inmediatamente de la Justicia Civil. De aquí que proviniesen innumerables dificultades en el ejercicio de su cargo, pues al no poseer la autoridad moral y material propia del que tiene jurisdicción plena dentro de la adecuada esfera de su competencia, el Curador se veía impotente para lograr la específica finalidad de su cometido.

El Rey D. Martín el Humano, nombró, con fecha 11 de marzo de 1407 al Notario Francisco de Falchas para socio del Curador y Padre de Huérfanos, siendo el primer Juez del Tribunal de Huérfanos que así de modo evidente aparece fundado y admitido. Para el desempeño de este cargo se elegían personas de gran solvencia moral y prestigio social.

En el año 1556 elevaba Sanz una solicitud en súplica de que la persona del Padre de huérfanos, la casa y personal estuvieran bajo la protección y salvaguarda real. En 1557 obtuvo la confirmación por las Reyes de España ratificándose posteriormente por Felipe II en 1573.

En diversos momentos se pretendió privarle de derechos, e incluso quitarle la cualidad de Juez, la vida de esta institución después de suprimirse los Fueros en 1707, verificada ya la modificación positiva del Reino con el advenimiento de los Borbones, fue apagándose, hasta su desaparición que llegó con la Real Orden de 11 de Diciembre de 1773, expedida por Carlos IV, ordenando la extinción del Tribunal del Padre de Huérfanos y la entrega de su archivo a la Casa de Misericordia, en la que deberían acogerse en adelante los menores huérfanos.

Los Padres de Huérfanos fueron los sujetos de una verdadera institución de derecho público dentro de la organización foral del reino y al amparo y participando de la suprema jurisdicción y potestades de la Corona, nos lo acredita Cerdan de Tallada en su obra *Repartimiento Sumario de la Jurisdicción de S.M. en el Reino de Valencia*, en el cual se ocupa del Padre de Huérfanos, resaltando la importancia jurídica de la institución.

El Padre de Huérfanos se extendió de Valencia a todo el Reino de Aragón y hasta al de Navarra, pero antes de estudiarla en estos reinos y en Castilla, me parece oportuno transcribir algunas disposiciones que sobre los niños hallamos en el Fuero de Teruel, ya que durante la Reconquista, los reyes cristianos dieron fueros o leyes particulares a los pueblos que conquistaron, originando una gran confusión en las disposiciones legales de conjunto, dictándose algún precepto duro contra los niños, según podemos apreciar leyendo el Fuero de Calatayud, otorgado por Alfonso I el Batallador en 1311, en el cual reconoce al padre potestad tan plena sobre los hijos, que le faculta hasta para matarlos.

Tras cinco años de conquistada a los moros la población de Teruel, ocurrida según Zurita, en 1071, aparece el interesantísimo Fuero otorgado por Alfonso II a la villa y comunidad que se incorporaba a la corona¹⁴.

¹⁴ El Fuero de Teruel transcrito en el Tomo II de la Colección de Documentos para el estudio de la Historia de Aragón, publicado por Francisco Aznar Navarro en 1985.

Con el tiempo se ampliaría la institución del Padre de Huérfanos a otras ciudades aragonesas, velando por la protección, educación e instrucción de los menores desadaptados sociales o abandonados.

En Navarra, la Ley de 1576 muestra por primera vez en textos positivos el nombre y fundación del Padre de Huérfanos, quedando incorporada al Libro V Título 25, Ley 1ª de la Novísima Recopilación de Navarra y quedó suprimida por la Ley de las Cortes de los años 1817 y 1818. En Navarra la magistratura del Padre de Huérfanos no tuvo el carácter penal preventivo y represivo que hemos dicho tuvo en Aragón y Valencia. La institución presentó en Navarra más bien matiz civil y administrativo, limitando sus funciones a la recogida y traslado de los expósitos y a la lucha contra la falsa mendicidad.

De Valencia pasa la institución a Aragón, como anteriormente hemos indicado, apareciendo casi simultáneamente en varias ciudades aragonesas como Huesca, Barbastro, Monzón, Albarracín, Daroca, Calatayud y Tarazona entre otras, la institución tiene en Zaragoza las mismas características que en Valencia.

La institución fue perfeccionada en varias ordenaciones municipales: 1615, 1618, 1628, 1669, después de la pérdida de las peculiaridades forales en 1708 y con ella del Padre de Huérfanos, el propio Felipe V dio órdenes por la que se restablecía en 1717, instando el restablecimiento en 1718.

En Cataluña no hay rastro que haga presumir la existencia del Padre de Huérfanos, pero existe una constante preocupación por los problemas de la niñez y de la juventud. El Libro de las Costums de Tortosa escrito por el obispo, Narnan, de dicha diócesis, solo comparable con las Partidas, por su perfección, demostrándose que el obispo Narnan conocía a fondo el Fuero Juzgo, Los Usatges, el Derecho Romano y el Derecho Canónico, Código que señala como circunstancias eximentes la locura, la defensa propia, inferir daños por causas

independientes o superiores a la voluntad, la violencia o coacción irresistibles, obediencia debida, obrar en ejercicio de un derecho oficio o cargo y también se basa, para señalar las circunstancias modificativas de la responsabilidad, en la edad del delincuente. Publicado en mayo del 1279, y a los efectos últimamente citados, divide la edad del hombre en tres épocas, en la primera incluye a los menores de diez años y medio y menores de catorce, reconociéndoles una responsabilidad dudosa, ya que si constara o se aclarara que obraron con el conocimiento necesario había que castigarles, y en la tercera etapa sitúa a todos los hombres desde que cumplen los catorce años, y los considera responsables de los daños que causaran¹⁵.

Dos bandos se pregonaron en Barcelona y se recogieron por la Real Academia de la Historia en una colección de las decisiones de las Cortes celebradas en España, el primero de ellos fue voceado por el pregonero Santiago Rovira el día 27 de marzo de 1395, por mandato del vicario de la ciudad; el segundo de dichos bandos los voceó en Barcelona, el día 24 de abril del año 1403, Bernardo Cadirete, por orden del noble Arnaldo Guillermo de Bellaria.

La preocupación por el niño llevó al Consejo Municipal de la Ciudad de Barcelona a crear en 1583 la Casa de Misericordia, que en 1771 unió sus muchachos a los del Hospicio, hasta que habiendo surgido algunas dificultades en su régimen y administración, se separaron en 1803 continuando la obra con el nombre de Real Casa de Misericordia.

Se ocupó también de los niños en Barcelona la Asociación del Buen Pastor, fundada en 1550 para evitar que los encarcelados desearan y visitarlos y socorrerlos, además de ejercer una especie de patronato con los libertos.

¹⁵ LASALA, G. "La juventud delincuente en España y sus Tribunales Tutelares" Madrid 1959. Págs. 10 y siguientes.

En Castilla se generalizó en el siglo XVII el Padre General de Menores, institución muy parecida al Padre de Huérfanos, con una organización central que integran el presidente del Consejo de Castilla y un comisario general, que forman la Junta Central, que se reunía todas las semanas en casa del presidente para tratar los asuntos de pobres, beneficencia y menores.

La institución tuvo carácter, pero parece que se diferenciaba de la magistratura homónima de Aragón y de Valencia, en que su cometido era más bien el de velar por las personas y bienes de quienes quedaban sin padres, viniendo a constituir una verdadera tutela civil, rigiéndose por preceptos de Derecho privado.

En Salamanca, la cofradía de los Caballeros Veinticuatro, que se fundó en 1500 con la concreta misión de proteger a toda clase de presos, dedicando su atención asimismo a los niños, habiéndose aprobado su constitución por los Reyes Católicos y mereciendo posteriormente la aprobación del Emperador Carlos V en 1530.

La casa de niños de Doctrina de Logroño, parecida institución a otra que existió en Toledo, la institución logroñesa fue creada en 1500 y que pasó por muchas vicisitudes. También en Toledo hubo un Asilo Casa de Caridad, fundado en el siglo XVIII por el Cardenal D. Francisco Antonio Lorenzana, para ancianos y niños huérfanos y abandonados de ambos sexos,. La institución sostenía y educaba a esos niños procurando hacer de ellos hombres de provecho, para lo que se instalaron talleres que dirigían los mejores artífices de Toledo. En 1774, el Rey Carlos III dio su autorización para que se instalara la obra en el Alcázar, en donde floreció de modo extraordinario hasta la invasión francesa, después de la cual la institución fue de mal en peor hasta desaparecer en el año 1845.

En Madrid existía la Archicofradía de la Caridad y de la Paz, instituida en 1421, laborando sus miembros en este sentido. Aparte de la actuación del Padre

General de Huérfanos, o Menores, Madrid, tuvo, Hermandades, la más significativa fue la del Refugio, fundada en 1615 por el Jesuita Bernardo Antequera. En 1651 fundó esta Hermandad el Colegio de niños Huérfanos y Abandonados, obra muy protegida por Felipe V, que por Real Cédula de 10 de Febrero de 1702, le cedió la iglesia y Hospital de San Antonio de los Alemanes, con todos sus bienes. Con anterioridad, en tiempos de Felipe II, se había fundado una institución protectora y reformadora de niños¹⁶.

Del siglo XVIII es el Hospicio de Madrid, aunque iniciado en el siglo anterior, y era una especie de cárcel correccional donde todos los reclusos estaban ocupados, estando niños y jóvenes separados. Estos últimos trabajaban en los talleres de cardado, hilado, sastrería, carpintería mientras que los niños asistían a la escuela.



¹⁶ PORREÑOS , B. " Dichos y hechos de Felipe II". Madrid 1942 Pág 201. Cap. XII. Fundó en Madrid la Casa de los Niños Huérfanos llamada Nuestra Señora de Loreto el año 1581 como lo dice un letrado que está a la entrada de la iglesia.

CAPITULO V

TEORÍAS PENALES EN ALEMANIA

En Alemania se distingue entre teorías penales absolutas, relativas y de unión. Para las absolutas, la pena se justifica en si misma por la realización del delito realizado. Para las relativas, la pena tiene razón de ser en relación al fin que persigue, para que no se delinca, previniendo la comisión de nuevos delitos.

En Alemania dentro de las teorías absolutas se ha concedido el predominio al principio de retribución, en régimen de monopolio, por influencia especialmente de Kant y Hegel.

Las teorías relativas en Alemania, consideran la pena desde el punto de vista utilitario, y siendo insuficiente la coacción física para impedir la comisión de delitos, es preciso acudir a la coacción psicológica, ya que si todo el mundo sabe que a su acción, seguirá irreversiblemente un mal mayor que el desagrado producido por la no satisfacción del estímulo producido por el delito se abstendrá de delinquir. El fundador de esta teoría fue Anselmo Feuerbach, autor del Código Bávaro de 1813 y de un Tratado sistemático de Derecho penal. Junto a esta doctrina de la prevención general se dieron otras que atendían a la prevención especial. La más interesante para nosotros, por la difusión que alcanzó más tarde en España, fue la de BesserungTheorie, o teoría correccionalista, representada por Krausse y sus discípulos Ahrens y Röder. Para Röder, el Estado debe proponerse no sólo la adaptación del delincuente a la vida social, sino su interior enmienda, reformando su voluntad. El fin de la pena es restablecer su libertad externa y debe

ser privado de ella en la medida necesaria y ser considerado como si fuera un menor de edad y objeto de una segunda educación²¹.

La Escuela sociológica, en Alemania tiene por principal representante de su positivismo naturalista a Franz Von Liszt (1858-1919), Liszt justifica la pena en virtud de su fin, no aceptando al delincuente nato lombrosiano, reconoce la autonomía del derecho penal, y si bien era determinista, mantiene la distinción entre imputables e inimputables, sustituyendo el criterio de la libertad por el de la normalidad.

También en Alemania se han producido teorías unitarias que procuran la conciliación entre la retribución y la defensa (Mezger, Goldschmidt, Frank). No deja de ser significativo que Eberhard Schimdt, discípulo de Listz, proclame la necesidad de limitar la idea de fin por la de justicia²².

Reducidas las diferencias de las Escuelas, en cuanto a los problemas del fundamento de la pena y de la responsabilidad, continua vivamente el debate en torno al método. El ambiente favorable al positivismo de final del siglo XIX renunció a toda investigación filosófica y frente a la metafísica se proclama la necesidad de atenerse a los hechos. El positivismo naturalista consideró el delito un hecho jurídico, creación exclusiva de la ley positiva. Se le reprocha el hecho de perder de vista la realidad de que derivan, so pena de hacer un fin de construcciones lógicas cuya razón de ser es su condición de medios para la persecución de fines sociales.

La reacción antiformalista, la ciencia penal del siglo XX se ha caracterizado por la adopción de nuevos principios, derivados del renacimiento filosófico que siguió al positivismo. En Alemania se rectificó la dogmática por influjos de la Escuela de Baden, que considera que los conceptos jurídicos no son conceptos

²¹ RÖDER: " Las doctrinas fundamentales reinantes sobre el delito y la pena en sus interiores contradicciones " Madrid 1871. Trad. Esp.

²² ANTON ONECA. J.: Op. Cit. Pág. 41.

meramente descriptivos, sino que encarnan un valor de justicia, y conforme a este deben ser entendidos. De aquí la interpretación finalista de la ley penal, y que en el delito haya de estimarse no sólo la antijuricidad formal, sino la antijuricidad material, en cuya persecución es necesario acudir a las normas de cultura y a la idea de Derecho. Una reacción mucho más violenta representó la Escuela de Kiel, esta Escuela representa la doctrina oficial del nacionalsocialismo, poniendo a la ciencia penal al servicio del Estado, entrañando una política de urgencia que tendía, ante todo, a conservar la disciplina mediante la intimidación general y la eliminación de las Escuelas, censuró los excesos de abstracción; Bettioli publica después de la guerra un Tratado que pretende obedecer a la exigencia teleológica, de un lado y a la idea retributiva de otro, pues el Derecho penal sólo se comprende en una concepción ética de la vida, aspirando a superar el dualismo de las Escuelas en una concepción unitaria²³.

El nuevo realismo no es el positivismo naturalista, pues este pecaba de unilateral, viendo en el delito el fenómeno natural, pero no los fundamentos éticos de la pena, teniendo esta una misión educadora sobre la colectividad, a quien sirve y satisface, y sobre el individuo, a quien corrige; misión de magisterio que sólo puede cumplirse, si abandonando los oportunismos utilitarios, la justicia penal se adapta a las concepciones morales dominantes en la conciencia social.

²³ ANTON ONECA, J.: Op. Cit. Pág. 43.

CAPITULO VI

TEORÍAS PENALES EN ESPAÑA

La ideología positiva tuvo, junto a la penetración de las ideas del correccionalismo alemán, una influencia fundamental en la configuración de los principios inspiradores de la legislación de los Tribunales Tutelares de Menores y de su evolución posterior, sobre todo debido a la impactante influencia de Dorado Montero.

La Escuela Coreccionalista, basada en el principio de que el fin de la pena no podía ser ya la retribución sino la reeducación del delincuente a fin de restablecer en él la voluntad justa, fue unida por Dorado Montero a las tesis de la Escuela Positiva, tratando de hallar un sistema que ensanchara el molde metafísico y cerrado de aquella con la sangre viva y joven procedente de la observación que guía a ésta y el resultado fue la concepción de un Derecho Penal no sancionador, sino protector de los criminales, vistos como seres anormales, necesitados y con derecho a percibir una pena que ya no sería tal, sino equivalente a un tratamiento.

El delincuente por el hecho de ser tal, denuncia un estado moral miserable y débil. La delincuencia en el pensamiento de los correccionalistas es una causa limitadora de la capacidad real, y por lo tanto, de la capacidad jurídica de los individuos, igual que sucede con la edad, la prodigalidad, la enfermedad mental, etc.; causa que, mientras no desaparezca, mantiene al sujeto de quien se trate en posición de inferioridad y necesitado, en beneficio del propio individuo y en interés social al mismo tiempo, de un género de protección acomodado a su situación anómala y de desamparo. Dorado Montero añade que el tratamiento adecuado, como el de cualquier otra enfermedad, tenía que ser un tratamiento que fuese no contra el delito en sí, objetivamente considerado sino contra las causas productoras

y determinantes de tal estado. Lo primero que se hace preciso para tratar la delincuencia es diagnosticarla y señalar su etiología. Teniendo que ser un tratamiento individualizado, cuya medida no puede ser otra, sino el grado de necesidad que del mismo tenga el sujeto delincuente, y que habrá de aplicarse en la forma y por el tiempo en que esta necesidad lo requiera. Ni más ni menos. Por eso Röder y cuantos siguieron el camino trazado por él, no admitieron nunca la duración fija de la pena, sino que preconizaban siempre la abolición de la medida penal y la pena indeterminada²⁴.

Los menores de edad infractores de la ley y los delincuentes por el hecho de serlo son incapaces, anormales y, por tanto, peligrosos para la sociedad, que por su propia naturaleza han de imponerseles un tratamiento de duración indeterminada. Todos estos principios fueron recogidos por los legisladores del año 1918, de manera que la Ley de Tribunales para niños de Montero Ríos puede considerarse el primer y más alto exponente de la influencia del positivismo en la regulación penal española.

²⁴ P. DORADO MONTERO; " El derecho protector de los criminales ". Madrid 1915. Págs. 190 y ss.

PARTE IV

EL MENOR EN EL MARCO

INTERNACIONAL

PARTE IV

INTRODUCCIÓN

En los primeros años de este siglo, no tenía la humanidad contraído compromiso alguno para garantizar los derechos del niño, quedando legislativamente al descubierto sus necesidades primarias, su progreso material y espiritual, e incluso no tenía reconocido ningún derecho. El derecho del niño a la atención y protección, principio hoy tan elemental e indiscutible, fue relativo y desconocido a lo largo de la historia. La Declaración de los Derechos del Niño es reciente.

La primera proclamación de los derechos del niño mereció la condena de los Tribunales de Justicia. Fue Eglantine Jobb, quien como consecuencia de los desastres de la primera guerra mundial, redactó un documento de su propia mano en Ginebra, cuyos cinco primeros puntos fueron la primera carta magna que estimulaba y apelaba a la solidaridad internacional en favor de la infancia.

Estableció cinco principios elementales, precedidos de la afirmación de que la humanidad debe dar al niño lo mejor que tiene y establece el deber de facilitarle un desarrollo armónico e integral. Esta declaración representa, como señalaba Mendizábal Oses, el instante en que se hace recaer sobre la sociedad y el Estado la responsabilidad de asegurar el futuro de los menores.

Se modifica en 1949, con dos nuevos artículos , rigió hasta 1959, en que la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Declaración de los Derechos del Niño, un mes más tarde que la Declaración de los Derechos del Hombre, exactamente el 20 de Noviembre de 1959.

Reconoce los principios adoptados con anterioridad, refleja la evolución que hubo en el campo de la infancia desde 1924, siendo completada con otros principios que transforman dicho documento en la carta de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño.

Contiene la Declaración de Derechos de las Naciones Unidas, diez derechos que son los siguientes:

- 1) Derecho a la igualdad sin distinción de raza, credo, religión o nacionalidad.
- 2) Derecho a una protección especial para su desarrollo físico, mental y social.
- 3) Derecho a un nombre y a una nacionalidad.
- 4) Derecho a una alimentación, vivienda y atención médica adecuadas para el niño y la madre.
- 5) Derecho a una educación y a cuidados especiales para el niño física y mentalmente disminuido.
- 6) Derecho a la comprensión y al amor por parte de los padres y de la sociedad.
- 7) Derecho a recibir una educación gratuita y disfrutar de los juegos.
- 8) Derecho a ser el primero en recibir ayuda en caso de desastre.
- 9) Derecho a ser protegido contra el abandono y la explotación en el trabajo.
- 10) Derecho a formarse en un espíritu de solidaridad, comprensión amistad y justicia entre los pueblos.

Esta declaración constituye un conjunto de principios y de preceptos,, que han sido la base de varios acuerdos de carácter internacional, por los que dichos principios cuentan con una influencia supranacional que hace que hoy no pasen desapercibidos a la conciencia del mundo, aunque no presenten el carácter

obligatorio de un Acuerdo Internacional, por lo que no es una fuente próxima del Derecho.

En el año 1969, tuvo lugar en Oslo el Congreso Mundial de la infancia, promovido por la U.I.P. (Unión Internacional de la Infancia), diez años más tarde de la proclamación por las Naciones Unidas de los derechos del niño. Uno de cuyos objetivos fue el de toma de conciencia de los problemas de la protección de la infancia, que han de ser valorados desde el conjunto de problemas que tiene la comunidad en la que está inserta, y que, sin una coordinación planificada con promociones multidisciplinarias, no se pueden atajar, dando respuesta de forma adecuada a las carencias de la infancia y de la adolescencia de una sociedad determinada.

Con posterioridad se han producido declaraciones, como la de La Haya y la del Consejo de Europa, que redactó la Carta Europea de los Derechos del Niño, que se acerca más a realidades que pueden ser objeto de acuerdo y rectificación por los Estados miembros.

Sin embargo, es conveniente manifestar desde estas páginas que los niños, aún teniendo los derechos que se establecen y proclaman los Tratados y Acuerdos de carácter internacional, no se declare en los Pactos internacionales con claridad quienes son los obligados o destinatarios de las correlativas obligaciones, teniendo el deber los respectivos gobiernos de los distintos Estados, que habrán de hacerse efectivos a través de cauces legales, los derechos y necesidades de que los niños sean acreedores consagrados internacionalmente.

CAPITULO I

LA REACCIÓN SOCIAL ANTE LA DELINCUENCIA JUVENIL EN EL MARCO INTERNACIONAL

Se pueden clasificar los modelos o sistemas posibles de reacción a la delincuencia de los menores en diferentes grupos. En primer lugar, el modelo de protección, muy ligado a la ideología positivista y correccionalista, en el cual se daba un predominio de la reacción judicial sobre el plano educativo, aunque se tratará de enmascarar más o menos.

En segundo lugar, surge el modelo educativo, en el que prima la idea de que la justicia penal no debe intervenir respecto de los menores, debiendo prevalecer la actuación educativa frente a ellos con independencia de que hubiesen cometido un hecho delictivo o no.

Por último, surgió el modelo de responsabilidad en el cual se trata de conjugar lo educativo y lo judicial. Al tiempo que se considera a los jóvenes responsables de sus actos, se rodea y envuelve la actuación de la justicia de las necesarias garantías para el menor, salvaguardando al mismo tiempo, sus derechos y tendiendo siempre a una aplicación de las medidas más correctas y adecuadas para lograr una función educativa de la misma. El surgir de este modelo o sistema está vinculado a la sentencia dictada en el caso Gault en los Estados Unidos, en la cual, básicamente, se señalaba que las garantías procesales, tienen que ser aplicadas en el ámbito del enjuiciamiento de los menores y por tanto tienen derecho, a que se les comuniquen con tiempo cuales son los cargos que se le imputan, a la defensa

por un letrado, a no declarar en su contra, aportar testigos a las actuaciones y en definitiva a las garantías que se venían aplicando al Derecho penal de adultos.

Al día de hoy aún se debate cual debe ser la intervención penal sobre los menores, dándose actuaciones muy diferentes en los distintos países, aunque cabe recoger, que desde el punto de vista de la doctrina y de objetivos proclamados por los Organismos Internacionales, existe concordancia y acuerdo sobre ciertas cuestiones:

A) Se trata de lograr un derecho penal mínimo, a través de las instituciones, como el principio de oportunidad o el perdón judicial o también mediante la descriminalización, excluyendo del Derecho penal sustantivo algunas conductas delictivas.

B) En el campo de las medidas aplicables al menor, existe también una orientación, cada vez mas uniforme, considerando que el internamiento debe ser la última medida a imponer al menor.

C) Por último, cabe destacar una tendencia que cuenta con muchos partidarios en la actualidad y consiste en poner al menor con la víctima y con el daño ocasionado relacionándolos, buscando así soluciones, de carácter compensatorio o conciliatorias.

Al destacar las Recomendaciones del Consejo de Europa, adoptadas por el Comité de Ministros el 17 de Septiembre de 1987, se recomienda la prevención de la delincuencia, desjudicialización, y con respecto a la justicia de menores se recomienda:

- Acelerar la rapidez de los procesos.
- Evitar la detención.

- Que existan garantías procesales en el procedimiento de menores.
- Especialización de los que intervienen en el mismo, Juez, Fiscal, Policía, etc.
- Limitación de la medida de internamiento por tiempo determinado en dos años. Considerando esta medida de carácter excepcional. Y siempre habrá de estar motivada suficientemente.

Estos objetivos han dado lugar a distintas intervenciones, que se han plasmado en distintas legislaciones, bajo modelos legales que pueden encuadrarse en el modelo administrativo (Centro Europa, Escocia), el modelo judicial (Francia) y modelo mixto (el sistema Belga).

En España se optó desde 1914 con la Ley Tolosa Latour, por el sistema administrativo, que posteriormente se mantuvo en la Ley de 1948. Sin embargo, la Constitución Española, el paso del tiempo, la nueva concepción de la justicia de menores, y el propio menor, han obligado a replanteamientos, que han originado una profunda reforma legislativa. Ello motivó que el legislador en 1985, con la Ley Orgánica del Poder Judicial, escogiese el modelo judicial para la intervención de menores; pero al introducir a las Entidades Públicas en la ejecución de las medidas, matiza el modelo más bien hacia un sistema mixto, así como por la atribución de competencias a las Entidades Públicas cuando se trate de intervenir con menores de doce años.

Por lo tanto, el sistema español se ha instalado en lo que puede entenderse, que es un sistema parcialmente desjudicializado, con intervención administrativa en la ejecución de las medidas. Sistema que es avalado por la propia Constitución Española, que contempla al menor como sujeto digno de una especial protección, (artículos 39, 18, 10 y 2) y que no le excluye al menor de las garantías procesales que benefician a los mayores.

La reacción social en el marco internacional, nada tiene que ver con el concreto marco legislativo de cada país, así las Reglas Beijing, o reglas mínimas de las Naciones Unidas, para la Administración de la Justicia de Menores, aprobadas por la Asamblea General el día 29 de Noviembre de 1985; y muy especialmente la Recomendación número 20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre las reacciones sociales a la delincuencia juvenil, adoptada el 17 de Septiembre de 1987, contrastan con la realidad normativa de algunos estados. Esta última Recomendación establece las principales pautas de actuación¹:

- Desarrollo de una política eficaz respecto de la prevención de la delincuencia juvenil.
 - El principio de mínima intervención, evitando en la medida de lo posible, el recurso a la vía judicial para los menores.
 - Juzgados de Menores integrados de profesionales especializados.
 - Derecho de los menores a todas las garantías procesales.
 - Publicidad restringida de las actuaciones.
 - Detención provisional limitada a infracciones muy graves y por tiempo determinado.
 - Que la medida de internamiento sea el último recurso a aplicar, tendiendo principalmente las medidas en su aplicación dentro del ámbito familiar y social del menor.
 - Duración determinada de las medidas, reduciéndose su duración lo máximo posible.
 - Amplio abanico de medidas con finalidad educativa y de inserción social.
- Motivación de las medidas privativas de libertad.
- Centros con un sistema educativo que favorezca la reinserción social.

¹ ORNOSA FERNÁNDEZ, M^a R. "La nueva regulación del procedimiento penal de menores. ¿Un avance?". Poder Judicial / 2^a época nº27. Sept. 1992. Consejo General del Poder Judicial. Pág. 153.

Por tanto, queda claro que los organismos internacionales han efectuado la opción por la intervención judicial mínima. Con posterioridad, y en el mismo sentido, la Convención sobre Derechos del Niño del 20 de Noviembre de 1989, que al estar ratificado por España forma parte de nuestro ordenamiento jurídico interno desde el 26 de Enero de 1990, establece los derechos civiles y políticos, sociales, económicos y culturales de los niños y las niñas. ampliando el contenido de los principios de la Declaración Universal de los Derechos del Niño y la Niña de 20 de Noviembre de 1959 y con carácter de Ley.

El art. 40, apartado B), de esta Convención, establece que: “El menor considerado culpable o acusado de infringir las leyes penales tenga las siguientes garantías:

1. Será presunto inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la Ley.
2. Será informado sin demora y directamente de los cargos que pesan contra él, y en casos apropiados, por intermedio de sus padres o su tutor, y dispondrá de asistencia jurídica u otra asistencia adecuada en la preparación y presentación de su defensa.
3. La causa será dirimida por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial, en una audiencia equitativa, conforme a ley, en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado, a menos que se considere que ello sería contrario al mejor interés del niño y la niña, teniendo en cuenta en particular su edad o situación, sus padres o tutores.
4. No será obligado a prestar testimonio o a declararse culpable, y podrá interrogarse o hacer que se interroge a testigos de cargo y obtener la

participación e interrogatorio de testigos en su favor en condiciones de igualdad.

5. En caso de que se considere que ha infringido las leyes penales, esta decisión y toda medida impuesta como consecuencia de la misma, será sometida a una autoridad u órgano judicial superior competente, independiente e imparcial, conforme a lo prescrito por la ley.

6. El menor tendrá la libre asistencia de un interprete si no comprende o no habla el idioma utilizado.

7. Se respetará plenamente su vida privada en todas las fases del procedimiento.

El art. 40, párrafo 3 “Los estados partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimiento, autoridades e instituciones aplicables específicamente a los menores que sean considerados acusados o declarados culpables de infringir las leyes penales y en particular examinarán:

- a) La posibilidad de establecer una edad mínima antes de la cual se supondrá que los menores no tienen capacidad para infringir las leyes penales.
- b) Siempre que sea apropiado, es conveniente tratar a esos menores sin recurrir a procedimientos judiciales, respetando plenamente los derechos humanos y las salvaguardias judiciales.

Examinados estos preceptos, están en la misma línea de las Reglas de Beijing o reglas mínimas para la administración de la justicia para menores, optando esta normativa por la intervención judicial mínima o, incluso por la

exclusión del sistema judicial, pero siempre la actuación de los órganos judiciales habrá de estar envuelta de garantías procesales en beneficio del menor.

Otros tratados que hayan influido en el derecho de menores, así como en las garantías legales y procesales de que ha de dotarse el enjuiciamiento del menor, son:

- La declaración de los Derechos del Hombre.
- El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de Diciembre de 1966.
- El convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales del Consejo de Europa, de 4 de Noviembre de 1950.

CAPITULO II

SÍNTESIS DE LA LEGISLACIÓN COMUNITARIA SOBRE DERECHOS Y PROTECCIÓN SOCIAL DE LOS NIÑOS

A) Los niños en la Comunidad Europea.

Actualmente viven en la Comunidad Europea unos ciento veinte millones de niños y adolescentes menores de dieciocho años de cuyo futuro son responsables primordialmente los padres, pero también la sociedad en su conjunto y de manera especial los poderes públicos. El peso de la población infantil en el conjunto de la Europa Comunitaria sigue una tendencia decreciente, de manera que, salvo en Irlanda, no se ha logrado el relevo generacional, lo que da lugar a un estancamiento y reducción de la población con su consiguiente envejecimiento.

El Parlamento Europeo aprobó el 13 de Diciembre de 1991 una resolución sobre los problemas de los niños en la Comunidad Europea (Doc. A3-314/91) en la que se revisan las acciones de la C.E.E. en materia de asistencia y protección a los niños y se formulan peticiones a los órganos de la Comunidad y a los Estados miembros, en orden a la defensa de los derechos más fundamentales de los niños, con el fin de que cada niño pueda vivir su infancia con dignidad y alegría y alcanzar el libre desarrollo de su personalidad confiando en sí mismo y en los demás².

Una política europea destinada a los niños debe comprender todas las actuaciones necesarias para la consecución de sus derechos, teniendo en cuenta que el bienestar del niño está íntimamente ligado al de la familia. Es más, la libertad de circulación de los padres no debe traducirse en inconvenientes para los niños. Es por ello que, necesariamente, la comunidad ha de fomentar la igualdad de

² MADRIGAL TORRES, P. "Revista de Estudios Europeos". REE. Nº5. Septiembre-Diciembre 1993. Pág. 109.

oportunidades de los niños y apoyar el acceso a la educación sin discriminaciones, así como luchar contra cualquier forma de racismo y xenofobia desde la educación básica. Además la política educativa comunitaria debe tener en cuenta la diversidad cultural y lingüística existente.

La protección del niño debe basarse en el interés superior del niño y fundamentarse en los principios de la libertad y de la dignidad de éste, así como en el respeto de sus señas de identidad y a sus características individuales y colectivas.

Por su parte, el Parlamento Europeo en su Resolución (Doc. A-3-175/90), sobre el programa de acción de la Comisión para la aplicación de la Carta Comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, contempla una ampliación de las propuestas a recoger una directiva comunitaria sobre protección de menores;

- Prohibición de trabajar para los menores de dieciséis años y obligación de asistir a los distintos centros de enseñanza.
- Imposición de sanciones por las autoridades competentes a los responsables de violar esta norma, debiendo efectuarse controles más estrictos.
- Obligatoriedad de la prestación del consentimiento de los padres o tutores de los trabajadores jóvenes que deberán firmar con ellos sus contratos de trabajo.
- Supervisión especial de los jóvenes que trabajen con sustancias peligrosas para su salud.
- Prohibición de que los menores de dieciocho años realicen trabajo nocturno, horas extraordinarias y trabajos subterráneos.

- Limitación del tipo y duración del trabajo de los menores de dieciocho años, mediante la reducción horaria, el trabajo en domingos y festivos y estableciendo periodos de descanso obligatorio entre jornadas.
- Establecimiento del salario mínimo juvenil por ley y de común acuerdo con las partes negociadoras de los convenios colectivos.

Con el mismo objetivo, la Directiva señala que debería existir un control médico periódico de los trabajadores menores de dieciocho años.

B) El trabajo de los menores en la Unión Europea.

La resolución de 16 de Junio de 1987 del Parlamento Europeo sobre el trabajo de los menores (Doc. A2-67-87), en la línea de los Convenios de la O.I.T., que tienen por objeto la protección de los menores en el trabajo (5, 33, 59, 60 y 138) y de la Recomendación número 146, parte de la consideración de que si el trabajo de los menores tiene ante todo aspectos éticos porque afecta a su salud, a su desarrollo físico e intelectual, a su educación y a su configuración como personas. En consecuencia, la utilización de niños en el proceso de producción es un desafío a la conciencia de la comunidad mundial y debe abolirse³.

Ahora bien, no es posible desconocer la directa relación del trabajo de los menores con el sistema educativo, con el desempleo, con los movimientos migratorios y con el incremento de la economía sumergida. De aquí la necesidad de combatir las causas profundas de la miseria, de promover la creación de empleo y de garantizar la efectividad práctica del derecho a la educación, como condiciones para el libre desarrollo de la personalidad de los niños y su acceso posterior en igualdad de oportunidades al mercado de trabajo.

³ MADRIGAL TORRES, P. Op. Cit. Pág. 111.

PARTE V

LEGISLACIÓN INTERNACIONAL.

DERECHO COMPARADO

1. BÉLGICA

No existe un Derecho Penal juvenil como tal, lo que se denominaba así hasta dicha fecha de 1912 fue sustituido por un derecho de medidas¹.

El Código Penal de 1867, fue suprimido por la Ley de Protección del Menor de 15 de mayo de 1912, siendo sustituida por un derecho de normas. Considerando esa regulación que el menor de dieciséis años está exento de responsabilidad criminal. No pudiéndosele imponer penas sino medidas de protección, correctivas y preventivas.

La Ley de 1912 fue modificada y completada por la Ley de Protección de la Juventud de 8 de abril de 1965 (JSchG). El legislador belga ha creado dos sistemas de reacción a problemas de la juventud. Por un lado existe la llamada protección social del menor, que representa en esencia un sistema de asistencia al menor, tanto a nivel general como particular; y por otro, el denominado sistema de protección judicial del menor, que regula la actividad de los tribunales de menores.

La Ley de 1965, no sólo ha mantenido el principio de ausencia de responsabilidad criminal de los menores, sino que incluso ha elevado el límite de edad hasta los dieciocho años. Los menores que cometan un acto delictivo, castigado con una pena, no serán juzgados por los tribunales ordinarios en causas penales generales, sino por tribunales de menores. Estos no podrán imponer una pena, sino únicamente las medidas contenidas en la Ley de Protección de la Juventud. Hay por tanto una diferenciación en Bélgica entre el Derecho de los jóvenes en un Derecho de medidas juveniles, no es sin embargo uniforme sino que está diferenciado, en especial en lo referente a jóvenes entre dieciséis y dieciocho

¹ DIRECCIÓN GENERAL DE PROTECCIÓN JURÍDICA DEL MENOR , “Infancia y familia nº 19”.

años. Los artículos 36 al 38 de la JSchG contemplan dos excepciones a la regla sobre su minoría de edad penal básica. Los jóvenes que en el momento de infringir normas de tráfico o cometieren algunas faltas relacionadas con el mismo tuviesen cumplidos ya los dieciséis años, pero aún no tengan los dieciocho años, serán juzgados por los tribunales competentes para causas penales generales. Estos tribunales podrán no iniciar el proceso cuando consideren más adecuada la aplicación de medidas de prueba, prevención correctivas (art. 36 bis de JSchG). En este caso la responsabilidad criminal es la regla y el derecho de medidas juveniles es de aplicación subsidiaria. Pero también resulta posible lo contrario. El art. 38 JSchG determina que el juez de menores puede no iniciar el proceso también en el caso de que no le parezcan adecuadas las medidas de prueba, prevención o correctivas. En este supuesto los jóvenes serán juzgados por los tribunales penales generales. En ese conjunto de casos, la regla general es que no se suponga responsabilidad criminal, y que por ello, el Derecho Penal de adultos, sea de aplicación subsidiaria. En esa franja de edad entre dieciséis y dieciocho años, donde es aplicable el Derecho Juvenil o el Derecho de adultos, supone una gran diferencia y restricción respecto al Derecho Penal y Juvenil Alemán, ya que en este último se aplica siempre el Derecho Penal Juvenil hasta los dieciocho años y en todo caso puede extenderse hasta los veintiún años.

Las faltas que aquellos jóvenes realizasen antes de cumplir los dieciocho años de edad,, les corresponderá a la jurisdicción de los tribunales de menores, siendo las sesiones públicas, salvo que el tribunal considere perjudicial para el interés del menor o de las víctimas. Las sentencias que dicten los tribunales son recurribles en apelación, para el juicio, así como para decisión del recurso de apelación contra las sentencias de los tribunales de menores, son competencia de un juez único. Es obligatoria la intervención de abogado defensor en aquellos casos en que se pueda concluir el proceso con la imposición de medidas a un menor de edad; en caso de que no elijan un letrado el menor o sus familiares, se le designará un abogado de oficio. Siempre interviene en el juicio un fiscal de menores especial.

La protección se lleva a cabo por los Tribunales de la Juventud, al que se le atribuyen competencias en materias de orden civil, administrativo y penal. Este tribunal está constituido por un solo Magistrado y pertenece al grupo de los Tribunales de primera instancia.

El tiempo por el que se designa a un juez para el conocimiento de esta materia, es de tres años.

Conocen los Tribunales de la Juventud de los siguientes hechos:

1. Menores de dieciocho años, que cometieren algún hecho tipificado como delito en el Código Penal.
2. Los menores de dieciocho años, que siendo mendigos o vagabundos infringieren la ley sobre tutela moral de la juventud o con las obligaciones escolares.
3. Los menores de veintiún años cuya moralidad, seguridad y salud peligren por el medio social en el que trabajen o habiten.

El Tribunal puede imponer las siguientes medidas de carácter terapéutico o formativas:

- A. Ingresarlos en algún centro del Estado dedicado a tal fin. Además existen dos medidas de detención que no separan al menor de su ámbito y estas son el arresto de fin de semana y la semi-reclusión, que supone el ingreso en un centro, pero saliendo del mismo para el desarrollo del trabajo diario.
- B. Ponerlos bajo la custodia de un delegado o en un establecimiento apropiado para su formación profesional o educación.

C. Someter el menor a la vigilancia del Comité de Protección de la Juventud o de un delegado de la protección encargado de observar el cumplimiento de las medidas impuestas por el Tribunal. Condicionando el mantenimiento en su entorno por el cumplimiento de alguna de las condiciones siguientes:

1. Frecuentar con regularidad un establecimiento escolar de educación ordinaria o especial.
2. Cumplir un servicio educativo o filantrópico adecuado a sus posibilidades o edad.
3. Seguir las directrices médicas y pedagógicas de un centro destinado a formación educativa o higiene mental

D. Amonestarlo y encomendarlo a la persona que lo tiene en su custodia, ordenándoles una mejor vigilancia de futuro.

Estas medidas que concluyen en todo caso y como máximo a los veintiún años del menor, tienen carácter indeterminado y no corresponderán necesariamente con la gravedad del hecho cometido.

2. ALEMANIA

En Alemania la Ley Penal Juvenil es la única existente en el mundo que regula un auténtico Derecho Penal Juvenil y se le denomina “ La Ley Judicial Juvenil² “.

Dicha Ley en su artículo tercero regula la imputabilidad de los menores: “Un menor es responsable penalmente si en el momento del hecho era suficientemente maduro, conforme a su desarrollo moral y mental, para comprender lo injusto del hecho y actuar conforme a esa comprensión “.

Menor es quien al tiempo del hecho tuviera entre los catorce y los dieciocho años. Y menor adulto quien tuviera entre dieciocho y veintiún años.

Los menores de catorce años que sean declarados incapaces de culpabilidad y con respecto a ellos se adoptarán las medidas previstas en la Ley de Bienestar Juvenil.

Con respecto a los menores declarados responsables se les pueden imponer medidas formativas, disciplinarias o pena juvenil.

A. Medidas formativas son: la imposición de instrucciones (tomar una plaza de estudio o trabajo, abandonar el trato con determinadas personas, la obligación de no entrar a determinados establecimientos, etc.). La asistencia formativa y la formación correctiva obligatoria.

B. Medidas disciplinarias son: la amonestación, la imposición de reparaciones (disculparse ante los afectados, pagar determinada

²Op. Cit. N° 15

cantidad de dinero,...), y el arresto juvenil, que puede ser breve (de una a cuatro unidades de tiempo libre) o prolongadas (de una a cuatro semanas).

Pena juvenil: consiste en la privación de libertad en un establecimiento juvenil por tiempo no superior a cinco años tratándose de delito o de diez años tratándose de un crimen³. Pero se prevé la suspensión del fallo y de la ejecución incondicional poniendo al menor en libertad a prueba, pero bajo control oficial.

3. ESTADOS UNIDOS

Cada uno de los Estados que confirman la Unión es diferente en esta materia. Con carácter general, en cada Condado existe un Juzgado de Menores, aunque en ciertos Condados hay secciones especiales de los Tribunales ordinarios que agrupan en un solo Tribunal de Distrito a diferentes pequeños Condados. En ciertos Estados como Colorado, Lousiana y Alabama, se enjuicia a los menores por un Magistrado que pertenece a los Tribunales ordinarios. En otros Estados, como por ejemplo Connecticut, los Juzgados de Menores son órganos especializados con jurisdicción exclusiva sobre el menor. En algunos Estados, como el de Nueva York, los órganos judiciales que juzgan a los menores son los Juzgados de Familia.

El procedimiento consta de tres fases:

1. La primera es la de averiguación de los hechos y determinación de las personas que han intervenido en ellos; esta etapa es la de instrucción.
2. La segunda es la de petición o alegaciones.

³ CANTARERO BANDRES, R.: "Delincuencia juvenil y sociedad en transformación. Derecho Penal y Procesal de Menores". Ed. Montecorvo S. A. 1988. Pág. 319.

3. La tercera la de decisión que puede concluir con la imposición de una de las medidas previstas o incluso con la imposición de suspender el proceso.

Intervienen en el proceso desde el inicio la policía, que puede resolver el caso sin la intervención de los órganos judiciales y dejar al menor tan sólo con una amonestación o mandarlo a los servicios sociales o a la *Probation*.

La policía tiene la facultad de arrestar, este arresto no puede exceder de un día. Precede esta actuación a la labor de instrucción del fiscal y del Tribunal de Menores. Desde que se inicia la instrucción interviene un funcionario del Servicio Social o de la *Probation*.

Los Tribunales de Menores norteamericanos tienen competencia en materia administrativa civil y penal, interviniendo por tanto en las siguientes situaciones:

- A. Cuando se produzca un hecho delictivo y hayan intervenido menores de catorce años en la comisión del hecho, asimismo si dichos menores de catorce años han efectuado “comportamientos irregulares”.
- B. Al realizar actos a los que la legislación norteamericana tipifica como delitos de *status*, que se concretan en estados peligrosos tales como absentismo escolar, desobediencia a los padres, vagabundeo, etc.
- C. Atribución de custodia o suspensión de la patria potestad en los casos de imposibilidad, abandono o incapacidad por parte de los padres, así como de malos tratos por parte de los padres.

Las medidas que se imponen son las de internamiento con muchas variedades y son las siguientes:

- A. Las medidas de internamientos en reformatorios (*detention schools*).

- B. Internamiento en un instituto de detención abierta, con contactos directos con un staff de vigilancia (home detention).
- C. Internamiento en una comunidad compuesta por pequeños grupos de dos a diez menores, y otras instituciones abiertas.
- D. Internamiento en institutos de vigilancia (attention home) que implican una sanción y mínimos criterios de seguridad, aunque también basados sobre el apoyo y la interacción psico-pedagógica.
- E. Detención en verdaderos centros de detención (detention center).

Otra característica de los Tribunales norteamericanos es que además de corresponderles el enjuiciamiento y decisión de los asuntos, intervienen en la ejecución de las medidas impuestas; por tanto, tienen una jurisdicción continuada.

4. DINAMARCA

La ley reguladora es la núm. 320 de junio de 1975. Con anterioridad, la ley de 18 de diciembre de 1969 había fijado la mayoría de edad a los veinte años⁴.

La vigente legislación danesa establece las siguientes reglas para los sujetos de edades comprendidas entre los quince y los veinte años autores de delito:

- A. La edad a efectos de responsabilidad penal se establece en quince años.
- B. En el Código Penal no se prevén normas especiales en función de las penas previstas para los jóvenes delincuentes.
- C. La prisión -se dice- no existe para los menores.
- D. Las sanciones indeterminadas están abolidas.

⁴ "Les Nouvelles. Protection de la jeunesse in Droit Comparé". *Lancier*, Bruxelles, 1978. Págs. 583-585; trad. al italiano por G. Volpe, *La legislazione minorile in Danimarca*, en "Esperienze di Rieducazione", número 1, 1981, Roma, págs. 186 y ss.

- E. Los jóvenes menores de dieciocho años que delinquen no son procesados, sino “tratados” en el marco general de la legislación sobre asistencia a la infancia y a la juventud, a través de medidas adecuadas a su personalidad y al hecho cometido.
- F. Los jóvenes delincuentes procesados y condenados no cumplen necesariamente condena a través de penas privativas de libertad, siéndoles de aplicación la legislación sobre asistencia social.
- G. A los menores de dieciocho años procesados y condenados excepcionalmente a una pena privativa de libertad, si no se les concede la suspensión condicional, descuentan la pena en establecimientos penitenciarios ordinarios.

Para los menores de quince años rigen las leyes 193 de 4 de junio de 1964 sobre asistencia social y la ley 1970 en sus artículos 27 a 51. Las previsiones que se confieren en esta normativa son de carácter educativo⁵.

5. LUXEMBURGO

Por ley de 6 de febrero de 1975 se constituye en cada juzgado de distrito una sección denominada “Tribunal de la Juventud” (art. 12 de la ley) que conoce de los hechos delictivos de los menores de dieciséis años (art. 14.2) y de dieciocho años (art. 14.1) si se dan, en este último caso, determinados presupuestos que hagan aconsejable la intervención no represiva⁶.

El Tribunal de la Juventud puede adoptar dentro de sus competencias las siguientes medidas no represivas (según el art. 14):

⁵ CANTARERO BANDRES, R.; op. Cit. Pág. 321.

⁶ *Recueil des lois spéciales*, Ministerio de Justicia, Luxemburgo, 1984, págs. 3 y ss.

- A. Represión. Colocación en régimen de guarda y custodia a persona digna de confianza.
- B. Libertad vigilada.
- C. Colocación en establecimiento estatal de reeducación.

El Tribunal puede mantener al menor en su medio habitual con la condición de que realice alguno de los siguientes cometidos:

1. Asistir regularmente a un establecimiento escolar ordinario o especial.
2. Cumplir prestaciones educativas o comunitarias en función de sus posibilidades.
3. Someterse a las directrices pedagógicas o médicas en un centro de educación e higiene mental.

Estas medidas, junto con la posible imposición de una accesoria libertad vigilada en los casos de los párrafos 3 y 4 puedan adoptarse por el juez en virtud del artículo 13 de la ley citada.

El Tribunal de la Juventud puede, de acuerdo con el hecho cometido por el menor y en función de la pena que corresponda a éste, adoptar medidas represivas de carácter educativo que pueden alargarse en el tiempo hasta los veinte años (art. 16) o incluso hasta los veinticinco años (art. 15).

Por ley de 27 de febrero de 1984 se crea en Luxemburgo el Servicio Nacional de la Juventud cuya función es constituir un organismo de contacto, apoyo, formación e información con los menores y jóvenes (art. 2).

El Servicio se encarga de la puesta en práctica de la política de la juventud del Gobierno y de la coordinación de los distintos ministerios en el área de la

juventud. Comprende un Servicio Central de Dirección y Servicios Regionales (art. 1º).

6. GRAN BRETAÑA

En Gran Bretaña, dentro de la policía, existen secciones de menores, como uno más de sus servicios, no existiendo Comités extrajudiciales dentro de las estructuras administrativas de los servicios sociales. Las secciones de menores de la policía en el caso de arresto de un joven realizan una función instructora previa, y con el resultado de la misma se decide si se archiva el asunto o si por el contrario se sigue el mismo ante el Tribunal. Siendo obligatorio acudir al Tribunal cuando el hecho revista caracteres de delito grave o cuando el menor no puede pagar o avalar la fianza o los familiares no admiten su custodia.

Los Tribunales de menores tienen jurisdicción sobre los delitos que conllevan sanción leve y que se les imputan a niños comprendidos entre 10 y 17 años. En caso de delitos graves cometidos por menores en un concurso con adultos son competentes para conocer y fallar los Tribunales de la Corona o Crown Court como jurisdicción de primer grado. En el caso de la comisión de un hecho que revista los caracteres de un delito leve pero en el que han participado tanto mayores como menores de 17 años, se instruye de forma previa por la Corte ordinaria, y en atención al resultado de la misma se enviará el caso al Tribunal Juvenil o asumirá el conocimiento de la materia.

Se pueden clasificar las medidas en no detentivas y las detentivas o privativas de libertad; estas últimas sólo las puede imponer los Tribunales de la Corona.

Las medidas detentivas o privativas de libertad son las siguientes:

- A. El arresto por tiempo determinado de un mínimo de doce horas.
- B. Internamiento en un centro de detención por un mínimo de tiempo de tres meses con un periodo posterior de observación de doce meses.
- C. Para los mayores de 15 años, internamiento en un instituto por un periodo que va desde los seis meses a dos años, con un tiempo de vigilancia posterior que dura dos años.
- D. En caso de que el menor cometiere un delito grave, se le impondrá una *pena privativa de libertad a cumplir en centros destinados al efecto o incluso en secciones separadas de las prisiones locales para adultos.*

Estas medidas son iguales en cuanto a su aplicación en Gran Bretaña, País de Gales y Escocia. La imposición de estas medidas nunca puede exceder en cuanto al tiempo de duración, a las que se impondrían por el mismo hecho a un mayor de edad.

Existen dos clases de centros en estos países para llevar a cabo la *detención*:

1. Uno para menores desde los catorce años hasta los 17 años.
2. Otro para los que tengan entre los 17 y los 21 años.

Las medidas no detentivas o restrictivas de derechos:

- A. La prescripción absoluta o condicional.
- B. Multa.
- C. *El resarcimiento de la víctima.*
- D. La garantía de quien ejercita la patria potestad bajo fianza por tres años, o hasta el cumplimiento de los dieciocho años de edad.

- E. El control de los servicios sociales.
- F. Para el menor que ha cumplido los siete años, la “*Probation*”.
- G. El cuidado por parte de la autoridad local hasta los dieciocho años si el menor ha cumplido los dieciséis años, y hasta los 19 años si ha superado los dieciséis años.

7. En especial, Escocia.

La legislación fue modificada en el año 1971 con la entrada en vigor de la Social Work Scotland Acta.

Con esta Ley se crean los Comités Juveniles o Children’s Panels, formados por técnicos expertos en problemas juveniles. Su especialidad se basaba tras hacer unos cursos en disciplinas jurídicas y psicológicas. Estos Comités tienen competencia territorial regional y de entre sus componentes, el presidente elige a tres miembros que junto a él constituyen las Audiencias de Menores o Children’s Hearings.

Estas audiencias son órganos con competencias civiles, administrativas y penales, ya que pueden adoptar medidas coactivas a pesar de su configuración de extrajudicial; estas audiencias intervienen con menores de dieciséis años o incluso con mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad, si están a la espera de juicio, siempre que se les impute la comisión de un delito o requieran una intervención destinada a su control.

En estas audiencias pueden intervenir tanto el menor como sus familiares al juicio, participando en sus sesiones y apelando sus decisiones ante la autoridad judicial local (*sheriff*), que tiene competencia administrativa, o ante los tribunales

civiles ordinarios para subsanar eventuales vicios del procedimiento o impugnar las decisiones de las audiencias.

Además de intervenir los familiares, como más arriba hemos indicado, interviene en el procedimiento la figura del reporter, funcionario nombrado por la autoridad regional o insular, con el fin de indagar el caso y proponer la medida a adoptar. El reporter, los familiares y los tres miembros de las Comisiones, participan en las audiencias en el proceso de impugnación de sus acuerdos.

Las medidas que se pueden imponer, son prácticamente iguales de las que se pueden imponer en Gran Bretaña, que damos aquí por reproducidas a fin de evitar ociosas repeticiones.

8. FRANCIA

La mayoría de edad penal se fijó a los dieciocho años por ley de 22 de julio de 1912, y por debajo de los trece años irresponsabilidad absoluta. Y en el tramo de edad comprendido de los trece a los dieciocho años de edad el criterio seguido era el de la responsabilidad relativa, ya que si bien se les atribuye inicialmente responsabilidad, el Juez, podría decretar la exención si había obrado sin discernimiento.

Con posterioridad, y por Ordenanza de 2 de febrero de 1945, se señala la irresponsabilidad para todos los menores de dieciocho años, pero dicho principio puede quedar desvirtuado, en el caso de menores de dieciocho y mayores de trece, si las circunstancias y la personalidad del menor así lo exigen, desapareciendo la presunción de irresponsabilidad.

A los mayores de trece años y menores de dieciocho años se les impone por regla general una medida educativa y, como excepción, una penal; pero, en este caso, el menor goza de la circunstancia atenuante de minoría de edad, que supondría la imposición de la pena en su mitad. Dicha rebaja es obligatoria para menores de trece a dieciséis años y facultativa para el tramo de edad comprendido entre los dieciséis y dieciocho años. Y para los menores de trece años no podrán en ningún caso ser objeto de una condena penal.

Las medidas de carácter educativo que pueden adoptarse son:

- A. Colocación en una institución pública de educación vigilada, o de educación correctiva.
- B. Ingreso del menor en un establecimiento público o privado de educación o formación especial o habilitada.
- C. Libertad vigilada.
- D. Asistencia educativa.
- E. Ingreso en un establecimiento médico o médico-pedagógico habilitado.
- F. Entrega del menor a sus padres, tutor o guardador de hecho.

Para el cumplimiento de las penas privativas de la libertad hay centros especiales para menores o en secciones especiales de los establecimientos penitenciarios comunes.

En Francia ha entrado en vigor en 1993, un nuevo Código Penal y en su art. 122.8 establece “ *Les mineurs reconnus coupables d’infractions pénales font l’objet de mesures de protection, d’assistance, de surveillance équipé técnico d’éducation dans les conditions fixées par me loi particulière. V. Ord. N° 45- 17 y du 2 féur. 1945, dupra, APPENDICE, v° Enfance.- Enfance délinquante. Cette bi détermine également les conditions dans lesquelles des peines paurent etre provoqués à encontre des mineurs âgés de plus de treize ans”*

9. SUIZA

Para el estudio de la legislación de menores en Suiza, se han de tener en cuenta las reglas especiales, que cada uno de los cantones establece para la infancia, siendo de común para todos los cantones el código del año 1937, modificado por la Ley Federal de 18 de mayo de 1971.

Existen tres categorías de menores en atención a los periodos de edad fijados en la Ley:

- A. Niños, entre siete y quince años.
- B. Adolescentes, entre quince y dieciocho años de edad.
- C. Jóvenes adultos, entre dieciocho y veinticinco años.

10. SUECIA

En Suecia, como en el resto de los países escandinavos, la mayoría de edad penal se alcanza a los quince años, estando los menores bajo la jurisdicción de la Comisión de Protección a la Infancia, o Comité para el Bienestar Social.

De los quince a los dieciocho años de edad, la actividad jurisdiccional la llevan los Tribunales ordinarios de adultos, pero ello implica, no obstante, alguna diferencia con respecto a los adultos, ya que la actividad jurisdiccional penal, para menores delincuentes, la realiza el Ministerio Fiscal de cada Condado. Ya que el inicio e instrucción de la causa y a la vista del resultado de la misma, puede retirar la acusación y posterior decisión. Aunque en la práctica, es raro el caso en que el

Fiscal mantiene la acusación en los jóvenes que no tienen aún la edad de dieciocho años, que es la edad en que se alcanza la mayoría de edad civil. El Ministerio Fiscal abandona la persecución del delito en aquellos casos, en que, previa consulta de los servicios sociales, el menor se someta a la supervisión del Comité de Bienestar Social, o pague una multa. Por otro lado, dada la legislación sobre Servicios Sociales de 1982, las medidas no pueden ser tomadas si el menor o sus tutores no las consienten.

Si los Tribunales Ordinarios imponen una condena, estos remiten el caso al Comité de Bienestar para que ejecute la medida impuesta.

11. ITALIA

La normativa sobre menores está contenida en el Código Penal Italiano de 1930 y el Decreto de 20 de julio de 1934 que crean los TTM.

Fija la *inimputabilidad absoluta* de los menores de catorce años de edad, que intervengan en la realización de un hecho delictivo, se les puede declarar peligrosos y, por tanto, imponerles la medida de seguridad de internamiento en un reformatorio judicial o en libertad vigilada.

Los menores de dieciocho años y mayores de catorce, el Código les declara responsables, en tanto los considera imputables si tenían la capacidad de entender y querer. Si de la investigación se demuestra la inmadurez del que resulta imputado, se le absuelve, pero si se declara peligroso se le impondrá una de las anteriores medidas de seguridad.

Si, por el contrario, es declarado maduro, y por tanto imputable, se le declara como tal, y por eso se le impondrá una pena de las previstas para los adultos, disminuida en un tercio de su extensión. Y en este caso, puede, si es declarado peligroso, ser internado en un reformatorio o sometido a libertad vigilada.

En caso de ser absuelto el menor, por enfermedad psíquica o sordomudez, y al presumirse su peligrosidad social por periodo determinado en función de la gravedad del delito.

El decreto de creación de los TTM les otorga competencias administrativas, además de lo expuesto anteriormente en materia penal, facultando al Tribunal para intervenir en los casos de menores de dieciocho años que den pruebas de irregularidad en la conducta o en carácter; fórmula esta que permite al Juez acordar el internamiento del menor en una casa de reeducación o confiar al menor al Servicio Social correspondiente.

12. TURQUÍA

Es en 1982 cuando entra en vigor en Turquía la Ley de Tribunales de Menores, que establece medidas especiales de educación para los menores de 11 a 14 años, mientras que el grupo de 15 a 18 años simplemente se puede beneficiar de ciertas posibilidades de atenuantes en la pena del Código Penal.

La situación en Turquía resulta interesante desde una perspectiva jurídico-dogmática y de derecho comparado, puesto que se trata de un país que empieza ahora a impulsar la creación de una jurisdicción de menores específica y, en el plano del cumplimiento, la creación de los respectivos centros. Por otra parte,

existen relativamente pocas informaciones sobre la situación real de los reclusos menores y sobre el tipo de tratamiento del centro⁷.

⁷ Turquía enlaza con esto con las tradiciones específicamente eurooccidentales del derecho criminal del menor, mientras que el derecho islámico por lo demás, no parece conocer un status especial del menor desde un punto de vista penal. Comp. Ministry of Justice 1980, pág. 105, MILIGUI, 1983, pág. 210, quien resalta sin embargo, que la prueba de madurez del menor (no está ligada a una edad fijada de antemano por ley) en opinión de autores, debería ser, por norma a partir de los dieciocho años a veces de los veintián años, mientras que para los delincuentes más jóvenes sólo se permiten medidas educativas y penas leves, que ayuda a conseguir la corrección.

13. POLONIA

En Polonia entró en vigor en 1983 una nueva ley de menores que sustituía las penas habituales por un catálogo de “medidas”. Estas pretendían unificar el Derecho Penal para los menores de 13 y 17 años, que estuvieron en peligro de delinquir y no sólo delincuentes⁸. Si se ingresa a un menor en un centro de mejora (reformatorio), esto supone una medida de duración determinada, que acaba necesariamente al cumplir los 21 años. La cifra de menores ingresados en prisiones y en centros educativos ha descendido notablemente en los últimos 15 años.

La nueva ley de menores de Polonia amplía las alternativas a la privación de libertad, pero, por otro lado, contempla la posibilidad de recluir a aquellos menores que estén en peligro de delinquir; esta reclusión tiene unas condiciones muy duras⁹, el informe de G. Basiliade sobre Rumania refleja el fuerte proceso de cambio que conmueve el Derecho Penal de Menores en los países socialistas.

Por ejemplo en Rumania en 1977 se sustituyeron todas las penas posibles al menor por medidas educativas¹⁰. Estas medidas, sin embargo, no se orientan según el grado de necesidad de educación real, sino por la gravedad de culpa. La consecuencia es que las llamadas escuelas especiales para el trabajo y la reeducación quedan reservadas a la criminalidad grave. Los chicos de 14 a 15 años pueden ser internados, solamente en casos excepcionales en centros cerrados. La política criminal rumana parece que tiene como objetivo una mayor aplicación de alternativas, como por ejemplo el trabajo correctivo, esto es asignar un trabajo en empresas, reteniendo el 15-30 % del sueldo.

⁸ Comp. DRWAL, HOLDER, WEIQUEL, tomo 2.

⁹ Con ello se ven, por ejemplo tendencias comparables con los EE.UU. comp. abajo M.J. ALBRECHT, tomo 2

¹⁰ Comp. BASILIADE, 1983, tomo 2; DÜNKEL, 1984, pág. 315

14. HUNGRÍA

También en Hungría ocupan el primer plano las medidas educativas contenidas en el Código Penal, entre otras la posible condena ilimitada de libertad condicional, si bien aquí, al contrario que en Rumania, también se aplican en casos excepcionales penas de privación de libertad a menores de 13 a 17 años, J. Molnar, L. Vabrik. A parte de esto, existe la idea de ampliar las alternativas, especialmente el trabajo correctivo y las multas¹¹.

15. ANTIGUA YUGOSLAVIA

El derecho yugoslavo permite sanciones penales a menores de dieciséis años, menores de edad penal. En primer plano están las medidas de vigilancia por parte de los padres y otras instituciones sociales. Destaca, el hecho de que se ofrezcan datos estadísticos muy precisos sobre la evolución de la criminalidad juvenil y de los centros de internamiento. También se mencionan las dificultades para atender la demanda educativa en los centros de internamiento¹².

¹¹ Comp. BASILIADE, 1983, tomo 2; DÜNKEL, 1984, pág. 315.

¹² Comp. COTIC, Tomo 2, Peri. 1982.

16. HISPANOAMÉRICA

El Derecho Penal del menor en Argentina, Costa Rica, México, Colombia y Venezuela. E. Bacigalupo ofrece una panorámica sobre la evolución de estos derechos sobre menores¹³.

El Derecho Penal chileno reconoce una responsabilidad penal graduada, que empieza con los dieciséis años, en la que al cumplirse los dieciocho se asume siempre responsabilidad penal, aunque existen posibilidades de atenuantes hasta los 21 años. Los informes sobre los países latinoamericanos resultan particularmente interesantes también, debido a las situaciones de partida diferentes, desde el punto de vista cultural y en parte por los supuestos de solución jurídico-dogmáticos tan distintos.

17. CANADÁ

La reforma más reciente del Derecho Criminal de Canadá es del año 1984, se detalla en el informe de M. Frankie, a raíz de ésta, a los menores de edades de 12 a 17 años, responsables penalmente, sólo se les somete excepcionalmente a un proceso criminal formal. Al mismo tiempo se procedió a aplicar medidas penales sólo en hechos delictivos penales (excluyendo a los anteriores delitos de *status*). El ingreso en un centro penitenciario de menores se limita a un máximo de dos años y las penas de duración ilimitadas, que eran anteriormente posibles, fueron abolidas. Y desde el punto de vista jurídico-estatal la nueva ley contiene, bajo los

¹³ Comp. El derecho penal argentino, DAVID, 1927.

criterios de un “due process” numerosas mejoras de la situación jurídica de los delincuentes juveniles¹⁴.

18. JAPÓN

Japón dispone dentro de la administración de justicia de un sistema autónomo para el tratamiento de delincuentes juveniles.

Junto a los tribunales de familia, existe una instancia especial que toma decisiones judiciales externas a la jurisdicción criminal. Los centros de clasificación presentan instalaciones especiales para el ingreso y el estudio de la personalidad antes de la decisión judicial y los centros de menores poseen instalaciones especiales para la educación en régimen de internamiento de delincuentes juveniles. Gracias a estas instalaciones, el cumplimiento de la pena por el menor propiamente dicho, al igual que la prisión preventiva y la jurisdicción criminal han perdido importancia. Pero también resulta interesante el hecho de que en 1977 se introdujeran mediante medidas a corto plazo para el ingreso en centros de menores (hasta un máximo de 5 meses); asimismo, se introdujo la vigilancia de la “*Probation*” al reconocerse la necesidad de la misma, tanto en la praxis judicial, como en el internamiento en el centro¹⁵.

¹⁴ Comp. FRANKIE, tomo 2º.

¹⁵ Comp. MEYER, tomo 2º.

19. CHINA

En consonancia con la tendencia general observada en China desde mediados de los años 70 hacia una “mayor judicialización”, se crearon unas disposiciones especiales para menores, al aprobarse un Código Penal en el año 1979. La responsabilidad penal comienza a los dieciséis años. Sin embargo, excepcionalmente pueden ser castigados también menores de 14 a 15 años en el caso de delitos graves (delitos de homicidio, y lesiones graves entre otros), si bien se establecen disposiciones generales para atenuantes en el grupo de 14 a 17 años, o bien se establecen formas de castigo más leves¹⁶.

20. SUR DE AUSTRALIA

La regulaciones del Derecho Penal de menores en el sur de Australia están, por supuesto muy marcadas por la “Common Law”, y, sin embargo, este estado federado muestra conceptos nuevos para el trato con delincuentes juveniles (M. Klose). El Derecho Penal vale para los menores de diez a dieciocho años. Sin embargo, al grupo de diez a trece años sólo se le supone una responsabilidad en el sentido del Derecho Penal si se demuestra una conciencia de la ilicitud. Sólo se estipulan en el marco del Derecho Penal del Menor medidas de internamiento, que se limiten a un ingreso en un centro penitenciario de menores, de dos meses a un máximo de dos años de duración. Al igual que ocurre en otros países del ámbito jurídico angloamericano, existe la posibilidad de llevar al menor ante un tribunal de adultos, en el caso de delito de homicidio con premeditación y se le impondrá una pena de privación de libertad de una duración indeterminada. También en el caso de otros delitos graves puede producirse la condena por un tribunal de adultos.

¹⁶ Comp. KLOSE. tomo 2º.

No obstante, las penas impuestas lo serán según el Derecho Penal de Menores (es decir, de un máximo de dos años de privación de libertad). La finalidad de esta regulación parece ser las garantías jurídico-procesales, más fuertes ante un tribunal de adultos. Hay alternativas a la educación en centros y a la educación penal de menores especialmente interesante, como las ambulatorias de reciente creación, en forma de asistencia intensiva del vecindario (“intensive neighbourhood care”), así como otros proyectos (centros de proyectos del menor, asistencia colectiva, etc.), que suponen un mayor compromiso de auxiliares laicos y una asistencia más orientada al ocio. En general se contemplan las sanciones judiciales como un rango inferior frente a la asistencia social, y se intenta mantener a los menores, en la medida que sea posible, en su entorno social.

Si las medidas de privación resultaran inevitables, estas serán lo más cortas posibles, a pesar de los objetivos educativos y de tratamiento postulados por los centros penitenciarios de menores.

21. PAÍSES ARABES

Disponemos por primera vez, de información sobre el Derecho Criminal del Menor y la justicia criminal del menor en la esfera jurídica de los países islámicos. Resulta interesante observar que el Derecho Penal egipcio está muy impregnado por el concepto de “defense sociale”, es decir, que establece ante todo un catálogo de medidas educativas, aplicable no solo a los delitos, sino también ante un riesgo social de los menores de dieciocho años. El ingreso de duración indeterminado en un centro educativo, ordenado por un ingreso, finaliza lo más tarde al cabo de tres a cinco años y en caso de delito grave, diez años. El informe de E. Miligui pone de

relieve, con la ayuda de datos estadísticos, la evolución en la praxis, del Derecho Penal del Menor y del cumplimiento de la pena por el menor en Egipto.

PARTE VI

TRATAMIENTO DE LA EDAD EN LOS
SUCESIVOS CÓDIGOS PENALES



CAPITULO II

ESTUDIO DE LA STC DE 14 -2-1991

I. SÍNTESIS DE LA RESOLUCIÓN

La regulación aprobada por el Decreto de 11 de junio de 1948 está inspirada en el modelo positivista y correccional, que considera al menor irresponsable de sus actos, al que no se han de aplicar, para examinar su conducta, las garantías jurídicas de otras jurisdicciones, por entender que no es posible imponerle medidas de carácter represivo, que tengan la consideración de penas o sanciones. Por ello, el procedimiento establecido para reformar a los menores prescinde de las formas procesales: es el Juez el que lo inicia, investiga y decide, sin intervención del Ministerio Fiscal, ni de Abogado defensor, cuya presencia es innecesaria porque es el propio Juez el encargado de velar por los intereses del menor y el que ha de decidir las medidas a imponer, basándose en criterios meramente paternalistas.

Es cierto que las acciones u omisiones que pueden dar origen a un procedimiento de reforma son las que el Código Penal califique de delitos o faltas [art. 9.1. A) LTTM], pero también las infracciones “consignadas en las leyes provinciales y municipales” [art. 9.1. B) LTTM] e incluso conductas no tipificadas penalmente [art. 9.1 C) LTTM]. De otra parte, las medidas que el Juez de Menores puede adoptar, enumeradas en el art. 17 LTTM, no se adoptan en ejercicio del *ius puniendi*, ni tienen finalidad retributiva. En la mayor parte de los casos entrañan una restricción de la libertad personal del menor, pero tampoco cabe equipararlas a las penas de privación de libertad.

La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (en adelante, CDN) no excluye totalmente la posibilidad de un procedimiento no judicial puramente corrector, distinto no sólo en matices y detalles, sino en su concepción general, del proceso penal. El recurso a un procedimiento de este género, en el que en todo caso “se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales” se hace depender, sin embargo, del establecimiento de una edad mínima, por debajo de la cual “se presume que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales”.

Nuestro sistema no se ha acomodado aún, sin embargo, a esta recomendación. Es cierto que el Código Penal (art. 8.2) (RCL 1973\2255 y NDL 5670) exime de la responsabilidad criminal a los menores de dieciséis años y considera atenuante (art. 9.3) la edad comprendida entre los dieciséis y los dieciocho años, pero también es evidente que no considera incapaces de infringir las leyes penales a los menores de ninguna edad, pues tanto el art. 9.1. A) LTTM, como el citado art. 8.2 CP implican una voluntad del menor en la realización de las acciones tipificadas como delitos o faltas. Por eso, aunque en el futuro, mediante una reforma profunda del sistema, no fuere imposible regular un procedimiento corrector distinto del procesal penal y aplicable sólo a los menores considerados incapaces de infracción penal (una incapacidad que en buen número de países se extiende precisamente hasta los dieciséis años, esto es, la edad a la que, entre nosotros, se es ya penalmente responsable), en la actualidad, operando la jurisdicción penal para la reforma de menores sobre personas a las que, aunque consideradas penalmente irresponsables, se les atribuye la realización de delitos o faltas, el procedimiento regulado por el art. 15 LTTM no es ese procedimiento distinto del proceso penal al que se refiere el art. 40.3, b) de la CDN, sino un procedimiento que se origina en una acción u omisión penal (o administrativa) tipificada, cuya autoría se atribuye a un menor, es decir, un procedimiento aplicable a los menores a efectos penales.

Cabe afirmar, como conclusión de cuanto antecede, que, interpretados de acuerdo con el Tratado Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y de la Convención de los Derechos del Niño, los derechos fundamentales que consagra el art. 24 de nuestra Constitución han de ser respetados también en el proceso seguido contra menores a efectos penales y que, en consecuencia, en cuanto que tales derechos se aseguran mediante el cumplimiento de las reglas procesales que los desarrollan, el art. 15 LTTM, al excluir la aplicación de “las reglas procesales vigentes de las demás jurisdicciones” ha de ser declarado inconstitucional y nulo.

Es cierto que las conductas que de modo muy laxo describe el artículo cuestionado no son supuestos de hecho para el ejercicio del *ius puniendi* en su sentido más riguroso, pero tampoco puede ignorarse que las medidas que el Juez puede adoptar (las especificadas en el art. 17 LTTM) comportan importantes restricciones a la libertad del menor. No son penas en sentido estricto, pero se adoptan precisamente como consecuencia de conductas penalmente tipificadas y resultaría paradójico que la atribución de estas conductas a un menor trajese como consecuencia una disminución en su contra de las garantías de las que gozaría si no lo fuese.

Por ello, ni la calificación de las medidas como medidas de corrección y no penas, ni el mayor peso que respecto de ellas cabe atribuir a la finalidad de readaptación social, tampoco ausente de la pena en sentido estricto (art. 25.2 C.E.) permiten entender que el legislador resulte liberado en este caso del obligado respeto al principio de tipicidad, aunque, sin duda, quepa admitir en este ámbito una flexibilidad mayor que en el penal de manera que se deje más espacio a la discrecionalidad judicial para ponderar las circunstancias personales y sociales del menor, en orden a obtener su efectiva reinserción social.

Esta supuesta contradicción con el art. 25 de nuestra Constitución no puede ser afirmada, sin embargo, en relación con un precepto (el del art. 18 LTTM), cuya defectuosa redacción se limita a establecer un límite absoluto a la duración máxima de las medidas correctoras, sin prejuzgar en lo demás, cuál haya de ser la duración de estas medidas en cada caso concreto. Ese límite es, por lo demás congruente con la naturaleza propia de tales medidas, así como con la finalidad reformadora que con ellas se persigue, pues alcanzada la mayoría de edad civil cesa la acción tutelar propia de esta jurisdicción, sin que, por tanto, pueda entenderse que dicho límite conculque el principio de legalidad en los términos ya apuntados.

Tampoco la posibilidad de modificar los acuerdos adoptados en materia reformadora contraría tal principio, pues hay que partir de las especiales características de esta jurisdicción, en donde las medidas a imponer no tienen la consideración de penas retributivas de conductas ilícitas, sino de medidas correctoras, aun cuando restrictivas de los derechos fundamentales del menor, siendo impuestas en atención a las condiciones del mismo y susceptibles de adaptación en atención a las circunstancias del caso y a la eventual eficacia de la medida adoptada, primándose así la necesaria flexibilidad que tanto para la adopción de tales medidas como para el mantenimiento de éstas ha de regir la actividad jurisdiccional en la materia.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. Antes de entrar en el fondo de las dudas planteadas, es preciso determinar si se cumplen las condiciones procesales exigidas por los arts. 35 y 36 de la LOTC para la admisión de las mencionadas cuestiones de inconstitucionalidad, pues tanto el Abogado del Estado como el Fiscal General del Estado oponen diversos reparos al respecto y, según ha declarado este Tribunal, “la falta de condiciones procesales puede ser apreciada no sólo en el trámite de admisión previsto en el art. 37.1 de la LOTC sino también en la Sentencia” (STC 141/1988, y en el mismo sentido SSTC 3/1988, 4/1988, 188/1988, 41/1990, 157/1990, 186/1990) (RTC 1990\41, RTC 1990\157 y RTC 1990\186).

2. El Abogado del Estado alega frente a todas las cuestiones de inconstitucionalidad que, como se infiere de los arts. 163 C.E. y 35 de la LOTC, la cuestión de inconstitucionalidad sólo puede plantearse en el seno de un proceso, siendo realidades inherentes al mismo la satisfacción de intereses y el enfrentamiento de las partes procesales. Los procedimientos en los que se plantean las diferentes cuestiones por los Jueces de Menores, por el contrario, no son verdaderos procesos, sino procedimientos de carácter educativo y cautelar, en los que no cabe promover cuestiones de inconstitucionalidad; éstas son por tanto inadmisibles.

La cuestión de cuál sea la naturaleza del procedimiento que se sigue en los Juzgados de Menores y, concretamente, del procedimiento corrector o reformador en el que se plantean las presentes cuestiones es, sin embargo, uno de los temas básicos que es preciso resolver a las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas. Abordar tal problema como motivo de inadmisibilidad supondría emitir un juicio anticipado sobre uno de los principales puntos controvertidos. Basta, por ello, para rechazar la causa de inadmisibilidad invocada, con adelantar que nos encontramos

ante un proceso seguido ante órganos que ejercen potestad jurisdiccional, cuyas decisiones pueden ser apeladas ante la Audiencia Provincial respectiva (art. 82.3 de la LOPJ).

En lo que respecta a la naturaleza de los procedimientos seguidos ante los Juzgados de Menores, este Tribunal en STC 71/1990 (RTC 1990\71), y ATC 473/1987 y 952/1988, si bien puso de manifiesto la peculiar naturaleza del procedimiento de protección de menores, regulado junto con el procedimiento reformador en el art. 15 de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores (en adelante, LTTM), no cuestionó en momento alguno, su naturaleza como un verdadero proceso. Idéntica afirmación, con más fundamento aún, hay que realizar en el procedimiento para corregir o reformar a menores. No es admisible negar el carácter de proceso, como argumento de inadmisibilidad, aduciendo la falta de contradicción, la no intervención del Ministerio Fiscal ni de Letrado defensor del menor, pues ello constituye precisamente uno de los principales motivos aducidos para cuestionar la constitucionalidad del citado precepto que, pese a regular un cauce procesal para imponer medidas reformadoras a los menores que hubiesen incurrido en conductas tipificadas por la Ley como delitos o faltas, no prevé la necesaria intervención de tales partes, ni otras garantías procesales que pudiesen considerarse imprescindibles en un Estado de Derecho para este tipo de procedimientos.

Por otra parte, este procedimiento se sigue ante órganos con potestad jurisdiccional, pues los Jueces de Menores son conforme a nuestra legislación vigente miembros integrantes del Poder Judicial. El Texto refundido de la Legislación sobre Tribunales Tutelares de Menores, aprobado por el Decreto de 11 de junio de 1948, convertía a los Tribunales de Menores en organismos híbridos administrativos jurisdiccionales, ya que podrán estar formados por personas ajenas a la carrera judicial, nombrados por el Ministerio de Justicia y que, además, dependían, según la Ley, de un Organismo, el Consejo Superior de Protección de

Menores, dependiente a su vez del Ministerio de Justicia. Dicha estructura se alteró ya por las modificaciones introducidas por el Decreto 414/1976, de 26 de febrero (RCL 1976\482 y ApNDL 11396), que permitió al personal de la carrera judicial o fiscal en activo la compatibilidad de sus funciones con el ejercicio de la jurisdicción de menores y ha sido radicalmente cambiada después de la entrada en vigor de la Constitución y en consonancia con ésta.

La Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en efecto, en cumplimiento de lo dispuesto en la Constitución incardina a los Tribunales Tutelares de Menores, que son sustituidos por los Juzgados de Menores, dentro de la jurisdicción ordinaria, dejando de ser una jurisdicción especial, y establece que los Jueces de Menores tienen potestad jurisdiccional (art. 26), correspondiéndoles, “el ejercicio de las funciones que establezcan las leyes para con los menores que hubieren incurrido en conductas tipificadas por la ley como delito o falta y aquellas otras que en relación con los menores de edad, les atribuyan las leyes” (art. 97). Otras consecuencias, por ejemplo, de la incardinación dentro de la jurisdicción ordinaria de la jurisdicción de menores son las relativas a la elección de Decano (art. 166), reparto de asuntos (art. 167) concursos de provisión (aunque en este caso con preferencia por la especialización, art. 329.1 y 3, aprobándose el Reglamento para la especialización como Juez de Menores, por Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 16 de junio de 1987). Por último, la Ley 38/1988, de 28 de diciembre (RCL 1988\2606), de Demarcación y de Planta Judicial, ha determinado la entrada en funcionamiento de los Juzgados de Menores, que tendrán la competencia que reconoce a los Tribunales Tutelares de Menores la legislación vigente.

Por lo tanto, no cabe ninguna duda, que actualmente los Jueces de Menores son miembros integrantes del Poder Judicial, por lo que son independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la Ley, siendo los Juzgados de Menores, Juzgados ordinarios y especializados.

3. El Fiscal General y el Abogado del Estado aducen que la pretendida declaración de inconstitucionalidad de toda la legislación de Menores, planteada en las cuestiones núms. 1001/1988 y 669/1990, así como la inconstitucionalidad de los arts. 1, 3, 4, 5, 6, 7, 9.1, B), 9.1, C), 11, 16, 17, a), 20 y 22 planteada en la cuestión núm. 291/1990, no son admisibles, ya que la cuestión de inconstitucionalidad no es una institución procesal que permita impugnar de modo directo y con carácter abstracto la validez de la Ley, sino un mecanismo de control concreto, para resolver las dudas que suscite la constitucionalidad de una Ley de cuya validez dependa el fallo que, en un proceso concreto, se ha de dictar.

En este punto la excepción ha de ser aceptada, pues como reiteradamente ha puesto de manifiesto este Tribunal [SSTC 17/1981 (RTC 1981\17), 94/1986 (RTC 1986\94), 106/1986 (RTC 1986\106) y 55/1990 (RTC 1990\55)], la cuestión de inconstitucionalidad no es una acción concedida a los órganos judiciales para impugnar de modo directo y con carácter abstracto la validez de la ley, sino un instrumento puesto a disposición de aquellos, para conciliar la doble obligación en que se encuentran de actuar sometidos a la Ley y a la Constitución. Por eso, uno de los requisitos imprescindibles para el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad derivados de los arts. 163 y 35.2 de la LOTC, es el llamado “juicio de relevancia”, ya que, en otro caso, no cabría apreciar la existencia de las graves razones que permitieran acometer el juicio de constitucionalidad de la Ley.

Por todo ello, no es admisible el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad frente a toda la legislación de menores, en su conjunto, o en gran parte de su articulado, pues no todos los preceptos en ella contenidos tienen una influencia decisiva para la resolución de los asuntos de los que conocen los Jueces de Menores que promueven las anteriormente mencionadas cuestiones.

Tampoco es lícito cuestionar el Decreto de 11 de junio de 1948, por el que se aprueba el Texto refundido de la Legislación sobre Tribunales Tutelares de Menores, en la medida en la que contiene, junto a normas de rango legal, otras que no pueden ser objeto de cuestión de inconstitucionalidad por no tener rango de ley, ya que tal y como disponen los arts. 163 C.E. y 35.2 de la LOTC, es requisito necesario para el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad que la norma de cuya validez depende el fallo tenga dicho rango, circunstancia que sólo concurre en la Ley de Tribunales Tutelares de Menores. De ahí que queden fuera de este proceso la pretendida inconstitucionalidad de los arts. 29, 68 y 69 del Reglamento para la ejecución de la LTTM, planteada en la cuestión núm. 1001/1988, sin perjuicio de que tales precepto, si hacen un desarrollo de la norma legal incompatible con la interpretación de ésta que exige la Constitución deban ser tenidos por ilegales, y en consecuencia no aplicados por los Jueces (art. 6 de la LOPJ).

4. El Abogado del Estado niega por último la existencia del llamado “juicio de relevancia” en las cuestiones núms. 291/1990 y 2151/1990, exigido por el art. 35.2 de la LOTC, por entender que ambas hacen referencia exclusivamente a la necesaria intervención del Ministerio Fiscal en el procedimiento reformador de menores.

En relación con este argumento conviene poner de manifiesto en primer término, que el art. 15 de la LTTM regula conjuntamente el procedimiento para corregir y proteger a los menores. De modo que suscitándose todas las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas en el marco del procedimiento reformador, el citado juicio de relevancia no afecta al valor de dicho precepto en el procedimiento protector, cuya naturaleza propia no puede ser tomada aquellos en consideración por no ser ello pertinente.

Centrándose, por tanto, en el procedimiento corrector, y suscitadas las dudas en torno a si la presencia o no del Ministerio Fiscal puede tener influencia

decisiva en la resolución que se adopte en los mismos, cabe señalar que tanto la intervención del Ministerio Público como el respeto a otras garantías procesales básicas, tendrían una indudable trascendencia en los respectivos procedimientos y, en consecuencia, en la futura decisión que en éstos pudiese adoptarse, máxime cuando este Tribunal ha señalado de manera reiterada, así en la STC 42/1990 (RTC 1990\42), que “si bien puede rechazarse la cuestión de inconstitucionalidad cuando se estime notoriamente infundada, ello no implica que pueda sustituirse al órgano judicial para determinar en qué medida depende el fallo de la validez de la norma cuestionada, de forma que -a los efectos de inadmisión que ahora se examinan-, no cabe censurar ni el juicio sobre la aplicabilidad de las normas que hace el Juez a quo, ni la interpretación que de ellas se efectúa, en cuanto no sean manifiestamente irrazonables [STC 4/1988 (RTC 1988\4)] y sólo cuando de manera evidente y sin necesidad de un análisis de fondo, la norma jurídica cuestionada sea, según principios jurídicos básicos, inaplicable al caso cabrá reconocer que no cumple dicho requisito procesal [STC 19/1988 (RTC 1988\19)].

Por lo que respecta al art. 16 LTTM, que establece el principio de libertad de criterio en lo referente a la apreciación de los hechos calificados de delitos o faltas que se atribuyan a menores, y por su relación directa con ,éste los arts. 18 y 23 de la mencionada Ley, que aluden a que las medidas que se adopten podrán prolongarse hasta la mayoría de edad civil y modificarse de oficio en cualquier momento, no cabe duda de que, al cuestionarlos, se está cuestionando la exigencia en los citados procesos del principio de legalidad en relación con el de seguridad jurídica que rige en el ámbito penal y en el administrativo sancionador, de modo que no puede negarse la importancia de tal pronunciamiento respecto de los acuerdos que se adopten. De ahí que no quepa negar en modo alguno la concurrencia del requisito de relevancia contenido en el art. 35.2 de la LOTC. Debe quedar excluido, sin embargo, de este juicio de relevancia, por idénticas razones a las ya señaladas al tratar el art. 15 LTTM, todo lo relativo al ámbito protector contenido en los arts. 18 y 23 de la citada Ley

Finalmente, y en relación con la cuestión núm. 1001/1988, se señala por el Abogado del Estado que solamente se ha oído al Ministerio Fiscal, pero no al menor o al representante legal, siendo por consiguiente un requisito insubsanable. Dicha objeción es rechazable, ya que si bien es cierto que no se puso en conocimiento del menor o su representante legal la posibilidad de alegar lo que a su derecho conviniera sobre la pertinencia de plantear la cuestión (art. 35.2 de la LOTC), no lo es menos que la falta de alegaciones por parte de un Perito en derecho en nombre del menor, es precisamente uno de los motivos invocados como fundamento de la inconstitucionalidad del art. 15 de la LTTM, en la medida en que la comparecencia y defensa ante los Tribunales de Menores se prevé, sin intervención del mismo. Por otra parte, no puede constituirse como un obstáculo para la admisibilidad la falta de alegaciones sobre una cuestión jurídica por personas legas en derecho, máxime si se tiene presente que se dio audiencia al Ministerio Fiscal, encargado de promover la acción de la justicia en defensa de los derechos de los ciudadanos (art. 124 C.E.) y asumir o, en su caso, promover la representación y defensa en juicio y fuera de quienes por carecer de capacidad de obrar, no puedan actuar por sí mismos (art. 3.7 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, aprobado por la Ley 50/1981, de 30 diciembre) (RCL 1982\66 y ApNDL 9435) como es el caso de los menores.

En virtud de todo lo dicho en los anteriores Fundamentos, se ha de concluir que las cuestiones estén correctamente planteadas y han de ser admitidas a trámite, si bien su objeto se circunscribe a la posible inconstitucionalidad de los arts. 15, 16, 18 y 23 de la LTTM, en lo referente exclusivamente al ámbito corrector.

Esta delimitación del objeto de la cuestión, no implica pronunciamiento alguno sobre las normas reglamentarias: ni sobre aquellas que, por su conexión directa con los preceptos legales cuestionados, hayan de ser valoradas por el Juez a la luz de lo que sobre éstos hayamos resuelto (art. 5.1 LOPJ), ni sobre aquellas

otras que habrá de aplicar o no aplicar en razón del juicio que en cada caso le merezca su conformidad con la Constitución, con la Ley o con el principio de jerarquía normativa (art. 6 LOPJ).

De otra parte, y como es obvio, tampoco esta delimitación puede ser entendida como una implícita afirmación de la constitucionalidad de los restantes artículos de la Ley, pues es una razón estrictamente procesal la que limita nuestro juicio a los cuatro artículos ya indicados. La prudencia aconseja no extenderlo por vía de conexión o consecuencia a otros preceptos de la misma Ley, como autoriza el art. 39.1 LOTC, pues ni la conexión de esos otros preceptos con lo que ahora enjuiciamos es tan estrecha que estemos forzados a hacerlo, ni se aumentaría con ello la adecuación a la Constitución de nuestro sistema de jurisdicción de menores, que, por el contrario, podría verse imposibilitada para cualquier género de actuación.

5. La regulación aprobada por el Decreto de 11 de junio de 1948 está inspirada en el modelo positivista y correccional, que considera al menor irresponsable de sus actos, al que no se han de aplicar, para examinar su conducta, las garantías jurídicas de otras jurisdicciones, por entender que no es posible imponerle medidas de carácter represivo, que tengan la consideración de penas o sanciones. Por ello, el procedimiento establecido para reformar a los menores prescinde de las formas procesales: es el Juez el que lo inicia, investiga y decide, sin intervención del Ministerio Fiscal ni de Abogado defensor, cuya presencia es innecesaria porque es el propio Juez el encargado de velar por los intereses del menor y el que ha de decidir las medidas a imponer, basándose en criterios meramente paternalista.

Esta es, por así decir, la racionalidad interna del sistema en el que se inserta el art. 15 de la LTTM, en su aspecto reformador, que según los Jueces que promueven las cuestiones y el Fiscal General del Estado, infringe lo dispuesto en

los Tratados Internacionales ratificados por España y las garantías contenidas en el art. 24 de la C.E. para todo tipo de proceso, así como los principios de seguridad jurídica (art. 9.3 C.E.) e igualdad (art. 14 C.E.).

El citado precepto señala que en los procedimientos para corregir a menores, “las sesiones que los Tribunales Tutelares celebren no serán públicas y el Tribunal no se sujeta a las reglas procesales vigentes en las demás jurisdicciones, limitándose en la tramitación a lo indispensable para puntualizar los hechos en que hayan de fundarse las resoluciones que se dicten las cuales se redactarán concisamente, haciéndose, en ellas mención concreta de las medidas que hubieren de adoptarse.

Las decisiones de estos Tribunales tomarán el nombre de acuerdos, y la designación del lugar, día y hora en que han de celebrarse sus sesiones será hecha por el Presidente del respectivo Tribunal. Los locales en que actúen los Tribunales de Menores no podrán ser utilizados para actos judiciales”.

Es este precepto el que hemos de contrastar con las normas constitucionales e internacionales que los Jueces que plantean las diversas cuestiones invocan.

Entre las constitucionales figuran, en primer lugar, como reiteradamente queda dicho las contenidas en los arts. 9.3 y 14 de la Constitución. En lo que toca a la primera de ellas, es cierto que la seguridad jurídica, entendida, en su sentido más amplio, como la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en aplicación del Derecho es difícilmente conciliable con una situación, como la descrita por alguno de los Jueces proponentes, en la que la ordenación del proceso se hace de distinto modo en los diferentes Juzgados de Menores con presencia en unos casos y ausencia en otros del Ministerio Fiscal y del Letrado asesor. Esta situación no es directamente

imputable a la norma misma, sino a la utilización que de ella se hace, pero esta utilización diversa es consecuencia precisamente de la prohibición que la norma cuestionada establece al ordenar que “el Tribunal no se sujetará a las reglas procesales vigentes en las demás jurisdicciones”. Si esta deliberada exclusión de la legislación procesal fuera constitucionalmente admisible, la diversidad de tramitación, en cuanto no afectara a otros derechos de quienes fueran partes en el procedimiento no podría reputarse contraria al principio de seguridad jurídica, si, por el contrario, la mencionada exclusión es en sí misma inconstitucional, también la diversidad radical en la tramitación de los procedimientos, de manera que se respeten en unos casos y se ignoren en otros los derechos garantizados en el art. 24 C.E., habrá de considerarse violatoria de lo dispuesto en el art. 9.3 C.E. Como esta última es precisamente la situación, según más adelante razonaremos, ya ahora podemos afirmar que el art. 15 LTTM viola el principio de seguridad jurídica consagrado en el art. 9.3 C.E.

Las mismas razones empleadas para afirmar la violación del principio de seguridad jurídica son utilizadas por los Jueces proponentes para sostener la contradicción entre el cuestionado art. 15 LTTM y el principio de igualdad, pues esa contradicción se hace depender de la distinta aplicación que unos y otros Jueces, hacen de la misma norma. El razonamiento resulta en este caso, sin embargo, inválido, pues si la norma es constitucionalmente adecuada, la diversidad de procedimiento no podrán ser tachada de discriminatoria, y si no lo es, la comparación entre los distintos procedimientos es una comparación entre actuaciones al margen de la Ley, de la que ninguna consecuencia cabe extraer respecto de la igualdad en la aplicación de la Ley. El argumento, que alguna de las cuestiones incorpora también y que el Abogado del Estado rebate, de la posible violación del principio de igualdad por la existencia de dos formas procesales distintas: una para los menores y otra para los adultos, no reviste, como es obvio, la mínima consistencia, pues como es claro, la diferencia sustancial entre unos y otros en cuanto a la responsabilidad penal es fundamento objetivo más que

suficiente de la diferencia procesal. (Así, por ejemplo, en la Sentencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos de 29 de febrero de 1988: caso Bouamar).

Despejado lo anterior, parece necesario ordenar de algún modo, para entrar en lo que podríamos llamar el fondo de la cuestión, las restantes normas, constitucionales unas e internacionales otras, que los Jueces creen violadas por el precepto cuestionado. Las normas constitucionales son, en concreto, las contenidas en los arts. 10.2, 24, 39.4 y 96.1 de nuestra Carta fundamental. Dos de ellas (10.2 y 96.1) hacen referencia a los tratados o acuerdos internacionales; esta referencia tiene, sin embargo, muy distinto sentido, pues en tanto que una de ellas se limita sólo a la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y a los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias, y contienen un mandato dirigido a todos los poderes públicos, la segunda, que abarca todos los tratados internacionales, sea cual fuere su materia además de incorporarlos a nuestro ordenamiento interno, los dota de una especial resistencia o fuerza pasiva.

La violación del art. 96.1 que los Jueces cuestionantes aducen no se da en el caso presente; el precepto cuestionado data de 1948, en tanto que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Europea de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales se incorporan a nuestro ordenamiento el 30 de abril de 1977, y el 10 de octubre de 1979, respectivamente, con lo que como es obvio, la contradicción entre la norma legal y las internacionales, de existir, es la que existe entre la norma anterior y la posterior.

Tampoco puede entenderse autónomamente infringido por el precepto cuestionado el art. 10.2 de la Constitución, pues esta norma se limita a establecer una conexión entre nuestro propio sistema de derechos fundamentales y libertades, de un lado, y los Convenios y Tratados Internacionales sobre las mismas materias en los que sea parte España, de otro. No da rango constitucional a los derechos y libertades internacionalmente proclamados en cuanto no están también

consagrados por nuestra propia Constitución, pero obliga a interpretar los correspondientes preceptos de ésta de acuerdo con el contenido de dichos Tratados o Convenios, de modo que en la práctica este contenido se convierte en cierto modo en el contenido constitucionalmente declarado de los derechos y libertades que enuncia el capítulo segundo del título I de nuestra Constitución. Es evidente, no obstante, que cuando el legislador o cualquier otro poder público adopta decisiones que, en relación con uno de los derechos fundamentales o las libertades que la Constitución enmarca, limita o reduce el contenido que al mismo atribuyen los citados Tratados o Convenios, el precepto constitucional directamente infringido es el que enuncia ese derecho o libertad, sin que a ello añada nada la violación indirecta y mediata del art. 10.2 C.E., que por definición no puede ser nunca autónoma, sino dependiente de otra, que es la que este Tribunal habrá de apreciar en su caso.

Otro de los preceptos constitucionales presuntamente infringidos es el art. 39.4, según el cual, como se sabe, los niños gozarán en España de la protección prevista en el Acuerdos internacionales que velan por sus derechos, de manera que, en cierto modo, opera una recepción genérica de esas normas de protección que, sin embargo, a diferencia de lo que sucede en el caso del art. 10.2 no incorpora el contenido propio de derecho fundamental alguno, puesto que, en general (art. 53.3 C.E.) los principios reconocidos en el capítulo tercero del título I, aunque deben orientar la acción de los poderes públicos, no generan por sí mismos derechos judicialmente actuables. Ciertamente la mayor rigidez de la norma internacional impondrá normalmente la prevalencia de ésta sobre la norma legal, pero no es una cuestión que este aquí planteada, pues la falta de protección para el menor que eventualmente resultaría del art. 15 LTTM se da, de existir, como consecuencia de la infracción de la norma constitucional que consagra el derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías.

La contradicción con el art. 24 de la Constitución es, en consecuencia, la que fundamenta realmente la duda que los Jueces proponentes albergan sobre el art. 15 LTTM. Antes de entrar en el análisis de este problema conviene precisar, sin embargo, cuales son las disposiciones internacionales que hemos de tomar en cuenta para acatar el mandato del art. 10.2 de nuestra Constitución, pues no todas las mencionadas en las cuestiones son Tratados o Acuerdos internacionales ratificados por España. Así sucede con las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la Justicia de Menores, de 29 de noviembre de 1985, también llamadas Reglas de Beijing (o de Pekín, en el anterior sistema de transcripción) o con la Recomendación del Comité, de Ministros del Consejo de Europa de 17 de septiembre de 1987 (R-87-20). Tanto aquellas como ésta expresan una doctrina generalmente aceptada en el correspondiente ámbito y que, seguramente, debe inspirar la acción de nuestros poderes públicos, pero no vinculan al legislador ni pueden ser tomadas en consecuencia como referencia para resolver sobre la constitucionalidad de la Ley. Las disposiciones a tomar en consideración son, por lo tanto, las contenidas en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en la Convención de Roma, así como, autorizados por el principio *iura novit curia*, las que recoge la Convención sobre los derechos del niño, adoptada por las Naciones Unidas en 20 de noviembre de 1989 e incorporada a nuestro ordenamiento en 31 de diciembre de 1990 (RCL 1990\2712), una Convención que, como es claro, en razón de su fecha, no pudo ser aducida como parte de nuestro ordenamiento por los Jueces proponentes.

6. Expuesto ya antes el contenido del precepto cuestionado en su tenor literal, no es necesario hacer consideración alguna para evidenciar su incompatibilidad con los derechos fundamentales enunciados en el art. 24 C.E. El art. 15 LTTM excluye rotundamente la aplicación de “las reglas procesales vigentes en las demás jurisdicciones” y, en consecuencia, es superfluo enumerar uno por uno los mencionados derechos fundamentales, que establecen, entre otras cosas, los principios básicos que las “reglas procesales vigentes” deben incorporar

Quizá proceda sólo precisar, puesto que ello no deriva prima facie de la letra del precepto constitucional, que también el derecho del Juez ordinario predeterminado por la Ley resulta afectado en la medida en que de él forma parte el derecho a un Juez imparcial, y tal derecho excluye la posibilidad de que el Juez mismo asuma la acusación.

La segunda parte del precepto que ahora consideramos no contiene referencia alguna al procedimiento y en parte ha quedado sin contenido desde la sustitución de los Tribunales colegiados por órganos unipersonales. La precisión que en el mismo se hace de que las decisiones de la jurisdicción de menores (también en ejercicio de la facultad reformadora) sean denominadas acuerdos, y no sentencias, e incluso la caracterización que, a contrario, se hace de la actuación de esta jurisdicción como actuación no judicial evidencian también, sin embargo, la misma concepción del procedimiento ante los Juzgados de Menores como procedimiento del todo ajeno a la legislación procesal y en el que, por tanto, no se garantiza el respeto de los derechos fundamentales que enuncia el art. 24, derechos cuyo disfrute requiere normalmente la *interpositio legislationis*.

Esta palmaria discordancia entre el procedimiento configurado por el art. 15 LTTM y los derechos fundamentales que garantiza el art. 24 C.E. no basta, sin embargo, para sostener la inconstitucionalidad de aquellos. Como es obvio, dicho procedimiento sólo será constitucionalmente ilegítimo si, debiendo acomodarse a los derechos fundamentales que a todos garantiza la Constitución en relación con el proceso, no lo hace, pero no si, en virtud de su naturaleza propia, puede ser regulado sin acomodarse al modelo que deriva del art. 24 C.E. Dicho entre otros términos: el procedimiento previsto en el art. 15 LTTM sólo podrá ser considerado constitucionalmente ilegítimo por colisión del art. 24 C.E., si se entiende que se trata de un proceso (o eventualmente de un procedimiento disciplinario o sancionador), pero no si se le atribuye una naturaleza distinta.

Este problema puede ser abordado, en principio, por dos vías distintas. Una, que ha sido utilizada por la mayoría de los jueces proponentes y empleada también por el Ministerio Fiscal, consistente en deducir la naturaleza del procedimiento a partir de la naturaleza de las infracciones que lo originan y de las medidas (auténticas, idénticas penas, dicen algunos jueces) que a su término se imponen. Otra, también aludida en alguna de las cuestiones y en las alegaciones del Ministerio Fiscal, es la de razonar a partir de los tratados y acuerdos internacionales sobre la materia.

El primero de estos métodos no permite alcanzar conclusiones absolutamente firmes. Es cierto que las acciones u omisiones que pueden dar origen a un procedimiento de reforma son las que el Código Penal califique de delitos o faltas [art. 9.1. A) LTTM], pero también las infracciones “consignadas en las leyes provinciales y municipales” [art. 9.1. B) LTTM] e incluso conductas no tipificadas penalmente [art. 9.1 C) LTTM]. De otra parte las medidas que el Juez de Menores puede adoptar, enumeradas en el art. 17 LTTM, no se adoptan en ejercicio del *ius puniendi*, ni tienen finalidad retributiva. En la mayor parte de los casos entrañan una restricción de la libertad personal del menor pero tampoco cabe equipararlas a las penas de privación de libertad.

Más expedito parece, en consecuencia, el método consistente en interpretar el art. 24 C.E. a la luz de lo dispuesto en los Tratados y Convenios a los que se refiere el art. 10.2 C.E. para precisar si los derechos que en el mismo se enuncian deben reconocerse también, a los menores sujetos a un procedimiento corrector ante un Juzgado de Menores.

La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (en adelante, CDN) no excluye totalmente la posibilidad de un procedimiento no judicial puramente corrector, distinto, no sólo en matices y detalles, sino en su concepción general, del proceso penal. El recurso a un procedimiento de este

género, en el que en todo caso “se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales” se hace depender, sin embargo, del establecimiento de una edad mínima, por debajo de la cual “se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales”.

Nuestro sistema no se ha acomodado aún, sin embargo, a esta recomendación. Es cierto que el Código Penal (art. 8.2) (RCL 1973\2255 y NDL 5670) exime de la responsabilidad criminal a los menores de dieciséis años y considera atenuante (art. 9.3) la edad comprendida entre los dieciséis y los dieciocho años, pero también es evidente que no considera incapaces de infringir las leyes penales a los menores de ninguna edad, pues tanto el art. 9.1. A) LTTM, como el citado art. 8.2 CP implican una voluntad del menor en la realización de las acciones tipificadas como delitos o faltas. Por eso, aunque en el futuro, mediante una reforma profunda del sistema, no sería imposible regular un procedimiento corrector distinto del procesal penal y aplicable sólo a los menores considerados incapaces de infracción penal (una incapacidad que en buen número de países se extiende precisamente hasta los dieciséis años, esto es, la edad a la que, entre nosotros, se es ya penalmente responsable), en la actualidad, operando la jurisdicción penal para la reforma de menores sobre personas a las que, aunque consideradas penalmente irresponsables, se les atribuye la realización de delitos o faltas, el procedimiento regulado por el art. 15 LTTM no es ese procedimiento distinto del proceso penal al que se refiere el art. 40.3, b) de la CDN, sino un procedimiento que se origina en una acción u omisión penal (o administrativa) tipificada, cuya autoría se atribuye a un menor, es decir, un procedimiento aplicable a los menores a efectos penales.

Tanto del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante PIDCP), como de la CDN resulta inequívocamente que ese procedimiento no es otra cosa que una variante del proceso penal, cuyos principios básicos debe respetar. Así se desprende ya de lo dispuesto en el art. 14.4 del PIDCP, cuyo tenor

literal (“En el procedimiento aplicable a los menores de edad a efectos penales, se tendrán en cuenta esta circunstancia y la importancia de estimular su readaptación social”) al ordenar que la minoría de edad sea tenida en cuenta para la ordenación del proceso, impone también implícitamente la obligación de que en la ordenación de éste se aseguren los derechos que, con carácter general, para todos los procesos penales, enumera el apartado anterior (3) del mismo artículo.

De manera explícita y rotunda, esta obligación se establece también en el art. 40.2, b) de la CDN, según el actual, a “todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes se garantizará al menos lo siguiente:

I) Se le presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la Ley.

II) Será informado sin demora y directamente o, cuando sea procedente, por intermedio de sus padres o de sus representantes legales, de los cargos que pesan contra él y que dispondrá de asistencia jurídica u otra asistencia apropiada en la preparación y presentación de su defensa.

III) La causa será dirimida sin demora por su autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme a la Ley, en presencia de su asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado y, a menos que se considere que ello fuere contrario al interés superior del niño, teniendo en cuenta en particular su edad o situación y a sus padres o representantes legales.

IV) No será obligado a prestar testimonio o declararse culpable, podrán interrogar o hacer que se interroge a testigos de cargo y obtener la

participación y el interrogatorio de testigos de descargo en condiciones de igualdad.

V) Si se considerase que ha infringido, en efecto, las leyes penales, que esta decisión y toda medida impuesta a consecuencia de ella, serán sometidas a una autoridad u órgano superior competente, independiente e imparcial...”.

Cabe afirmar, como conclusión de cuanto antecede, que, interpretados de acuerdo con el Tratado Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y de la Convención de los Derechos del Niño, los derechos fundamentales que consagra el art. 24 de nuestra Constitución han de ser respetados también en el proceso seguido contra menores a efectos penales y que, en consecuencia, en cuanto que tales derechos se aseguran mediante el cumplimiento de las reglas procesales que los desarrollan, el art. 15 LTTM, al excluir la aplicación de “las reglas procesales vigentes de las demás jurisdicciones” ha de ser declarado inconstitucional y nulo.

Esta declaración requiere, sin embargo, dos puntualizaciones importantes. La primera es la de que esta declaración de nulidad del precepto en cuanto que regulación del procedimiento corrector, no implica su erradicación total del ordenamiento en la medida en la que el objeto de las cuestiones es sólo el análisis de dicho precepto como procedimiento a seguir en el ejercicio de la función reformadora y no de la función protectora de la jurisdicción de menores, cuestión esta última de la que ya se ocupó este Tribunal en su STC 71/1990.

La segunda es la que de las especiales características del proceso reformador que nos ocupa, determinan, sin embargo, que no todos los principios y garantías exigidos en los procesos contra adultos hayan de asegurarse aquellos en los mismos términos. Tal es el caso del principio de publicidad, en donde razones

tendientes a preservar al menor de los efectos adversos que puedan resultar de la publicidad de las actuaciones, podría justificar su restricción. En tal sentido conviene recordar que este principio admite excepciones en los términos señalados en las leyes de procedimiento, y así se recoge en el propio art. 120.1 de la C.E., y en concordancia con el mismo, en el art. 233 de la LOPJ. Específicamente en el ámbito internacional, y por lo que respecta a los procesos seguidos contra menores, se prevé dicha posibilidad. Así, en la regla 8 de las llamadas “Reglas de Beijing”, se señala que para evitar que la publicidad indebida o el proceso de difamación perjudique a los menores, se respetar en todas las etapas el derecho de los menores a la intimidad, y que en principio no se publicará ninguna información que pueda dar lugar a la individualización de “un menor delincuente”. Asimismo, tal restricción se reconoce en el art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el art. 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y en el art. 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989.

Este Tribunal es bien consciente de que la declaración de inconstitucionalidad del art. 15 LTTM, en lo que se refiere sólo al procedimiento corrector, crea una situación normativa oscura e incluso un vacío normativo que únicamente la actividad del legislador puede llenar de manera definitiva. Por eso, como ya hicimos en la citada STC 71/1990 hemos de subrayar la imperiosa necesidad de que, de acuerdo con lo previsto en la disposición adicional primera de la Ley Orgánica del Poder Judicial, las Cortes procedan a reformar la legislación tutelar de menores. En tanto eso no suceda, serán los propios Jueces quienes habrán de llenar el vacío producido. Afortunadamente el mencionado art. 40.2, b) de la CDN y nuestra propia doctrina acerca de los derechos garantizados por el art. 24 y en especial, sobre el derecho al Juez imparcial (de donde deriva el principio de contrariedad y en consecuencia la presencia, en el proceso penal, de un acusador) pueden facilitar el desempeño de esa tarea.

7. El art. 16 LTTM, cuya constitucional se cuestiona, dispone que “los hechos calificados de delitos o faltas en el Código Penal o en leyes especiales que se atribuyan a los menores de dieciséis, años serán apreciados por los Tribunales Tutelares, con razonada libertad de criterio, teniendo en cuenta la naturaleza de los expresados hechos en directa relación con las condiciones morales y sociales en que los menores las hayan ejecutado, y prescindiendo en absoluto del concepto y alcance jurídico con que, a efectos de la respectiva responsabilidad, se califican tales hechos como constitutivos de delitos o faltas en el Código Penal y en las mencionadas Leyes especiales”.

Los órganos judiciales que plantean las cuestiones fundamentan su duda, como ya queda dicho, en la difícil compatibilidad de dicho precepto con los arts. 9.3 y 25.1 C.E. La muy genérica descripción de las conductas que pueden dar lugar a la adaptación de medidas correctoras hace imposible establecer un sistema de relaciones claro entre éstas y aquellos, y viola así tanto el principio de seguridad jurídica como el de legalidad, especialmente en cuanto éste implica también el de tipicidad.

Este fundamento no puede desecharse, como propone el Ministerio Fiscal, excluyendo la aplicabilidad del principio de tipicidad. Es cierto que las conductas que de modo muy laxo describe el artículo cuestionado no son supuestos de hecho para el ejercicio del *ius puniendi* en su sentido más riguroso, pero tampoco puede ignorarse que las medidas que el Juez puede adoptar (las especificadas en el art. 17 LTTM) comportan importantes restricciones a la libertad del menor. No son penas en sentido estricto, pero se adoptan precisamente como consecuencia de conductas penalmente tipificadas y resultaría paradójico que la atribución de estas conductas a un menor trajese como consecuencia una disminución en su contra de las garantías de las que gozaría si no lo fuese.

Por ello, ni la calificación de las medidas como medidas de corrección y no penas, ni el mayor peso que respecto de ellas cabe atribuir a la finalidad de readaptación social, tampoco ausente de la pena en sentido estricto (art. 25.2 C.E.) permiten entender que el legislador resulte liberado en este caso del obligado respeto al principio de tipicidad, aunque, sin duda, quepa admitir en este ámbito una flexibilidad mayor que en el penal de manera que se deje más espacio a la discrecionalidad judicial para ponderar las circunstancias personales y sociales del menor, en orden a obtener su efectiva reinserción social.

De acuerdo con todo ello, si el art. 16 LTTM no fuese susceptible de otra interpretación que aquella que ve en él una simple autorización al Juez para que éste, con absoluta discrecionalidad, califique las conductas y determine, en consecuencia, también con absoluta libertad, las medidas a adoptar, no habría otra alternativa que la de declarar su inconstitucionalidad y consiguiente nulidad.

Pero esta interpretación no es, sin embargo, la única posible. El tenor literal del precepto cuestionado, al señalar que el Juez apreciar los hechos calificados en el Código Penal como delitos o faltas, en relación con las condiciones sociales y morales del menor y que al tiempo de determinar la responsabilidad del mismo prescindir del concepto y alcance jurídico con que tales hechos son calificados penalmente, debe ser entendido sólo como una prohibición de que se utilice en la jurisdicción de menores el catálogo de circunstancias que atenúan o agravan la responsabilidad en todo su rigor y extensión, por tratarse de inimputables penales. Pero dicha prohibición no implica que el Juez no vea la libertad de calificación de los hechos limitada por la tipificación contenida en los preceptos penales transgredidos, ni que su discrecionalidad para la adopción de medidas no deba tener en cuenta la correlación entre delitos y faltas y las penas para ellos previstas. Así, junto con la necesaria flexibilidad de que ha de disponer el Juez en la apreciación de los hechos y de su gravedad, también es preciso que se sujete a determinados principios que operan como límites a esa discrecionalidad,

reconocidos en algunos casos en la propia LTTM -las medidas impuestas no pueden exceder de la mayoría de edad civil-, y en otros implícitos en la imposición de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales, como son la proporcionalidad entre la gravedad del hecho y la medida impuesta o la imposibilidad de establecer medidas más graves o de una duración superior a la que correspondería por los mismos hechos si de un adulto se tratase. Tanto la razonada flexibilidad del Juez como la existencia de límites en la imposición de las medidas correspondientes ha sido reconocido en el ámbito internacional. A mayor abundamiento, la regla 6.1 de las “Reglas de Beijing” dispone que, debido a “las diversas necesidades especiales de los menores, así como de la diversidad de medidas disponibles, se facultará un margen suficiente para el ejercicio de facultades discrecionales en las diferentes etapas de los juicios y en los distintos niveles de la Administración de Justicia de menores, incluidos los de investigación, procesamiento, Sentencia y de las medidas complementarias de las decisiones”. Por otra parte, la regla 17.1 señala que la resolución en esta materia se ajustará a los siguientes principios:

- “a) La respuesta que se de al delito ser siempre proporcionada no sólo a las circunstancias y la gravedad del delito, sino también a las circunstancias y necesidades del menor, así como a las necesidades de la sociedad.

- b) Las restricciones a la libertad personal del menor se impondrán sólo tras cuidadoso estudio y se reducirán al mínimo posible.

- c) Sólo se impondrá la privación de libertad personal en el caso de que el menor sea condenado por un acto grave en el que concurra violencia contra otra persona o por la reincidencia en cometer otros delitos graves y siempre que no haya otra respuesta adecuada...”.

De conformidad con todo lo expuesto, ha de declararse que el art. 16 de la LTTM no es contrario a la Constitución, interpretado en los términos y con las garantías que acabamos de exponer, todo ello sin perjuicio de reiterar la imperiosa necesidad de una pronta reforma legislativa en esta materia.

8. Finalmente, resta por examinar la constitucionalidad de los arts. 18 y 23 de la LTTM. El primero señala, en lo que al proceso corrector se refiere, que las medidas de reforma prolongadas que, en su caso, pudiesen imponerse al menor no podrán prolongarse más allá de la mayoría de edad civil. El segundo dispone que los acuerdos de los Jueces dictados para corregir a los menores no revisten carácter definitivo, pudiendo ser modificados y dejados sin efecto en cualquier momento, bien de oficio, bien a instancia del representante legal del menor.

La duda sobre la constitucionalidad de estos preceptos se origina también, en la difícil conciliación de la indeterminación en la duración de las medidas correctoras que de ellos resulta con el principio de legalidad penal en cuanto que éste implica también la predeterminación de las penas.

Esta supuesta contradicción con el art. 25 de nuestra Constitución no puede ser afirmada, sin embargo, en relación con un precepto (el del art. 18 LTTM), cuya defectuosa redacción se limita a establecer un límite absoluto a la duración máxima de las medidas correctoras, sin prejuzgar en lo demás cuál haya de ser la duración de estas medidas en cada caso concreto. Ese límite es, por lo demás, congruente con la naturaleza propia de tales medidas, así como con la finalidad reformadora que con ellas se persigue, pues alcanzada la mayoría de edad civil cesa la acción tutelar propia de esta jurisdicción, sin que, por tanto, pueda entenderse que dicho límite conculque el principio de legalidad en los términos ya apuntados.

Tampoco la posibilidad de modificar los acuerdos adoptados en materia reformadora contraría tal principio, pues hay que partir de las especiales características de esta jurisdicción, en donde las medidas a imponer no tienen la consideración de penas retributivas de conductas ilícitas, sino de medidas correctoras, aun cuando restrictivas de los derechos fundamentales del menor, siendo impuestas en atención a las condiciones del mismo y susceptibles de adaptación en atención a las circunstancias del caso y a la eventual eficacia de la medida adoptada, primándose así la necesaria flexibilidad que tanto para la adopción de tales medidas como para el mantenimiento de éstas ha de regir la actividad jurisdiccional en la materia. Es claro, por lo demás, que el mencionado precepto, al indicar que los acuerdos no tienen carácter definitivo y pueden ser modificados e incluso dejados sin efecto, en modo alguno autoriza a agravar, si no es mediante nuevo procedimiento en razón de nuevos hechos, las medidas ya adoptadas.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido:

1. Declarar inconstitucional el art. 15 de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores, en cuanto regula el procedimiento aplicable en ejercicio de la facultad de corrección o reforma.

2. Declarar que no es inconstitucional el art. 16 de la citada norma, interpretado con el sentido y alcance previsto en el fundamento jurídico 7.º

3. Desestimar las cuestiones en todo lo demás.

Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de Febrero de 1991.

En esta Sentencia, el Tribunal Constitucional declara que, interpretados de acuerdo con el Tratado Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de la Libertades Fundamentales y de la Convención de los Derechos del Niño, los derechos fundamentales que consagra el artículo 24 de nuestra Constitución, han de ser respetados también en el proceso seguido contra menores a efectos penales; y en consecuencia, en cuanto tales derechos se aseguran, mediante el cumplimiento de las reglas procesales que los desarrollan, el artículo 15 de la Ley de T.T.M., al excluir la aplicación de las reglas procesales vigentes en las demás jurisdicciones, ha de ser declarado inconstitucional y nulo.

En esta resolución objeto de estudio, el Tribunal Constitucional señala la naturaleza penal del procedimiento de reforma, toda vez que, aunque no son penas en sentido estricto, las medidas educativas que pueden adoptarse, las especificadas, en el artículo 17 de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores, comportan importantes restricciones a la libertad del menor, y se adoptan precisamente como consecuencia de conductas penalmente tipificadas, por lo que resultaría paradójico que la atribución de esas conductas a un menor trajese como consecuencia una disminución, en su contra, de las garantías de las que gozaría si no lo fuese; declaración de suma importancia que viene a despejar de una vez por todas la controversia que en determinados sectores se ha venido manteniendo en cuanto a la naturaleza del proceso seguido a menores de dieciséis años infractores, y es que una cosa es el procedimiento y otra bien distinta la decisión final; o, dicho con otras palabras, el enjuiciamiento de los hechos debe revestir todas las garantías constitucionalmente establecidas, pues otra cosa es el procedimiento para mayores

y sería hacer de peor condición al menor que ha cometido un hecho delictivo, o se le acusa de ello, y otra, la finalidad esencialmente educativa y de reinserción social que preside la jurisdicción de menores.

Esta resolución que nos ocupa plantea un problema de difícil solución en nuestro sistema jurídico; y es que, por un lado, el Tribunal dice ser consciente de que la declaración de inconstitucionalidad del procedimiento establecido en el art. 15, tantas veces mencionado, crea una situación normativa oscura e incluso un vacío normativo que únicamente la actividad del legislador puede llenar de manera definitiva, subrayando a continuación la imperiosa necesidad de que, de acuerdo con lo previsto en la disposición adicional primera de la Ley Orgánica del Poder Judicial, las Cortes procedan a reformar la legislación tutelar de menores; y de otra parte, sigue diciendo, en tanto eso no ocurra, serán los propios Jueces quienes habrán de llenar el vacío producido, basándose para esta recomendación en las garantías establecidas en el artículo 40 de la Convención de los Derechos del Niño, la propia doctrina emanada del Tribunal Constitucional acerca de los derechos del menor y mayor garantizados por el art. 24 de la Constitución Española y en especial sobre el derecho al Juez imparcial, de donde deriva el principio de contradicción y, en consecuencia, la presencia en el proceso penal de un acusador.

Estas consideraciones del Tribunal Constitucional tuvieron que ser acogidas con extrema cautela y mesura, ya que es cierto, que la norma fundamental, así como la Convención precitada, establece una serie de garantías procedimentales, no es menos verdad, que dichas normas no establecen, como es obvio, un procedimiento *ad hoc*, toda vez que las normas procesales se obtienen en leyes ordinarias específicas, y dejar el arbitrio del Juzgador el establecimiento de reglas del procedimiento, no solo atentaría al principio de seguridad jurídica, pues podría plantearse la posibilidad de diferentes procedimientos en otros tantos Juzgados, sino que al tener la normativa procesal, en nuestro sistema jurídico, carácter de

orden publico y por ende, ser indispensable para las partes, tampoco pueden ser creadas por el Juez . Podría acarrear recursos de muy difícil solución, de nulidad de actuaciones, cuando no supondría, de alguna manera, la atribución de funciones legislativas.

Ahora bien, la propuesta del Tribunal, si bien parece chocar en primer momento con la función otorgada a los Jueces en la Constitución (art. 117); lo cierto es que supone la única vía válida de integración normativa, habida cuenta de la interdicción del *non liquet* que impera en nuestro ordenamiento, así como de la obligación de resolver que pesa sobre el Juez en el art. 357 del Código Penal. Pero si ello resulta simple, desde el punto de vista teórico al partirse de la concepción del ordenamiento jurídico como un todo, (art. 1º del Código Civil), en el que no deberían existir lagunas, la práctica revela serias dificultades, por cuanto la norma procedimental no puede ser alegremente aplicada por analogía, exigiendo una mínima previsión legal. Solo existen aquellos actos procesales que el legislador crea, afirmación que se agudiza cuando la norma no es reflejo de los grandes principios procesales y entra a resolver las cuestiones apuradamente técnicas que rodean el proceso y que solo la ley puede solventar. Más lejos aun de esta concepción en materia procesal, la solución propuesta por la sentencia al caso, puede plantear serios problemas de seguridad jurídica y de quebrantamiento del principio de igualdad (arts. 9.3º y 14 de la Constitución Española), por ser distintos los criterios de integración de los diferentes jueces. No obstante, parece ser la única vía de salida del impas en tanto el legislador cumple con su papel de legislar. De futuro, el problema habrá de ser abordado, que duda cabe, desde un prisma amplio, capaz de concernir y conciliar los intereses en juego (víctima, sociedad, menor...), así como las circunstancias en que este peculiar sujeto se inscribe y desenvuelven, como único medio de poder ofrecer una respuesta mínimamente adecuada al problema; lo que supone otorgar todo el abanico de garantías procesales (arts. 24 y 25 de la Constitución Española), sin que, en contrapartida, se caiga en la tentación de equiparar al menor delincuente con el delincuente de

menor edad. Es precisamente esa falta de capacidad para responder penalmente y que se presume en el menor la que obliga a eximirle de la aplicación del Derecho Penal ordinario.

Con respecto a la Ley de Tribunales Tutelares de Menores, aun cuando el Tribunal Constitucional no ha proclamado su inconstitucionalidad, si ofrece una interpretación inmersa en el contexto internacional, que exige del legislador una readaptación de nuestra legislación interna. Y dado el vacío legal, desde la óptica procesal se hace necesario una aplicación de los principios materiales y procesales previstos en la propia Constitución (principalmente arts. 24 y 25 de la Constitución Española), así como de todos aquellos aspectos recogidos en los textos internacionales ratificados por el Estado español y que forma parte del ordenamiento jurídico (art. 96.1º de la Constitución Española), y que por supuesto, se han de tener en cuenta en el ámbito interior⁴.

Al objeto de estudiar conjuntamente las consecuencias que pueden derivarse de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de febrero de 1991, que resuelve las cinco cuestiones de inconstitucionalidad planteadas por distintos Juzgados de Menores, el 7 de marzo de 1991, convocados por el Consejo General del Poder Judicial, se reunieron los Jueces y Magistrados, Titulares de Juzgados y Tribunales de Menores de todo el territorio español. Tras el debate a lo largo del día se llegó a las siguientes conclusiones finales:

Primera:

Es urgente e imprescindible la promulgación de una **Nueva Ley** que sustituya a la vigente, y en gran parte inconstitucional, legislación de Tribunales Tutelares de Menores (Decreto de 11 de Junio de 1948).

⁴ Conclusiones del seminario "Menores sin Ley Problemática del menor infractor". Revista de la Asociación de Jueces y Magistrados. Francisco de Vitoria. Nº 1. Sanz. 1991 pág.36.

Por ello, se insta del Consejo General del Poder Judicial, se dirija al **Excmo. Sr. Ministro de Justicia** haciéndole llegar la presente conclusión.

Segunda:

En cuanto al **PROCEDIMIENTO** a seguir en los Juzgados y Tribunales de Menores, una vez que el Tribunal Constitucional ha declarado la inconstitucionalidad del artículo 15 de la Ley del Tribunal Tutelar de Menores , rechazadas por la Asamblea las alternativas de no realizar ninguna actuación procesal, o la de finalizar la instrucción y paralizar los procedimientos hasta la entrada en vigor de una nueva Ley, se concluye que debe llevarse a la práctica un procedimiento *ex novo* que reúna las siguientes **pautas de actuación:**

1. Los **órganos judiciales competentes** para conocer de las conductas atribuidas a menores de dieciséis años tipificadas por la Ley como delitos o faltas son los **Juzgados de Menores**. Allí en donde aún no han sido creados son competentes los **Tribunales Tutelares de Menores**.

Los **menores de edad**, en los procedimientos que se siguen en los Juzgados de Menores, tienen **capacidad de obrar**, sin perjuicio la asistencia de sus representantes legales.

Los menores de edad deberán ser siempre asistidos de **Letrado**, tanto en los procedimientos que se sigan por delito como por falta.

El **Ministerio Fiscal** debe ser parte en todos los procedimientos que se sigan en los Juzgados de menores.

El **perjudicado** tendrá la intervención prevista en la Ley y el Reglamento de 1948, sin que se aprecie la posibilidad de que plantee acusación particular.

2. Se recuerda la **competencia territorial** de los Juzgados de Menores en cada provincia, tal como se establece en los artículos 2 de la Ley del Tribunal Tutelar de Menores y 96 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

3. Los Juzgados de Menores **sólo conocerán** de las acciones u omisiones atribuidas a menores de dieciséis años tipificadas como **delitos o faltas** en el Código Penal o en Leyes penales especiales, y **NO** de los casos de menores prostituidos, licenciosos, vagos o vagabundos, ni los casos de infracción de leyes administrativas, y de insumisión a la patria potestad.

4. Recibido un **atestado o denuncia** en el Juzgado o Tribunal de Menores se dará traslado del mismo al Ministerio Fiscal para que, en su caso, solicite la práctica de las diligencias de investigación oportunas.

5. La decisión sobre la **situación personal del menor detenido** se tomará por el Juez de Menores, tras una audiencia que se celebrará antes de las 24 horas de la detención, con intervención del menor detenido, su letrado y del Ministerio Fiscal.

Cualquier **medida cautelar** sobre la persona del menor siempre se adoptará, en su caso, a instancia del **Ministerio Fiscal**.

6. Practicadas las diligencias de investigación y tras ser oído, en su caso, el Equipo Técnico de Apoyo, el Fiscal, a la mayor brevedad, formulará **escrito de Acusación**, proponiendo la prueba a practicar en el acto de juicio oral, o solicitará el archivo de las actuaciones.

7. Del escrito de acusación se dará traslado al Letrado defensor para que formule **escrito de Defensa**, y en su caso, proponga prueba.

8. El Juez decidirá sobre la **apertura del Juicio Oral** sin que sea vinculante la petición Fiscal.

9. Se celebrará **Juicio Oral** y público.

No obstante el Fiscal y la defensa podrán solicitar y el Juez acordar de oficio, que sólo asistan al mismo los familiares del menor, los perjudicados y miembros del Equipo Técnico si, oído éste, se considera que la publicidad de las sesiones puede ser perjudicial para el menor.

En ningún caso se permitirá que los medios de comunicación obtengan o divulguen imágenes del menor o menores acusados.

10. Celebrado el Juicio se dictará **sentencia**.

En la Sentencias donde se imponga una medida duradera en el tiempo se determinará el **tiempo máximo de duración** de la misma.

En ningún caso se podrá imponer una medida que suponga una restricción de derechos superior a la restricción de derechos que correspondería a la pena a imponer a un mayor de dieciséis años por los mismos hechos.

11. La **ejecución** de las Sentencias, así como su control, corresponde a los jueces de menores.

La **modificación** de las medidas impuestas por Sentencia, nunca *in peius*, supondrá previa audiencia del Fiscal y de la defensa.

12. Contra las **Providencias y Autos** dictados por los Juzgados de Menores cabe **Recurso de Reforma**, en el plazo de tres días ante el propio Juzgado, y **Recurso de Apelación**, subsidiaria o directamente dentro del mismo plazo de tres días, del que, en su caso, conocerá la Audiencia Provincial.

Contra todas las **Sentencias** cabe interponer **Recurso de Apelación** en el plazo de cinco días a partir de la fecha de notificación, del que, en su caso, conocerá la Audiencia Provincial.

13. Para la ejecución de las medidas de internamiento es necesario que los Centros de Reforma tengan un **Reglamento de Régimen Interno**, que regule el sistema de permisos, salidas y vacaciones, faltas y sanciones disciplinarias, que debe ser aprobado por el Juez de Menores.

Asimismo, el juez debe aprobar el **programa educativo individualizado** de cada menor internado.

Tercera:

Para el efectivo cumplimiento de la anterior conclusión se decide instar del **Consejo General del Poder Judicial** acuerde transmitir al **Presidente del Consejo General de la Abogacía**, para que a su vez lo transmita a los Colegios de Abogados de todo el territorio español, la necesidad apreciada en la presente reunión de la imprescindible asistencia de Letrado en todos los procedimientos seguidos en los Juzgados de Menores tal como establece el Convenio de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20.11.89 y ha recordado la Sentencia del Tribunal Constitucional de 14.02.91, y la conveniencia de que dicha asistencia letrada sea especializada tal como también se ha pronunciado las Naciones Unidas aprobando el 29.11.85 las Reglas Mínimas para la Administración

de la Justicia de Menores (Reglas Beijing) y el Consejo de Europa en la Recomendación nº (87)20 del Comité de Ministros de los Estados miembros sobre reacciones sociales ante la delincuencia juvenil de 17.09.87.

Cuarta:

Ante el anuncio por los representantes de la Secretaría General Técnica de la Fiscalía General del Estado, presentes en la reunión, de que se emitirá antes de **un mes** una **Instrucción** para delimitar la actuación del Ministerio Fiscal en los procedimientos en los Juzgados de Menores, por los jueces reunidos se decide hacer un seguimiento de los resultados que se aprecien en el cumplimiento de la anterior conclusión, para lo cual **instan** del **Consejo General del Poder Judicial** que convoque una nueva reunión a los **tres meses** de la emisión de la Instrucción de la Fiscalía.

Quinta:

Instar del **Consejo General del Poder Judicial** que se dirija al **Excmo. Sr. Ministro de Justicia** y a los **Órganos de Gobierno de las Comunidades Autónomas** que tienen transferidas las competencias en materia de ejecución de las resoluciones de los Juzgados y Tribunales Tutelares de Menores, para que doten suficientemente de Equipos Técnicos, Delegados de Libertad Vigilada y Centros de Reforma que hagan posible el efectivo cumplimiento de las resoluciones Judiciales.

Sexta:

Instar del Consejo Central del Poder Judicial que se dirija al **Excmo. Sr. Ministro de Justicia** para que proceda a la urgente creación de todos los

Juzgados de Menores, en desarrollo de la Ley de Demarcación y Planta Judicial, sustituyendo a los antiguos Tribunales Tutelares de Menores.

Séptima:

Instar del Consejo General del Poder Judicial que distribuya las **Memorias** de los dos primeros cursos de Especialización a todos los Juzgados y Tribunales Tutelares de Menores del país.

Octava:

Instar del Consejo General del Poder Judicial que convoque nuevos **Cursos de Especialización** de Jueces de Menores conforme al artículo 329.3º de la L.O.P.J.

Conclusión final de la Sentencia del Tribunal Constitucional.

Se podría resumir así la Sentencia del Tribunal Constitucional, fijando los siguientes puntos:

1. Se establece la naturaleza penal de la intervención de los Juzgados de Menores, los cuales deberán contar con un procedimiento, que al originarse en una acción y omisión penal tipificada, no es otro que una variante del procedimiento del proceso penal, cuyos principios básicos debe respetar.

2. Considera al menor, de cualquier edad, capaz de infringir las leyes penales.

3. Si bien es posible regular un procedimiento corrector distinto del proceso penal, solo a los menores considerados incapaces de infracción penal.

4. Modula algunos principios y garantías exigidas en el procedimiento de adultos, expresando que no tiene por que asegurarse en los mismos términos que en el proceso de adultos, haciendo referencia expresa al principio de publicidad y al derecho al Juez imparcial , del que deriva el principio de contradicción en consecuencia la presencia de un acusador.

5. Se hace una interpretación del art. 16, estableciendo una serie de limitaciones, como que no tenga la libertad de calificación de los hechos el Juez limitada por las condiciones sociales y morales del menor, pero limitada por la tipificación penal. Así como que su discrecionalidad para la adopción de las medidas debe de tener en cuenta la correlación entre delitos y faltas y las medidas para ellos previstas. De tal manera que la flexibilidad de que ha de disponer para apreciar los hechos e imponer medidas, ha de estar limitada, al igual que la

discrecionalidad por la proporcionalidad entre la gravedad del hecho y la medida, decretando la imposibilidad de establecer medidas más graves o de duración superior a la que correspondería por los mismos hechos si de un adulto se tratase.

6. Se declara la congruencia del límite absoluto de las medidas reeducadoras al alcanzar la mayoría de edad civil.

7. Se establece la posibilidad de revisión de las medidas en atención a la misma flexibilidad que se debía de tener en cuenta en la adopción de las mismas, y por tanto, en su mantenimiento, dada su falta de consideración de penas retributivas, sin que en ningún caso sea posible agravarlas, si no es a través de un nuevo procedimiento.

8. La sentencia reconoce expresamente el vacío normativo que provoca la inconstitucionalidad del art. 15, que únicamente la actividad del legislador pueda llenar de manera definitiva, debiendo ser los jueces quienes habrán de llenarlo en tanto aquello no suceda.

PARTE VIII

LEGISLACIÓN ACTUAL EN
MATERIA DE MENORES EN ESPAÑA

INTRODUCCIÓN

La Constitución de 1978, no ha sido ajena al entorno cultural y sensibilización que a nivel europeo y mundial existen sobre los menores, es la primera vez que en nuestra nación se recoge en un Texto Constitucional, una serie de derechos y libertades del niño, que están dotadas de su propio y específico significado jurídico.

La Constitución protege al niño en sus dos vertientes:

- a) Como miembro de una familia.
- b) Como persona en si.

El texto constitucional supone, como señala Hernández Gil, una evolución al situarse en una línea jurisdiccionalista, considerando a la persona como una entidad biológica, cultural social en su plenitud concreta, necesitada de protección jurídica en todos sus aspectos regulando uno a uno, en busca de una identidad legal.

Así, el Título 1º de nuestra Constitución establece “De los derechos y deberes fundamentales”, en el art. 10. 2º señala que “las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”, por lo que se fija el sentido y alcance actual de los derechos humanos, y consiguientemente, de los referidos a los menores.

El art. 39.4º de nuestra Constitución establece que: "los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos".

Un estudio detallado de esta norma, demuestra que el legislador pretendió fijar unas bases mínimas, no estableciendo una regulación exhaustiva de los derechos y de la protección de la infancia, ya que esa regulación pormenorizada se haría con posterioridad, no siendo necesario desarrollarla en el texto constitucional, ya que han de ser las leyes ordinarias las que desarrollen los preceptos de la norma fundamental.

En su Preámbulo, nuestra Carta Magna, refleja la intención y voluntad de "Proteger a todos los españoles... en el ejercicio de los derechos humanos...". Existe un tradicional espíritu humanista y jurídico que nos da luz sobre el verdadero sentido de la expresión "derechos humanos"; y, al mismo tiempo, existen suficientes proclamaciones formales que concretan el significado de la misma, como son la Declaración Universal de los Derechos Humanos; el "Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966", el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales", adoptado en Roma el 4 de Noviembre de 1950, la "Declaración Universal de los Derechos del Niño en 1959", "El Convenio Internacional de la Haya de 1961" y "La Convención sobre los Derechos del Niño", cuyo proyecto fue aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de Noviembre de 1989. Con lo que estos derechos referentes al niño, a la infancia y al menor quedan suficientemente determinados en los pactos internacionales.

Existen otros preceptos que si bien no hablan del menor, si tienen relevancia y afectan a derechos del menor, entre los que hay que enumerar los siguientes:

- El art.14 establece la igualdad ante la Ley sin que pueda producirse discriminación alguna por razón de origen, raza, religión, nacimiento, etc..., que viene referido a todos los españoles, tanto a los mayores como a los menores.

- El art. 17.1º, referente a la libertad y seguridad , cuyo límite “está en el respeto a los derechos reconocidos en ese Título...y, especialmente en el derecho..., a la protección de la juventud y de la infancia”.

- El art. 24 que regula la tutela judicial efectiva, estableciendo que “todas las personas tienen derecho a obtener la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso pueda producirse indefensión”.

- El art. 27.1º establece que todos tienen derecho a la educación; en el párrafo 2º se contempla que ésta tenga por finalidad “el pleno desarrollo de la personalidad humana”, dentro del ámbito de la convivencia pacífica y democrática, de los derechos y libertades fundamentales. El número 4º del art. 27 recalca respecto a los niños e infantes que “la enseñanza básica es obligatoria y gratuita”, lo que hay que conectar con el nº5 de este art. Cuando dice que “los poderes públicos garantizarán el derecho de todos a la educación mediante una programación general de la enseñanza, con participación de todos los sectores afectados y la creación de centros docentes”. El art. 27.7º establece que “Los profesores, los padres y en su caso los alumnos, intervendrán en el control y gestión de los centros públicos”.

- El art. 39 nos indica que “Los poderes públicos asegurarán la protección social, económica y jurídica de la familia...; asimismo, la protección integral de los hijos iguales éstos ante la ley, con independencia de su filiación...la ley posibilitará... la investigación de la paternidad..., los poderes deben prestar

asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda”.

- El art. 43.3 que se refiere a que los “poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte... y... la adecuada utilización del ocio”.

-El art. 45 establece el derecho al medio ambiente y a la calidad de vida.

-El art. 48 los poderes públicos promoverán las condiciones para la participación libre y eficaz de la juventud en el desarrollo político, social, económico y cultural.

- El art. 53.1º se obliga a los poderes públicos a proteger los derechos fundamentales teniendo en cuenta que “el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero (Título I), informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos...”(art.53.3).

CAPITULO I

CÓDIGO CIVIL RESPECTO DEL MENOR

El Código Civil , en sus instituciones, aborda aspectos relacionados con el menor, así ocurre en la filiación, patria potestad, tutelas, emancipación, etc.

En cuanto a la responsabilidad del menor, dentro de la esfera civil, para su examen y análisis, es necesario determinar en qué supuestos el menor actúa con responsabilidad o irresponsabilidad, en qué supuestos puede actuar por sí mismo. Estableciendo algunos que el menor tiene una responsabilidad gradual y progresiva que corresponde con la evolución psicológica y fisiológica del mismo. Otro sector doctrinal considera que los menores son irresponsables de forma absoluta. Por tanto se hace necesario iniciar el estudio por la capacidad de obrar del menor en el ámbito civil.

- Capacidad de obrar:

La menor edad civil es un estado en que el menor depende de los padres o de personas o Instituciones que ostentan la patria potestad o la tutela, teniendo por ser menores una limitación de capacidad, siendo representados legalmente. Teniendo que compatibilizarse, la protección de la personalidad del menor que exige el reconocimiento de una esfera propia de capacidad, aunque sea limitado (principio constitucional art. 10.1 y 39.2 de Constitución Española) y la necesidad de existencia de funciones de control, vigilancia y defensa que suplan las carencias de la propia personalidad de este.

La capacidad, aunque sea limitada, la posee, ya que tiene inteligencia, dignidad, etc. El menor no emancipado no es un ser incapaz sino una persona limitadamente capacitada en interés de su protección.

Para el estudio de la capacidad del menor debe partirse del art. 162, 2º-1 del Código Civil, a cuyo tenor: “Se exceptúan de la representación legal de los padres y de los tutores, los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el menor de acuerdo con las leyes, pueda realizar por si mismo”.

La exégesis de este precepto, siguiendo al profesor Jordano Fraga en su trabajo “La capacidad general del menor”, R.D.P., 1984, nos ayuda a construir jurídicamente la capacidad general del menor dentro del ámbito limitado y variable de sus aptitudes naturales, de su capacidad natural, en los tres planos o directrices, normativas del precepto.

A) Se exceptúan de la representación legal los actos relativos a derechos de la personalidad. Son actos personalísimos y por tanto excluidos de toda representación voluntaria o legal. El menor actúa por si mismo. Así, el art. 3º, de la Ley de 5 de mayo de 1982, prevé que el consentimiento para la disposición de concretos aspectos de los derechos sobre el honor intimidad e imagen, lo de el propio menor, si sus condiciones de madurez lo permiten.

En otros supuestos en que el menor no tiene la capacidad para realizar válidamente los actos de ejercicio de estos derechos, por no concedérsela la ley, y sin embargo posea suficiente discernimiento la actuación del representante legal para ser válida ha de contar indispensablemente con su consentimiento. Ello es así por la importancia que concede el ordenamiento jurídico a la intervención del menor en todos aquellos actos que directa o indirectamente afectan a su estado civil, presidido por el principio de la personalidad. De ahí que se requiera el consentimiento del menor para ser emancipado (arts. 317, 320, y 321 del Código

Civil) o del adoptado si es mayor de 12 años habrá de consentir la adopción (art. 177 del Código Civil) y para que pueda procederse al reconocimiento del hijo extramatrimonial de un menor no emancipado sin su consentimiento (arts. 121 y 124 del Código Civil), o que sea necesario el consentimiento del menor desde los 14 años para adquirir la nacionalidad española (arts. 19, 1 y 21, 2º del Código Civil), así como que sea el menor no emancipado al que le corresponda, aunque con asistencia paterna, del tutor o judicial, el ejercicio de la patria potestad de sus hijos.

Distintos de estos casos, son aquellos en que no siendo necesario el consentimiento del menor, es necesario que sea oído. Así, con carácter general, art. 154 dicen que si los hijos tuvieren suficiente juicio deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que le afecten, y con el los arts. 273, 156-2º y 173-3º, para supuestos específicos. Presupuestos de esta audiencia del menor es su capacidad natural. El art. 273 establece que “Antes de autorizar o aprobar cualquiera de los actos comprendidos en los dos artículos anteriores, el Juez oirá al Ministerio Fiscal, y al tutelado, si fuese mayor de edad o lo considera oportuno, y recabará los informes que le sean solicitados o estime pertinentes.

B) La segunda dirección normativa del art. 162, 2º-1 del Código Civil es la exclusión del ámbito de la representación de aquellos actos que el menor de acuerdo con las leyes, pueda realizar por si mismo.

La ley marca aquellos casos en que el nivel general de capacidad, la mayor edad, se rebaja en atención a la propia naturaleza del acto y en función de los criterios de política legislativa que inspiren la regulación de las instituciones. Los casos que contempla el Código Civil, en el que el menor tiene esa capacidad especial, son los siguientes:

- Contraer matrimonio desde los 14 años, con dispensa del Juez de 1ª Instancia (arts. 46,1 y 48-2º).

- Otorgar testamento desde los 14 años, salvo el ológrafo.

- Otorgar capitulaciones matrimoniales antes de contraer matrimonio, actuando por sí para pactar el régimen de separación o participación y en los demás casos con la asistencia de sus padres o tutores. Art. 1329 del Código Civil.

- El incapacitado judicialmente solo podrá otorgar capitulaciones matrimoniales con la existencia de sus padres, tutor o curador. Art. 1330 del Código Civil.

- Ser testigo en testamento en caso de epidemia, a partir de los 16 años. Art. 701 del Código Civil.

C) De la representación legal, se excluyen además de los casos que la Ley consiente realizar expresamente al menor, aquellos otros que el hijo, de acuerdo con sus condiciones de madurez, puede realizar por sí mismo.

La capacidad natural del menor sería variable y flexible, en función del grado de desarrollo personal que socialmente corresponde a cada edad, y así en la realidad del tráfico, vemos que cierto tipo de transacciones elementales se realizan por menores de edad y nadie duda de su capacidad para entender el alcance y manifestar una voluntad libre y vinculante. A medida que la edad aumenta, hasta acercarse a los límites de la mayoría de edad, la gama de contratos realizados por el menor aumenta, así como su cuantía y complejidad económica.

Este progresivo desenvolvimiento de las facultades del menor ha sido recogido por la Ley, al permitir al menor no emancipado, mayor de dieciséis años, la realización de actos de administración ordinaria de los bienes adquiridos con su trabajo o industria.

Como supuestos no de capacidad especial, sino de aplicaciones para casos concretos de la general capacidad del menor en cuanto dotado de entendimiento y voluntad, podemos señalar los siguientes:

- Aceptar donaciones, que no sean condicionales ni onerosas.
- Aceptar ofertas y así perfeccionar negocios gratuitos puros y, en general, realizar todos aquellos actos defensivos o conservativos de sus derechos, para lo que no se requiere una capacidad especial.
- Adquirir materialmente la posesión de las cosas y beneficiarse de los efectos directos e indirectos que de la posesión se derivan.

Jordano efectúa un estudio de los arts. 162, 2º-1, 1260 y ss. y 1300 y ss. del C.C., señalando que el menor no emancipado, en el ámbito de su capacidad propia, puede contratar válidamente y no ya sólo celebrar contratos eficaces, en tanto no se impugnen.

CAPITULO II

RESPONSABILIDAD CIVIL

Para concluir con este tema de la capacidad del menor, es necesario referirnos a la responsabilidad del menor de edad, teniendo que distinguir según proceda la responsabilidad civil de un ilícito penal o civil.

A) Responsabilidad civil derivada del ilícito penal:

La realización de un hecho que revista los caracteres de delito efectuado por el menor, no acarrea la responsabilidad penal, si éste aún no ha cumplido dieciséis años, pero si conlleva responsabilidad civil si, como consecuencia del hecho cometido, se lesiona el interés de un particular.

El artículo 8, nº2 de Código Penal establece que “están exentos de responsabilidad criminal, el menor de dieciséis años”. No obstante, el art. 20 de Código Penal establece que la exención de responsabilidad criminal declarada en los números 1, 2, 3, 7 y 10 del art. 8, no comprende la de la responsabilidad civil, la cual se hará efectiva con sujeción de la siguiente regla:

1ª, De los hechos que ejecutaren las personas señaladas en los números 1, 2, 3, del art. 8º, serán responsables civilmente quienes las tengan bajo su potestad o guarda legal, siempre que por su parte hubiese culpa o negligencia. No habiendo persona que las tenga bajo su potestad o guardia legal, o siendo aquella insolvente, responderán con sus bienes las

propias personas a quien hace referencia el párrafo anterior dentro de los límites que para el embargo de bienes señalen las leyes de enjuiciamiento civil y criminal.

A partir de la entrada en vigor del Código Penal de 1995 que será en el mes de mayo de 1996, el art. 19, de dicho cuerpo legal, establece la exención de responsabilidad criminal del menor de 18 años.

B) Responsabilidad civil derivado de ilícito civil:

El art. 1902 del Código Civil dispone que “el que por acción u omisión causa daño a otro interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”. De este precepto se extrae la doctrina de la responsabilidad por actos propios.

El siguiente artículo, el 1903, dice que la “Obligación que impone el artículo anterior es exigible no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder”.

A continuación a modo de aplicación de este principio, el artículo añade que los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentran bajo su guardia. Los tutores lo son de los perjuicios causados por los menores o incapacitados que estén bajo su autoridad y habiten en su compañía.

El precepto termina diciendo, que la responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño.

La responsabilidad establecida en estos artículos, es directa y no subsidiaria, y de las últimas sentencias del Tribunal Supremo se desprende, que podemos hablar de una responsabilidad objetiva de los padres, con inversión de la carga de la prueba y exigiendo en tono de marcada severidad una rigurosa prueba de la diligencia empleada, atemperándose a las circunstancias de lugar y tiempo del caso en concreto.

En la más reciente doctrina existe una tendencia a atribuir importancia decisiva, en cuanto a la responsabilidad de los padres, a la edad del menor causante del daño (Lacruz, Díez Picazo, Gullón Ballesteros). Sin embargo Díaz Alabart, siguiendo el criterio insinuado en la doctrina francesa e italiana, propone exonerar a los padres de los daños ocasionados por los llamados grandes adolescentes o grandes menores, esto es, aquellos cuya edad se acerca a la de la mayoría legal, estos tienen capacidad de entender y de querer y el ordenamiento jurídico les concede una esfera de abstracción cada vez más amplia; lo que está en clara correspondencia con la realidad social de nuestro tiempo. La suma de todos los factores hace casi imposible o nulo el control que los padres pueden ejercer sobre su comportamiento.

CAPITULO III

EL CÓDIGO PENAL Y EL MENOR

El Código Penal de 1994, en el art. 8 nº2, declara exento de responsabilidad criminal al menor de dieciséis años , aunque en el nuevo Código Penal se fija la edad en virtud de la cual se declara exento de responsabilidad criminal los dieciocho años, así en el art. 19 establece: “Los menores de dieciocho años no serán responsables criminalmente con arreglo a este Código. Cuando un menor de dicha edad cometa un hecho delictivo podrá ser responsable con arreglo a lo dispuesto en la ley que regula la responsabilidad penal del menor”. En el Código de 1994, el periodo de irresponsabilidad absoluta comprende a los menores de dieciséis años, y el de responsabilidad atenuada, los menores de dieciocho años. La inimputabilidad se funda, no tanto en la falta de capacidad de entender, pues ésta se da anteriormente a esa edad por lo corriente, como en la de querer, en cuanto ella depende de la formación del carácter y de la personalidad¹ Se trata de una presunción *iuris et de iure* de incapacidad, de modo que, aunque el juez llegara a la conclusión de que el menor ha obrado con discernimiento, está obligado a no imponer pena. Por eso se ha señalado el límite de edad como un elemento objetivo de culpabilidad. No coincidiendo la menor edad penal y la civil. Es evidente que para dirigirse en la vida económica y social, hace falta mayor capacidad que para discernir las conductas criminales de que hay que abstenerse. Podría hacerse, sin embargo, una excepción para los delitos artificiales, de simple creación legal, que sólo son conocidos en un cierto grado de cultura y experiencia.

¹ DE LEO, G. "La Justicia de menores en España". Epilogo. Barcelona 1985 Págs. 116 y 117.

Nuestro Código de 1944 ha optado por el criterio cronológico puro, presumiéndose la inimputabilidad del menor de dieciséis años y en el actual en dieciocho años. Esta opción por el criterio cronológico puro, abandonando el criterio del discernimiento, ha supuesto una mayor seguridad jurídica en el tratamiento penal de la minoría de edad pero como señala González Zorrilla, se mantiene la discusión doctrinal acerca de la naturaleza y contenido de la declaración de inimputabilidad, discusión que ha corrido paralela a la polémica existente en los últimos años en relación con el principio de culpabilidad.

La culpabilidad, según la doctrina dominante, es un juicio de reproche al autor de un hecho típico por haber actuado antijurídicamente cuando podía haber obrado conforme a derecho. La capacidad de obrar de un modo diferente a como se obró y, por tanto, la posibilidad de imputar ese hecho al autor, se convierte en un elemento esencial del juicio de reproche en que la culpabilidad consiste.

Se le ha objetado a esta concepción dominante, desde hace ya algunos años, la indemostrabilidad científica del libre albedrío. Para Gimbernat negar la posibilidad de fundar en la existencia del libre albedrío el juicio de culpabilidad y en consecuencia la culpabilidad misma, no comporta negar la vigencia de los principios del Estado Liberal de Derecho. El fundamento de la pena será la necesidad del Estado de tener que reforzar aquellas prohibiciones cuya observancia sea absolutamente necesaria para evitar la ejecución de acciones que ataquen las bases de la convivencia social.

La exclusión de la culpabilidad no será, en consecuencia, la falta, de libertad del sujeto, sino expresión de la no necesidad del Estado de acudir a la pena para reaccionar frente a un comportamiento injusto.

La concepción de la necesidad de la pena, como fundamento de la culpabilidad, ha encontrado la oposición de Córdoba Roda, entre otros, para los

que los criterios a los que habría de acudir para determinar esa necesidad no valen para todos los fenómenos que se dan en la culpabilidad (inimputabilidad, imputabilidad disminuida, error de prohibición), los que por otro lado no cumplirían con la función garantística de la culpabilidad frente al poder punitivo del Estado.

A partir de esas críticas, se ha intentado mantener el concepto de culpabilidad, y no su sustitución, en su función garantizadora, dotándole de un nuevo contenido.

Muñoz Conde basa el fundamento de la culpabilidad en la función motivadora del precepto penal, a partir de un determinado desarrollo mental, biológico y cultural del individuo, se espera que éste pueda motivarse por los mandatos normativos.

Mir Puig rechaza el libre albedrío como fundamento de la culpabilidad y matiza el criterio de la motivalidad, añadiendo un momento normativo, basado en las premisas del Estado de Derecho, proclamado en la Constitución Española. El límite máximo de lo punible en un Estado de Derecho, es lo exigible a un hombre normal, lo que hace inaplicable la pena a los sujetos inculpables, en los que concurren condiciones personales o situaciones que disminuyen por debajo del límite de lo normal las posibilidades de atender a la normativa.

Existe un acuerdo de todas las corrientes doctrinales en que el menor no debe cumplir pena. Además, existe hoy la convicción de que no se puede condenar a un menor, como a un mayor, ni ir a la cárcel como ellos. Gimbernat considera que no se puede imponer pena a los menores, porque no hay necesidad, y porque sería injusto imponerla.

Sin embargo, al haberse adoptado por nuestro Código Penal de 1944 y en el actual el criterio cronológico puro, en el art. 8. 2º y 19 de la actual regulación ha dado por sentada la anormalidad del menor, y su separación del ordenamiento penal común, y se ha incluido en el mismo grupo que al loco y a los que tienen gravemente alterada la conciencia de la realidad. Por lo que, siendo adecuada la exención de la responsabilidad criminal del menor, ello no implica que el menor no debe sufrir las consecuencias del delito.

El Derecho penal no es válido ni sirve para solucionar los problemas específicos de los menores. Es importante subrayar que la finalidad del ordenamiento jurídico de menores no debe ser el castigo o la sanción, sino más bien la educación y la inserción social. Se trata de hacer posible la superación de las dificultades psicosociales que han llevado al menor a cometer la infracción.

Debiéndose pretender con el ordenamiento de los menores infractores, dar soluciones a las contradicciones y carencias de las instancias socializadoras, para que el niño se desarrolle en libertad y responsabilidad².

Lo que a principios de siglo pareció un logro, en boca de Dorado Montero “haber sacado al niño del derecho penal” a pesar de haberse realizado con la mejor de las intenciones, no es aceptable en un Estado que se basa en el principio de igualdad y respeto de todos sus ciudadanos. Ha sido la inimputabilidad la que ha producido el mecanismo de irresponsabilidad.

El menor debe ser imputable y entrar en el juicio de la culpabilidad como garantía frente al Estado, lo que sucede es que la responsabilidad derivada de ello será diferente y dará lugar a consecuencias diferentes que las que el derecho penal fija para los adultos, basado ello en razones pedagógicas, psicológicas, etc. Que tendrán, que traducirse en criterios normativos y articulados positivamente. Negar

²MOVILLA, CL. “Los Tribunales Tutelares de Menores. Análisis de una experiencia. En Menores: la experiencia española y sus alternativas”. Madrid 1987. U.A.M. Pág. 63.

la responsabilidad del menor es despojarle de su capacidad de comprensión de sus actos y la posibilidad de recuperación.

La existencia de responsabilidad y su reconocimiento no implica el que se les tenga que castigar, como indica Gaetano de Leo, significando respetar su identidad y estimular los procesos de socialización. Hay que tener en cuenta las fases evolutivas de su desarrollo, para tratarle sin que en ningún caso suponga tratarlo igual que a un adulto, y no en base a su irresponsabilidad sino en base a la distinta entidad y naturaleza de la reacción penal, pudiendo suponer la restricción de sus derechos.

Según la obra “La Justicia de Menores”, de Gaetano de Leo, es preciso pasar de una concepción antológica de la responsabilidad a una concepción funcional y sistemática.

La fórmula biológica-cronológica, adoptada por el Código Penal de 1948 , se emplea por un lado, para dar soluciones a la discrecionalidad y vaguedad del criterio del discernimiento, y por otro a fin de poner con anterioridad el derecho a la educación de los menores que infringen la ley, frente a toda otra consideración.

El simple hecho biológico, de no haber cumplido la edad de dieciséis años fundamenta la exclusión de responsabilidad criminal, aún cuando el desarrollo de actividades intelectivas y volitivas hagan pensar que se trata de un individuo que puede comprender la significación ilícita de sus actos y obrar de acuerdo con esa comprensión. Carece de relevancia la edad mental del menor. Esa exención opera de modo análogo a una presunción *iuris et de iure*, que no admite prueba en contrario.

Existen dos problemas de interpretación legal. El primero consiste en saber como debe hacerse el computo de la edad. Hoy es unánime que en materia penal se haga de momento a momento.

El segundo problema surge ante la posibilidad de que el menor realice la acción antes de cumplir los dieciséis años y el resultado se produzca una vez que estos hayan sido cumplidos. Y a partir de que entre en vigor el Código Penal de 1995, en el que el menor cometa la acción antes de los 18 años y el resultado se produzca una vez que hayan sido cumplidos. En este caso sabe apreciar la eximente porque el momento decisivo para valorar la imputabilidad se considera aquel en que actúa el sujeto.

Si bien el criterio del discernimiento era de gran ambigüedad, ya que no había unanimidad sobre que ese entendía por discernimiento. Dice Alimena que no existe otra materia sobre la cual haya mayor discrepancia de opiniones. Para unos autores (Carrara, Rossi, Ortolan, etc.) consiste en la distinción entre el bien y el mal, o sea, en la capacidad para conocer la norma moral; mientras para otros (Bener, Liszt, Krafft-Ebing) estriba en la conciencia de la antijuricidad del acto, o sea, en la ilicitud penal. Algunos, como Haus, distinguen entre los delitos inmorales, que exigen la primera, y los artificiales, que requieren la facultad de comprender la ilegalidad del acto. Careciendo de interés para el penalista contemporáneo, ya que, tanto las tendencias humanizadoras, como les tendencias llamadas a una defensa social mas eficaz, han incidido en el afán de sustraer al menor de la represión penal. El criterio cronológico produce situaciones incoherentes. Estas se manifiestan a modo de ejemplo, ante la posibilidad de que un menor, al que le falte un día para cumplir los dieciséis años , no sea declarado responsable penal y a los dos días de cumplirlos, sea condenado por un juzgado de adultos. Desde luego, de un día para otro, no se adquiere la plena responsabilidad penal. Pensemos además que no todos los menores no tienen la misma madurez y personalidad, es decir, que a igual edad no se corresponde ni idéntico desarrollo

físico ni psíquico. Pero a pesar de estas situaciones, entendemos que, frente a la vaguedad del término discernimiento, es más positivo la adopción de un criterio cronológico, porque ofrece más seguridad jurídica.

La adopción por la legislación penal del criterio biológico, y por ende, el abandono del criterio del discernimiento, ha supuesto una mayor seguridad jurídica en la determinación de la minoría de edad. Pero este cambio de criterio no ha evitado la discusión doctrinal acerca de la naturaleza y contenido de la declaración de inimputabilidad.

PARTE IX

LA LEY ORGÁNICA 4/1992 DE 5 DE JUNIO, SOBRE REFORMA DE LA LEY REGULADORA DE LA COMPETENCIA Y EL PROCEDIMIENTO DE LOS JUZGADOS DE MENORES.

INTRODUCCIÓN

La Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, ha significado, frente a la anterior normativa de 1948, la creación de un nuevo sistema, que se vertebra a través de tres artículos, el 9, el 15 y el 17, modificados del anterior.

Está incardinado el procedimiento de menores en el resto del ordenamiento jurídico sancionador, la propia naturaleza del proceso, la intervención preponderante en la instrucción del Ministerio Fiscal, la ausencia de acusación privada, existiendo tan sólo la acusación pública, o el catálogo de medidas a imponer y que no se produce sólo en función de los hechos, sino de la personalidad y circunstancias del menor, ponen de manifiesto singularidades que convierten este proceso, en una novedad del legislador español respecto al sistema procesal penal.

Dicha innovación supuso para el sistema procesal un cambio que motivó una reunión de Jueces y Fiscales, dando lugar a las conclusiones de las jornadas sobre “Justicia de Menores”, celebradas los días 18, 19 y 20 de noviembre de 1992 por los Jueces y Fiscales de Menores, organizadas por el Consejo General del Poder Judicial y la Fiscalía General del Estado.

Las conclusiones que se han adoptado por los Jueces y Fiscales asistentes a las Jornadas de “Justicia de Menores” se extienden, naturalmente, sin perjuicio de la independencia de cada órgano jurisdiccional en ejercicio de sus funciones.

Son las siguientes:

1. Deseamos manifestar en primer lugar nuestra preocupación por la reciente Ley Orgánica 4/1992 de 5 de junio, sobre la reforma de la Ley reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores, instando al legislador a que con la mayor brevedad posible acometa una regulación completa y

coherente del derecho de reforma de menores, como anuncia la propia Ley en su Exposición de Motivos.

2. No obstante lo manifestado en la primera conclusión y puesto que, a pesar de las graves dificultades que dicha Ley conlleva, hemos de cumplirla, después de someterla a debate, hemos podido llegar a los siguientes criterios de interpretación, criterios que en muchos casos pueden parecer evidentes, pero que la realidad en la práctica de cada Juzgado y Fiscalía, puesta de manifiesto en el debate, demuestra la necesidad de su exposición. Estos criterios son:

A. El Ministerio Fiscal puede acordar por sí mismo, sin intervención por tanto del Juez de menores, el ingreso de un menor que haya sido puesto a su disposición por la Policía, en un Centro de Reforma o de otra clase mientras dure el plazo de detención. Este plazo es de 72 horas a partir del momento de la detención, siempre y cuando se realicen diligencias de investigación del menor por la Policía.

El juez de Instrucción en funciones de guardia, es competente para instruir diligencias previas de carácter preventivo, incluso el internamiento del menor, en los procesos de reforma de menores de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 55 del reglamento de ejecución de la Ley.

B. En la citación que se efectúa a un menor incluso en unas Diligencias o Expediente de Reforma, para que concurra en la celebración de preceptiva comparecencia, se le advertirá que tiene derecho a concurrir al acto acompañado de un abogado de su elección, que le asesore y defienda durante el mismo, o a manifestar al Juzgado, en su caso, con la antelación necesaria, su deseo de que le sea nombrado, a los mismos fines, un Abogado de oficio, a efectos de evitar posibles suspensiones.

- C. La apelación de todas las resoluciones de los Jueces de Menores, se tramitará por las normas del proceso abreviado, sin perjuicio de la aplicación supletoria de las normas generales de los recursos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Se constata la necesidad de que dichas apelaciones se les de un trámite de carácter urgente y preferente en las audiencias Provinciales, dado el fin que persigue esta jurisdicción.
- D. Se puede establecer como plazo para que el menor y su representante legal designen, en su caso, Abogado que le defienda en el trámite de audiencia, el de tres días, pasado el cual, sin que aquéllos efectúen manifestación al respecto, se le nombrará de oficio, en aplicación supletoria de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, art. 791, 1º.
- E. Se considera absolutamente necesaria la presencia del menor en la Comparecencia y posterior audiencia, siempre que no haya conformidad previa anterior, debiendo adoptarse por los Jueces de Menores las medidas necesarias para asegurar su presencia en dichos actos.
- En el supuesto que en unas mismas Diligencias de Reforma, se hallen incurso diversos menores y unos acudan a la citación judicial, y otros no, el Juez podrá acordar (Procedimiento Abreviado, art. 793 L. E. Criminal), oídas las partes, la celebración de la audiencia o Comparecencia con los presentes y la suspensión con respecto a los no comparecidos.
- F. Es imprescindible la convocatoria de comparecencia antes de la celebración de la audiencia, pudiendo celebrarse esta última a continuación de la primera si las partes así lo solicitan y se reúnen los requisitos legales para su celebración.
- G. La acumulación de expedientes relativos a un mismo menor,

corresponde al Ministerio Fiscal, durante la fase de instrucción o investigación, hasta el escrito de alegaciones, el cual deberá notificar dicha acumulación a las partes y Juzgado de Menores.

H. La conformidad del menor y su Letrado con la petición formulada por el Ministerio Fiscal en su escrito de calificación, ratificada a presencia judicial, podría hacer innecesaria la celebración del acto de audiencia.

I. Teniendo en cuenta la imposibilidad legal de ejercicio de acciones por particulares en los procedimientos de reforma de Menores, no obstante, habrán de notificarse las Resoluciones y Autos que pongan fin al procedimiento a las personas que puedan verse afectadas por ellas, conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Judicial, (art. 270).

J. La medida de amonestación, por su propia naturaleza, compete al Juez de menores.

K. El control de la ejecución de las medidas de reforma, corresponde al Juez de menores, sin perjuicio de las atribuciones propias del Ministerio Fiscal (art. 18 de la Ley de Tribunales Tutelares de 1948).

Como consecuencia de todo ello y en conclusión:

Instamos a las Entidades públicas a que arbitren los recursos necesarios para el cumplimiento de las medidas contempladas por esta Ley, asumiendo plenamente las obligaciones derivadas de las mismas.

Recordamos las disposiciones internacionales que aconsejan la especialización de todas aquellas personas que intervengan en los procedimientos

de reforma de menores.

Consideramos muy recomendable la proximidad física al Juzgado de Menores de las dependencias de la Fiscalía de Menores.

Con posterioridad a la publicación de la Ley, la Fiscalía General del Estado dio las instrucciones que siguen: siendo la 1ª de fecha 13 de febrero de 1992, instrucción 2/1992.

“Suponiendo esta instrucción una novedad importante, porque significa la unificación de criterios por parte del Ministerio Fiscal, aunque ya venía interviniendo en esta jurisdicción a partir de la publicación de la Convención de los Derechos sobre el Niño y de la sentencia del Tribunal Constitucional.

Se determinan una serie de criterios, en los que se hace patente que el Fiscal, en su actuación, la efectuara teniendo en cuenta el carácter y libre desarrollo de la personalidad e intereses del menor, conjugado con la defensa de la legalidad y de los perjudicados, por la acción social del menor, el interés público tutelado por la Ley y el interés social, garantizando los derechos fundamentales y las libertades públicas.

En esta Instrucción se fija el principio de oportunidad, facultando al Ministerio Público para que, a la vista de las circunstancias sociales, familiares, y personales del menor, solicite el archivo o sobreseimiento de lo actuado, por considerar inadecuado la continuación del procedimiento, al no ser conveniente o formativa la imposición de medida al menor, dada la finalidad educativa de las medidas previstas en la Ley.

Otra Instrucción del Fiscal General del Estado y que se refiere a esta materia, es la de 16 de marzo, (número 1/1993), sobre líneas generales de

actuación del Ministerio Fiscal en el Procedimiento de la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, estableciendo las directrices que han de presidir su actuación y que amplía las ya fijadas en la anterior y ya mencionada instrucción”.

En España se partió de un derecho penal de autor, fruto del correccionalismo y del positivismo, ya que consideraban al menor únicamente desde el punto de vista de su incapacidad y de sus deficiencias, así el art. 8 apartado 2 del Código Penal considera exento de responsabilidad criminal, porque es como el tonto, el loco, el sordomudo sin instrucción. Y ello ha provocado, efectos perversos y resultados poco educativos y responsabilizantes.

Al ver los resultados negativos que en menores producía el derecho de autor, se fue a un derecho penal de hecho, el aplicado desde siempre a los adultos, provocando una superación de la concepción anterior en sus efectos negativos, valorándose también las conductas así como la personalidad del autor, aplicándose las consecuencias teniendo en cuenta el conjunto, conformando siempre el principio de proporcionalidad (S.T.C. 14/2/91).

Al conciliarse ambas interpretaciones, la del derecho penal de autor, la del derecho penal de hecho, respecto de los mismos, se llega a la actual Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, en la que se valora el hecho cometido y en base a él se interviene, ya que si no hay hecho no hay procedimiento; y se valora al autor, ya que es preceptiva tras la comisión del hecho, la intervención del Equipo Técnico de Apoyo, integrado por psicólogos y educadores, que elaboran un informe sobre la situación psicológica, educativa y familiar del menor, así como su entorno social (barrio, relaciones, sitios que frecuenta) y, en general, sobre cualquier otra circunstancia que pueda haber influido en el hecho y que se le atribuya, que sea de índole personal o que afecte al autor.

Se concilia en la nueva ley tanto el hecho como el autor, pues únicamente

se interviene tras la comisión de un hecho delictivo y después se valora el autor del hecho y sus circunstancias, a fin de lograr el interés del menor, y siempre teniendo en cuenta la finalidad educadora y resocializadora de esta jurisdicción.

La nueva Ley deja subsistente la antigua Ley del Tribunal Tutelar de Menores, que ahora pasa a llamarse Ley Orgánica para la Reforma de la Ley Reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores, reformando los artículos 9, 15, 16, 17 y 23.

La nueva Ley 4/1992 ha significado frente a la anterior, la creación de un nuevo sistema, que se vertebra a través de tres artículos , el 9, el 15 y el 17, modificados de la anterior.

CAPITULO I

COMPETENCIAS DE LOS JUZGADOS DE MENORES

1º Las subjetivas, estableciendo una edad mínima por debajo de la cual los Juzgados de Menores no pueden actuar, habiéndose fijado ese límite en doce años, que es una edad comúnmente aceptada por la doctrina y profesionales (art. 9.1º de la Ley).

No se ha abordado el problema de la mayoría de edad penal, remitiéndose la Ley a la edad establecida en el Código Penal, lo cual es lógico, dada la importancia y trascendencia del tema y que se trata de una reforma urgente, tal y como establece la propia ley en la Exposición de Motivos, y que será objeto de medidas legislativas posteriores.

Cuando un menor de dieciséis años, y mayor de doce, cometa un hecho tipificado en el Código Penal, o en el resto del ordenamiento que contenga normas legales sancionadoras (Ley de Caza, Ley de Contrabando, etc.) será enjuiciado por los Juzgados de Menores.

El párrafo 2º del mismo art. 9 establece que cuando el autor de los hechos tipificados en el Código Penal, sea menor de doce años, será puesto, en su caso, a disposición de las instituciones administrativas de protección de menores. Ello supone una limitación eventual de los derechos fundamentales de la persona, que puede llevar aparejada la restricción de alguno de los derechos de los artículos 18 y 19 de la Constitución.

El menor será puesto, a disposición de las autoridades administrativas. El art. 172 del Código Civil, en la redacción dada por la Ley 21/87, otorga la tutela

de los menores desamparados a la entidad pública que tenga encomendada la protección de los menores de su territorio; y define el desamparo como el incumplimiento de las obligaciones o el imposible o inadecuado ejercicio de las mismas en el ámbito de la patria potestad, o cuando los menores estén privados de la necesaria asistencia moral y material, valoración esta que compete a la entidad pública de protección de menores que, una vez tenido conocimiento del caso por el Fiscal o el Juez, en el procedimiento de esta Ley Orgánica acometerá, dentro de sus competencias, las medidas protectoras adecuadas.

En cuanto a la institución administrativa, esta será la Entidad pública de protección definida en el anteriormente citado art. 172 del Código Civil, y como ya hemos dicho, la autoridad encargada de la puesta a disposición del menor de doce años, será el Juez o el Fiscal en este procedimiento. Intervendrá en la decisión de poner a disposición de las autoridades administrativas además de los mencionados anteriormente el Equipo de Apoyo.

Se efectuará por el Fiscal la decisión de poner al menor a disposición de las instituciones de protección, pero si después de iniciado el expediente de reforma se acredita la edad del menor y esta fuera inferior a doce años, el Fiscal efectuará la petición al Juzgado y este acordará dando por concluido el expediente. En estos casos no es necesario hacer valoración alguna sobre los hechos o sobre el tipo de conducta y tipo penal presuntamente vulnerado, es decir, que esta decisión se adopta al margen de las garantías de proceso penal, pudiendo adoptarse, alguna actuación limitadora de derechos, sometiendo al menor de doce años a un régimen en un centro educativo,, a una terapia, etc.; y en estos casos no estamos en un procedimiento sancionador sino exclusivamente educativo y protector.

La edad la fija la Ley 4/1992 remitiéndose al Código Penal, siendo imprescindible tal y como efectúa la ley la necesidad de un procedimiento diferenciado para el menor respecto del mayor, que atente contra los bienes

jurídicos que socialmente se reputan merecedores de protección, y es comprensible que el ordenamiento jurídico acomode su respuesta a la verdadera culpabilidad predicable del menor.

Entendiendo la imputabilidad como capacidad de conocer y de querer. Sin embargo, la simple aproximación a algunas formas de delincuencia juvenil en aquellas notas pueden estar bien presentes, obligan a un replanteamiento del sustento teórico sobre el que apoyar la ausencia de culpabilidad en el menor, que no puede hacerse depender en exclusiva, de su discernimiento. Otras concepciones más recientes suelen catalogar como elementos definitorios del juicio de imputabilidad la capacidad de comprensión de lo injusto y la capacidad de autodeterminación. Esto es la aptitud para dirigir las propias actuaciones conforme a aquel entendimiento. Como quiera que en el menor falta la capacidad de comprensión del alcance ilícito de la conducta que despliega y, para el caso de que sí capte la relevancia ilícita de su acto, faltaría la capacidad de autodeterminación, es preciso excluir la afirmación de su culpabilidad.

Reconociendo la validez general de esta concepción acerca de la capacidad de culpabilidad, se hace necesario indagar un fundamento renovado que haga más aprehensible la inimputabilidad del menor y la aplicación a éste de un proceso diferenciado.

La visión de la culpabilidad basada en la afirmación del libre albedrío, puede admitirse sin objeciones la fijación de la frontera de la imputabilidad en la capacidad de autodeterminación. Las dificultades de todo orden para llegar a proclamar el libre albedrío, sugieren una revisión que, por otra parte, va a condicionar conclusiones interpretativas de singular importancia a la hora de aplicar la ley y las medidas que ésta regula.

La concepción de que la norma penal encierra en sí un mensaje motivador,

dirigido a obtener la protección de los bienes jurídicamente tutelados penalmente. El Derecho Penal, parte de la consideración incontestable de que el sujeto del injusto, menor de edad penal, o sea, de dieciocho años, no es un sujeto motivable mediante la norma penal.

Esa deformada motivación, que pudiera apreciarse en la conducta injusta del menor, no podría ser utilizada lícitamente por un derecho penal encaminado a limitar su función preventiva en base al módulo democrático del grado de exigibilidad que la sociedad considera tolerable. Y es que la falta de escándalo social, ante la exculpación del menor, se debe precisamente a que la sociedad comparte el criterio político criminal según el cual no es lícito castigar a quien no actúa en condiciones de una motivación normal.

Como es fácilmente deducible, el tope de edad fijado por el art. 8.2º del Código Penal de 1944 y al art. 19 del Código Penal actual representa, una frontera que no admite excepción. Para el cómputo de los dieciséis años o dieciocho años de edad en su caso, que determina que el menor alcance un *status* procesal, situado a extramuros de la jurisdicción de menores, no ha de ser aplicable el criterio que, para la determinación de la mayoría de edad, se establece en el art. 315 del Código Civil; según el cual, a estos efectos, se incluirá completo el día del nacimiento. Se traerá al expediente la inscripción de nacimiento, solicitada del Registro Civil. En la medida, en que la certificación literal es expresiva de la hora en que se produjo el alumbramiento, el contraste de ésta con el momento de comisión del hecho injusto, permitirá una conclusión acertada acerca de la verdadera edad del menor.

La incidencia del transcurso del tiempo en los criterios de aplicación del Ley Orgánica 4/1992. Así, es necesario dar respuesta a la posibilidad, no descartable, de que el descubrimiento de la comisión de un hecho ilícito por parte de un menor se produzca cuando éste haya cumplido la mayor edad penal y, en consecuencia, se halle fuera de la jurisdicción de menores.

Los principios que explican esta peculiar jurisdicción, la necesidad de descartar cualquier atisbo retribucionista, impiden una actitud de inadmisibles frustración por el hecho no enjuiciado.

Con idéntica línea interpretativa han de ser resueltos los problemas que pudieran plantear la comisión de un delito continuado, en el transcurso de cuya ejecución se alcanza la mayor edad penal.

El art. 18 del Texto Refundido que permite una prolongación temporal de alguna de las medidas adoptadas en relación con un menor enjuiciado y que, durante su aplicación, se sitúa fuera del tope de los dieciséis años señalados como barrera jurisdiccional. Su existencia puede proporcionar un valioso criterio interpretativo para casos límites en los que una estricta aplicación de la nueva filosofía legislativa pueda conducir a soluciones de difícil aceptación social.

La disposición adicional segunda de la Ley Orgánica 4/1992 señala que, en lo no previsto expresamente en esta Ley, serían supletorias las normas contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y en el Código Penal. Tal afirmación normativa de más que dudoso acierto en su formulación, sólo cobra verdadero significado si se entiende como un deseo legislativo de extender al menor el cuadro de garantías jurídicas que la ley penal y procesal acogen en su articulado.

Los perfiles del injusto típico que pueda cometer el menor sólo pueden ser indagados a la vista de la tipicidad proclamada por el propio Código Penal. El principio de legalidad, de indiscutible proyección en el sistema jurídico llamado a enjuiciar a aquel, no debe conocer matices cuando de lo que se trata es de concretar el hecho injusto protagonizado por el menor. Se aparta aquí el nuevo texto del criterio de la Ley de 1948 de Tribunales Tutelares de Menores en el que el hecho que podía provocar la intervención de la justicia de menores podía estar

integrado, no ya por delitos y faltas, calificados como tales por el Código Penal, sino por infracciones consignadas en las leyes provinciales y municipales e incluso conductas no tipificadas penalmente (cfr. art. 1, b y c de la Ley del Tribunal Tutelar de Menores de 11 de junio de 1948).

La llamada aplicación supletoria, que la misma disposición adicional hace, respecto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, reaviva el interrogante acerca de si el sistema de enjuiciamiento diseñado por la Ley Orgánica 4/1992 responde a la naturaleza del verdadero proceso con todas las inferencias que ello implica. La Ley Orgánica 6/1985, de 6 julio, del Poder Judicial, concibió un órgano judicial para el examen de hechos injustos realizados por menores (art. 26). El proceso del menor es un verdadero proceso, con variantes y especialidades, pero rodeable, eso sí, del círculo de garantías aplicables a mayores de edad en un proceso penal. Así lo entendió el Tribunal Constitucional. En su sentencia 36/91, de 14 de febrero (véanse también la sentencia 71/1990 y los autos 437/87 y 952/88), de manera inequívoca, se decanta el propio legislador, que a la hora de buscar la rúbrica adecuada al nuevo texto, no dudó en emplear términos tan genuinamente procesales como los de competencia y procedimiento. Con idéntica claridad, las Reglas Mínimas de la Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas Beijing), en su apartado 7, imponen a los Estados firmantes el compromiso de que en todas las etapas del proceso se respetarán las garantías procesales, haciendo lo propio el apartado III. 8 de la Recomendación número R (87) 20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa y el art. 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989.

Sería conveniente la creación de un Derecho Penal del Menor, ya que en el Código Penal Español únicamente sirven ciertos artículos, concretamente el art. 1º que define los delitos y faltas, el art. 3, el delito consumado, frustrado y tentativa, el art. 5 y 6, 6 bis a, y bis b, el artículo 7 también sirve de aplicación.

Las circunstancias eximentes, agravantes y atenuantes, y la que contempla el texto legal respecto del autor cómplice y encubridor, y la responsabilidad civil, tiene aplicación en el ámbito de menores; así como los artículos 23 y 24 del Código Penal, que contemplan los principios de legalidad y retroactividad, en cuanto favorezcan al reo de un delito o falta.

A partir del artículo 27, hasta el artículo 119, donde termina la parte general, que habla de la clasificación de las penas, de la duración y efectos de las penas, remisión condicional, libertad condicional, reducción de penas por el trabajo, costas procesales, rehabilitación; no tienen ninguna aplicación en el ámbito de menores. El Código Penal o punitivo del menor podía prescindir de estas instituciones, ya que la actual Ley de Menores, en su nuevo Código de Menores, al ser las medidas que contemplan las más adecuadas para el menor, y son las que contemplan las legislaciones de nuestro entorno social y cultural.

Con respecto a la parte especial, el Código Penal de Menores podría prescindir de los delitos contra la Seguridad Exterior del Estado y algunos contra la Seguridad Interior de Estado, ya que no se ha dado un caso de que un menor provocase rebelión o sedición; pudiéndose mantener los delitos de atentado, resistencia y desobediencia, blasfemias, desacato, desórdenes públicos, desperfectos en ferrocarriles, tenencia de armas, depósito de éstas y tenencia de explosivos, falsedades, usurpación de funciones, delito de riesgo, tráfico de drogas (en este delito suelen utilizarlos los mayores para el transporte); excluyéndose los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de su cargos e incluyéndose los delitos contra las personas, contra el estado civil de las personas, contra la libertad y seguridad, contra la propiedad, y algunas formas de imprudencia, así como las faltas.

En caso de que se legislase un Código Penal de Menores, debería cambiarse el orden de los títulos, siendo el primero contra la vida, etc., y no como ahora que

se contemplan los delitos contra la libertad y seguridad.

En la Ley Judicial juvenil Alemana, que contiene una regulación penal que responde a lo que se conoce como auténtico Derecho Penal Juvenil, el artículo 3 establece la imputabilidad de los menores. Un menor es penalmente responsable si en el momento del hecho era suficientemente maduro, conforme a su desarrollo moral y mental, para comprender lo injusto del hecho y actuar conforme a esa comprensión. Establece esta Ley además tramos según edades.

Por tanto, el Código Penal de Menores tendría que ampliar la edad a los dieciocho años y de ahí para abajo fijar tramos de edad.

CAPITULO II

ACTUACIÓN DEL MINISTERIO FISCAL

Regulada en la regla segunda del artículo 15 de la Ley Orgánica, queda atribuida al Ministerio Fiscal la tramitación del expediente, lo que supone una *innovación muy importante que aporta la Ley a nuestro sistema procesal*, y que, a su vez, crea una serie de problemas que han de resolverse atendiendo a esa naturaleza que he considerado de carácter mixto de este proceso, en el que priman los valores referentes al interés del menor. Pero como está configurado el proceso, con las garantías del proceso penal, hemos de encontrar necesariamente incongruencias, tanto en cuanto a la articulación de la actuación del Fiscal, como a la del resto de las partes que intervienen en el mismo.

El motivo de atribuir el Fiscal la instrucción, es el de un ensayo; pero no es acertado el motivo legal, ya que la Ley, en su Exposición de Motivos, establece que se encomienda la función de instruir al Ministerio Fiscal para preservar la imparcialidad del juzgador. Nos vamos al diccionario y la expresión preservar significa “guardar, proteger, poner anticipadamente a cubierto de un peligro o daño a una persona o cosa”, y aquí no se tiene que preservar a nadie de la imparcialidad del Juez, pues un Juez no puede ser parcial, y si se quiere, como criterio nuevo, que instruya el Fiscal en vez del Juez, es perfectamente correcto, pero no se puede establecer así en la Exposición de Motivos. Aunque la pretensión del legislador es la imparcialidad objetiva que quien instruya no juzge, lo que se recoge en los pactos internacionales y en la doctrina del Tribunal Constitucional.

La sentencia del Tribunal Constitucional 186/1990, si bien determina claramente la necesidad y relevancia del principio acusatorio, se refiere también al principio inquisitivo, y así en uno de sus fundamentos jurídicos establece: “ el

examen del art. 789.4, a la luz del art. 24 de la Constitución española, ha de llevar también a la siguiente conclusión; en primer lugar, la de que el Juez de Instrucción, en cualquier caso, está siempre obligado a determinar dentro de la fase instructora (haya dirigido o no las diligencias previas) quién será el presunto autor del delito, a fin de citarlo personalmente de comparecencia, comunicarle el hecho punible cuya comisión se le atribuye, ilustrarle de la totalidad de los derechos que integren la defensa (y de modo esencial, de su derecho a la designación de Abogado en los términos de los artículos 788 y 118.4) y tomarle declaración con el objeto de indagar, no sólo dicha participación, sino también permitir que el imputado sea oído por la autoridad judicial y pueda exculparse de los cargos contra él existentes, con independencia de que haya prestado declaración ante otras autoridades que hayan intervenido en el sumario.

En el nuevo procedimiento, diseñado por la Ley Orgánica 4/1992, el Juez se convierte en un convidado de piedra, sin que tan siquiera esté previsto que pueda tomar declaración al menor, incluso antes de acordar, a solicitud del Fiscal, una medida cautelar de internamiento (art. 15.1.5).

La conjugación de la doctrina del Juez legal imparcial y el principio acusatorio de ella derivado, con el principio inquisitivo, podría haberse efectuado de otra forma, teniendo en cuenta, como más arriba se ha expresado, las especialidades propias de la jurisdicción de menores.

El motivo por tanto de atribuir al Fiscal la instrucción es ensayar nuevos modelos, a fin de configurar otro proceso en el que el Fiscal juegue un papel instructor más relevante que el que actualmente le reserva la Ley de Enjuiciamiento. Pero, como decía, esta posición origina una serie de circunstancias que pueden afectar al modo en que se desarrolla y se garantizan los derechos fundamentales y su eventual restricción en este proceso. Vamos a tratar de enunciar algunos de estos problemas.

a) Con respecto al Fiscal:

Tal y como resulta dibujada la figura del Fiscal, se le otorga un difícil papel, casi esquizofrénico, toda vez que del modo en que está redactada la Ley, y con la aplicación a que nos venimos refiriendo de los principios y garantías del proceso penal, tanto para su salvaguarda en su ejercicio como en su restricción.

Asume el fiscal funciones semejantes a las del ejercicio de la acción punitiva (en esa naturaleza compleja educativo-sancionadora); pero, a la vez, como estatutariamente (art. 3.7 de la Ley 50/81) es el representante del menor en juicio y fuera de él, y defensor del mismo en cuanto no alcanza la plena capacidad de obrar, se encuentra en la situación de tener que tramitar el expediente para probar que el menor realiza hechos rechazables por la sociedad y que tienen reproche penal, y por eso, pero no solo por eso, tiene que postular una medida educativa, lo que hace en interés del menor, no solo porque ha investigado los hechos y éstos son reprochables, sino porque los técnicos recomiendan la aplicación de medidas educativas.

Así pues, primero debe de poner en evidencia al menor -hacerle asumir el rol de acusado, algo sin duda poco educativo-, y luego protegerle y aplicar medidas educativas en su interés. Y todo ello aderezado con la recomendación de que debe salvaguardar los derechos del menor, cuya defensa no se le encomienda sólo al Fiscal, aunque sí en su interés, sino que se le encomienda también a la representación letrada, cuya intervención, también en interés del menor, puede ser contradictoria con la que mantiene el Fiscal, lo que origina una compleja relación de situaciones procesales, con la finalidad en todas ellas de actuar sobre un interés jurídicamente

protegido que la Ley se encarga continuamente de resaltar que es el del menor¹.

También al Ministerio Público le incumbe intervenir en aquellos casos en que el menor se halla en situación de desamparo, e incluso de desprotección.

b) Con respecto a la investigación:

Como se ha apuntado, la dirección de la investigación encomendada al Fiscal, trata de salvar el principio de no contaminación del Juez que va a resolver; y por tanto se le encomienda la tramitación de un expediente que va a constituir el fundamento de la posterior audiencia y de la imposición o no de la medida educativa.

El Fiscal realiza la investigación, dirigiéndola y ordenando a la policía judicial (donde haya grupo de menores, a éste), que practique las actuaciones encaminadas a comprobar la participación del menor en los hechos y solicitar del Juzgado la práctica de aquellas diligencias que no pueda practicar por sí mismo.

Es destacable, que la atribución al Fiscal de la investigación es, tal y como está redactado el precepto, la consecuencia natural de ser el defensor de las garantías y derechos, así como de la integridad física y moral del menor. Sin embargo, como ya hemos visto y veremos más, lo que debe de buscar el Fiscal es incriminarle para así poder postular la medida educativa, o alternativamente, dejar acreditada la no participación del menor en los hechos que se le imputan, y todo ello con la presencia antagónica -

¹ PANTOJA ZORRILLA, F.: Ponencia "La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal", Cursos de formación año 1993. Pág. 20.

generalmente- de un letrado que también defiende al menor y tiene como objetivo procesal desincriminarle a toda costa - o no oponerse a su incriminación para también postular una medida educativa - quedando, en todo caso, el menor, en el medio de tan confusa controversia, pero sin duda asumiendo el rol de encausado. Naturalmente que, como ha quedado dicho, la actuación investigadora del Fiscal, también tiene por objeto acreditar su no participación en los hechos reprochables, pero esto no deja de ser sino la otra cara del mismo aspecto de investigación penal, que inevitablemente recae sobre el menor y su delicada configuración madurativa.

Las diligencias que el Fiscal no pueda practicar por sí mismo, han de ser practicadas por el Juzgado a instancias del mismo, o no, según la libre valoración del órgano judicial y sin que ello suponga contaminación instructora, pese a que inevitablemente, el Juez ha de tomar conocimiento de importantes aspectos de la investigación que realiza el Fiscal, para decidir sobre la práctica o no de la actividad probatoria propuesta por éste, así como después sobre su resultado y valoración.

Dichas diligencias son aquellas que supongan restricciones de derechos fundamentales ,y para conocer el alcance de la expresión que utiliza la Ley, podemos recurrir a lo que establece el artículo 5 de la Ley 50/81 al regular las llamadas diligencias informativas del Fiscal, pues establece que las mismas no podrán suponer adopción de medidas cautelares o limitativas de derechos, y conforme a este precepto, que desarrolla, respecto a la actividad del Ministerio Fiscal, lo que establecen los artículos 17 y 18 de la C.E. en cuanto al control jurisdiccional de la limitación de los mismos, en el presente procedimiento cuando el Fiscal lo considere necesario, deberá solicitar siempre del Juez autorización para el internamiento cautelar del menor, - bien que siempre la medida cautelar ha de ser en interés del mismo y atendiendo a sus circunstancias personales y

sociales - o para llevar a cabo una entrada en un domicilio para un registro, o para cualquier otro tipo de injerencia en el ámbito de los derechos reconocidos en los citados artículos de la Constitución. No obstante, los perfiles a veces no están suficientemente determinados, y en algunos casos se plantea algún problema, ya abordado con carácter general como el del reconocimiento en rueda del menor, diligencia que puede llevar a cabo el Fiscal por sí, pero que carecerá entonces de virtualidad en sí misma en el momento de celebración de la audiencia, al no ser reproducible en dicho acto, y debiendo ser valorada como cualquier otro de los indicios que recoja el expediente; caso distinto es el de la diligencia en rueda solicitada por el Fiscal y autorizada y llevada a cabo por el Juez a su presencia, que participa de las características de la prueba anticipada y como tal debe de ser valorada a la hora de dictar la oportuna resolución.

Por último, apuntar en cuanto a éste apartado, la problemática que plantean determinadas actuaciones, exclusivamente en interés del menor, y que surgen en el seno de este procedimiento o de la actividad protectora regulada en los artículos 172 y siguientes del Código Civil, cuando, precisamente, es el interés educativo o a veces incluso sanitario del menor, el que aconseja la restricción de derechos fundamentales, como es el de la libertad, a fin de facilitar incluso la recuperación física del mismo. Desde luego, esta medida, también en el marco de este procedimiento, puede tener un interés que trasciende al mismo y surge el conflicto de si la actuación encaminada a esa restricción de derechos debe pasar por la autorización del órgano jurisdiccional (del orden de menores o civil), o podría bastar la decisión de la representación legal del menor (tutela del artículo 172 del Código Civil), bajo la supervisión del Ministerio Fiscal (artículo 174 del mismo cuerpo legal).

c) Con respecto a la defensa del menor²

Atañe este punto al derecho fundamental reconocido en el artículo 24 de la Constitución, al derecho de defensa, que considerado el proceso penal de menores como un proceso que debe de revestir las garantías del proceso penal, pese a tener una pretensión educativa y no sancionadora - como vengo repitiendo hasta la saciedad - debe ostentar un papel preponderante; si bien, desde el punto de vista de la pretensión educativa, parece que el derecho de defensa se encontraría mejor amparado en el trabajo de los educadores y psicólogos, lo que pone de manifiesto, una vez más, las contradicciones a que da lugar la naturaleza mixta del proceso.

Pues bien, tal y como está configurado en la Ley, la actuación instructora del Fiscal deja en esta fase malparado al derecho de defensa. Como dice el Fiscal Antonio del Moral en brillante exposición, en este procedimiento, se habría reinstaurado la situación originaria de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en orden al ejercicio del derecho de defensa en la fase de instrucción, toda vez que el menor no puede personarse durante la fase de investigación en el expediente, desconociendo qué diligencias y sobre qué versan las que se llevan a cabo, ni existe cauce legal para que la actividad de defensa solicite del Fiscal la práctica de otras diligencias distintas a las que está realizando, ni modo de recurrir una eventual negativa de éste. El derecho de defensa queda diferido al momento de la celebración de la audiencia, y sólo con carácter muy limitado en fases anteriores, y como es el momento de la asistencia al menor detenido, la posibilidad de impugnar la resolución de internamiento cautelar, o la facultativa intervención en la comparecencia, y aún en este último supuesto,

² PANTOJA ZORRILLA, F.: Op. Cit. Pág 23.

la regla séptima del artículo 15 parece obviar la opinión del letrado, al referirse a que “el Juez, oído el Fiscal...”

Vemos pues, que el derecho de defensa puede quedar vulnerado, en esa configuración garantista del proceso penal, si bien no necesariamente en esa otra concepción educativa del mismo, en la que, la asistencia letrada puede originar distorsiones, ya que no siempre suelen, ser compatibles los intereses educativos con los intereses procesales, encaminados a evitar la respuesta judicial en forma de medida, precisamente porque tiene un contenido educativo.

CAPITULO III

El Equipo Técnico de Apoyo y su informe.

Recogido en la regla cuarta del artículo 15, se configura el informe del Equipo Técnico como la pieza fundamental en el procedimiento y, en cierto modo, incidiendo en la medida educativa a imponer en la resolución. Es asimismo un elemento determinante también de la naturaleza del proceso y como tal incide en su consideración.

Pero no deja de plantear algunas cuestiones susceptibles de análisis a la hora de incardinarse en un proceso garantista como el que reclama el Tribunal Constitucional.

La expresada regla cuarta, establece la obligación para el Fiscal instructor de acudir al Equipo Técnico, desde que resulte la imputación al menor de un hecho de los referidos en la regla primera. Y además, define el contenido de dicho informe, que deberá versar sobre la situación psicológica, educativa y familiar del menor, así como sobre su entorno social y, en general, sobre cualquier otra circunstancia que pueda haber influido en el hecho que se le atribuye. No cabe pues intervención instructora alguna, toda vez que la Ley define expresamente su contenido, sin que quepa al Fiscal otra cosa que pedir aclaraciones sobre los conceptos que la Ley ha prefijado. No obstante son dos, fundamentalmente, los aspectos controvertidos en cuanto a ese informe:

a) su naturaleza jurídica:

No se trata de un informe pericial, tal y como se regula éste en los artículos 456 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, toda vez que no puede considerarse un medio de prueba que pueda ser acordada de oficio por el Juez o instado por las partes. Se trata en este caso de un requisito legal que conforma el procedimiento y que una vez elaborado y puesto a disposición del Fiscal, éste debe remitir inmediatamente al Juez de Menores, para llevar a cabo la comparecencia del menor ante aquél, momento procesal éste al que debe acudir, igualmente el representante del Equipo Técnico que redactó el informe.

El informe del Equipo Técnico es un requisito del procedimiento, sin el cual no se puede seguir adelante su tramitación, y si bien no puede afirmarse que sea determinante de la postulación del Fiscal o de la resolución del Juez, si consideramos que la medida a imponer, o incluso la terminación de las actuaciones en interés del menor, han de fundamentarse en su personalidad, situación social, necesidades y circunstancias de su entorno familiar y social (artículo 16.1), debemos concluir que no se puede resolver, ni por el Fiscal concluyendo el procedimiento sin medida, ni por el Juez con imposición de una medida, sin atender al informe técnico, y siendo muy dudoso, a mi juicio, que pueda resolverse contradiciendo al mismo.

Sentado que no tiene naturaleza de prueba, y que se constituye en un requisito sin el que el proceso adolece de nulidad, cabe extender esta consideración, a la posibilidad de ejercer el derecho de defensa con respecto a los informes técnicos.

Pese que la circular de la Fiscalía General del Estado, que establece los criterios de actuación el Ministerio Público, interpreta que no cabe otro informe que el elaborado por el Equipo Técnico de Apoyo competente para el mismo; creo, por el contrario, que en el proceso sí caben otros informes técnicos, aunque la naturaleza jurídica de estos si podría tener la consideración de prueba pericial, solicitada por la partes intervinientes en el proceso. Unos, aportados a través del expediente del Fiscal, como en la práctica sucede en las aportaciones que llevan a cabo los colectivos que trabajan con los menores en los barrios, etc. Y que para el Fiscal suelen ser extraordinariamente importantes al aportar datos para la postulación de la medida; y, otros, también los que la representación de los menores puede llevar a la audiencia, valorando aspectos técnicos diferentes a los que expone el equipo de apoyo, incluso contradictorio con éste, lo que originará un debate no jurídico sobre la eventual medida a aplicar y que,, sin duda, será ilustrativo para los juristas que operan en el procedimiento.

La naturaleza del Equipo Técnico, es un auxiliar Técnico del Fiscal, asesorando a los juzgados, emitiendo datos que aporten su conocimiento del menor y su medio (genotipo y fenotipo), siendo dichos informes imprescindibles para enjuiciar al menor e incluso acusarle.

b) Efectos del informe técnico.

Al repasar su naturaleza jurídica, hemos advertido de su trascendencia, que cabe resaltar si atendemos que siempre que se adopte alguna resolución, ésta es en interés del menor y valorando sus circunstancias personales y sociales. Y también que la ausencia de informe técnico hace inviable el proceso.

Ahora bien, su inexcusable realización comporta algunas

limitaciones a derechos fundamentales y como tal susceptibles de estudio.

En primer lugar, cabe analizar la negativa del menor a colaborar con el Equipo Técnico en la realización del informe.

Es indudable, desde luego, que el informe técnico quedará incompleto, e inexacto, si no colabora el menor, por más que la propia negativa a colaborar si es completada por otros elementos extraídos de su entorno familiar y social, escolar, etc., puedan aportar datos significativos sobre el mismo. Pero en, todo caso, la propia conducta del menor, ¿en qué modo puede valorarse?. Dejando a un lado el obsoleto precepto del art. 380 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que en todo caso sería antecedente a este informe, creemos que la exploración psicológica del menor, supone una entrada en su intimidad, y que la misma está autorizada por la regla 4ª del art. 15 (con rango de ley ordinaria, quizá debería ser orgánica), con lo que no es ilegítima, y tampoco se vulneran los derechos a guardar silencio, pues no se requiere una conducta activa del menor y además esta interpretación está en la línea apuntada por la Sentencia del Tribunal Constitucional 203/85, que refiriéndose a la detección de la alcoholemia, pero entendiendo una doctrina aplicable, dice que “no puede considerarse contrario al derecho al no declararse culpable, pues no se obliga al ... (imputado) ... a emitir una declaración que exteriorice un contenido, admitiendo su culpabilidad, sino a tolerar que se le haga objeto de una especial modalidad de pericia, exigiéndole una colaboración no equiparable a la declaración comprendida en el ámbito de los derechos de los artículos 17 y 24.2 de la Constitución Española”. Como en este supuesto, se trata de una suerte de pericia inserta en el procedimiento, con la finalidad del interés del menor, amparada por la ley, y en consecuencia respetuosa con los derechos en cuestión, aunque, evidentemente, limitativa de los mismos.

El menor, puede negar su colaboración, más ¿cabe su negativa a comparecer ante el Equipo Técnico ?.

La remisión a la Ley de Enjuiciamiento Criminal (disposición adicional 2ª) nos permite acudir a lo que establecen sus artículos 486 y siguientes, pues el menor ha de ser oído tanto en la instrucción por el Fiscal, como, por imperativo legal, por el Equipo Técnico y por lo tanto aplicar lo dispuesto en el artículo 487, pudiendo ordenar el Fiscal a la Policía Judicial la detención del menor y su presentación al Equipo Técnico (artículos 4.5 y 5º de la Ley 50/81) a los efectos de informe y siendo reintegrado posteriormente el menor a su representación legal o entidad pública de protección. Debemos añadir, que una interpretación en conjunto de la ley reguladora, nos debe hacer prevalecer el interés del menor a la hora de acordar o no su detención, y en consecuencia la decisión del Fiscal deberá estar basada en un previo informe del Equipo Técnico que no desaconseje tal medida a la vista de los datos que por entonces ya obren en el expediente y también por el principio de proporcionalidad ante la gravedad y naturaleza de los hechos imputados. En todo caso se respeta el art. 17.2 de la C.E.

c) Otros efectos para terceros.

El informe del Equipo Técnico debe hacer referencia entre los demás aspectos, a la situación familiar del menor, así como a su entorno social.

Supone esto, por lo tanto, que los técnicos deben conocer y valorar a la familia del menor, y el medio social en que el menor se desarrolla. Y para ello, en múltiples casos, debe llevarse a cabo una entrevista sobre aspectos íntimos de la familia, analizando su estructura y comportamiento

de sus miembros. Y no queda ahí la investigación técnica, sino que debe conocerse el delicado e íntimo mundo de relaciones sociales del menor y su familia. Es decir la expresada pericia no sólo alcanza al menor imputado, sino a otros miembros de su familia en el seno de la misma, y en el entorno social en que se desenvuelve, y sin olvidar que estas personas ni son imputados ni testigos, ni perjudicados por los medios imputados al menor. Así pues se produce una intromisión en su intimidad, en aras del interés del menor pero, no lo olvidemos, en el marco de un proceso, también sancionador y al que debe atribuirse las garantías del proceso penal.

El artículo 18.1 de la Constitución, garantiza el derecho a la intimidad familiar y personal, y en su redacción constitucional, no tiene previstos los mecanismos de restricción, que por lo tanto requieren de la previsión legislativa a que se refiere el artículo 53.1 de la propia Constitución. Esta previsión legislativa se ha plasmado, básicamente, en la Ley Orgánica 1/82 de 5 de mayo, que en su artículo 8 establece que no se reputarán intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por la autoridad competente de acuerdo con la Ley. Y así ocurre, cuando la ley orgánica reguladora establece en el tan repetido artículo 15 regla 4ª el requerimiento del Fiscal al Equipo Técnico y fija el contenido del informe, que de este modo no puede reputarse nunca como invasor ilegítimo de la intimidad de aquellos a los que se va a referir, ya que no existen derechos absolutos, y que cede ante intereses superiores, uno de ellos es la averiguación y castigo del delito y su reparación.

Sentada la legitimidad del informe, cabe analizar la situación en que se encuentran las personas sobre las que necesariamente ha de versar, para determinar la situación del menor a los efectos del procedimiento.

Los padres o representantes legales, en ningún caso son testigos,

desconociendo los hechos imputados y en ningún caso además les es exigible la responsabilidad civil en este procedimiento. Su concurrencia a la llamada del Equipo Técnico lo es en calidad de padres o representantes legales del menor, y, en concreto, por tratarse de las personas que conviven con el menor y que son los responsables de su guarda. Tanto en el caso de los padres, como del tutor (tanto de la tutela de los artículos 222 y ss., como del artículo 172) están obligados a educarles y procurarles una formación integral (artículos 154.1 y 269.2 del Código Civil), por lo tanto es evidente su obligación civil a contribuir a la aplicación de medidas educativas al menor, que contribuyan a formarle integralmente.

Por otra parte, la citación para comparecer ante el Equipo Técnico se hace a requerimiento del Fiscal (regla 4ª del artículo 15 expresada) y, por aplicación supletoria de lo que establece la Ley de Enjuiciamiento Criminal en sus artículos 785 bis. 2 y 410, los citados deben concurrir al llamamiento para que declaren sobre lo que les fuera preguntado. Naturalmente no se trata de una declaración en calidad de testigos, como se ha dicho, que es a lo que literalmente responde el precepto, pero se trata de una declaración sobre las circunstancias del menor, valorables en el proceso y que contribuyen a determinar la medida a imponer cumpliendo la pretensión procesal.

Queda, pues, clara a nuestro juicio la obligación de comparecer a los llamados a presencia del Equipo Técnico por las razones expuestas. Y cabe, también la respuesta sancionadora del artículo 237 del Código Penal que, en todo caso debe darse con proporcionalidad y valorando el interés del menor, de tal modo, que esta medida contribuya a la pretensión procesal y no se convierta en un obstáculo de la misma.

CAPITULO IV

LAS MEDIDAS CAUTELARES EN INTERÉS DEL MENOR

La regla 5ª del art. 15 establece el criterio para la adopción de las medidas cautelares en relación con los menores a que se refiere la ley, es decir, a los menores infractores.

Dichas medidas deben ser solicitadas por el Fiscal, por lo que quedan al criterio del Ministerio Público, en ejercicio de sus funciones tuitivas, el proponerlas, siendo el Juez quien ha de acordarlas o no.

Estas medidas tienen dos características a los efectos que nos ocupan estas reflexiones:

a) Suponen una restricción a los derechos de los menores y de otras personas.

b) Se adoptan en consideración al interés del menor, y para la protección del menor y custodia del mismo.

Es decir, debe tener su fundamento en consideraciones relativas a su interés, que debe valorarse desde el punto de vista técnico educativo, pues otro interés a considerar lo debería ser desde el punto de vista del menor en no ver restringidos sus derechos del art. 17, y que en este caso sí pueden ser limitados por su interés en función de los derechos del art. 27 también de la C.E.

Por último, cabe otra clasificación en función de las medidas a adoptar, y

que puede expresarse:

a) Internamiento en centro cerrado, que deberá contemplar, además del interés del menor y de sus circunstancias personales y sociales, dos consideraciones ajenas al menor; de una parte la gravedad de los hechos y de la otra la repercusión social de los mismos. Ambas valoraciones de similar naturaleza a las expresadas en el art. 503 para la adopción de la prisión provisional.

b) Otras medidas, no sujetas a las indicadas valoraciones.

Así pues, dichas medidas son restrictivas de derechos para el menor y otras personas, y se fundamentan en el interés jurídicamente protegido en este procedimiento.

Restringen, pues, el derecho del menor reconocido en el art. 17 de la Constitución, pues el Juez, a petición del Fiscal, puede limitar la libertad del menor, no sólo a través del internamiento en el centro cerrado, sino adoptando otras decisiones que pueden consistir tanto en obligaciones de hacer como de no hacer, y que sin duda afectan a la esfera de decisión del menor. Pero no sólo a la esfera de decisión del menor, como se dice. La adopción de cualquier medida por el Juez que encuentran su fundamento en el precitado art. 15 regla 5ª y en las normas de Derecho internacional, como en el art. 40.4 de la Convención de los Derechos del Niño, ya citada al comienzo, limitan los derechos y condicionan las obligaciones que el art. 154.1 del Código Civil establece para los padres, y el 269 para los tutores.

Del estudio de la regla 5ª que comentamos, se desprende inequívocamente que la medida cautelar se adopta en interés del menor, y este interés está en la línea que venimos comentando, es decir, el interés de propiciar en el menor el pleno desarrollo de su personalidad, y el enseñarle el respeto a los principios

democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales, o dicho de otro modo, el interés amparado por el art. 27 de la Constitución, teniendo siempre en cuenta sus circunstancias personales y sociales.

Se hace, pues, imprescindible, a nuestro juicio, que la petición del Fiscal y la resolución judicial por la que se impone la medida cautelar restrictiva de los derechos, vaya acompañada del informe técnico, que considerando las circunstancias personales y sociales del menor, justifique la limitación de los derechos que lleva implícita la medida, con la exposición de cómo el interés del menor resulta beneficiado con la misma.

Entendemos pues, que toda limitación de derechos impuesta por la medida cautelar, debe basarse en la correlativa contribución al interés del menor en el sentido expuesto o, dicho de otro modo, sólo puede ceder el derecho fundamental limitado, ante la presencia de otro derecho fundamental, susceptible de protección, así como los derechos particulares de padres o tutores igualmente valorados en el informe técnico base de la postulación y posterior resolución.

Una consideración diferente hace la ley, como ya hemos dicho, al contemplar la medida de internamiento en centro cerrado. En primer lugar, cabe considerar que la ley parece aplicar una mayor intensidad en la restricción de derechos que supone esta medida, por lo que adopta otras cautelas, como su limitación en el tiempo, o el nombramiento de letrado desde que se adopta. Sin duda, se trata de la aplicación de la garantía del proceso penal al presente, tal y como exige el Tribunal Constitucional (por lo que nos remitimos a lo ya dicho al principio) como a las exigencias de los Convenios Internacionales (art. 40.2.B. de la C.D.N., también citada, etc.). Sin embargo, cabe entender que esta especial valoración del internamiento en centro cerrado a que se refiere esta regla nace, no tanto de lo expuesto, sino porque, por única vez a lo largo de toda la ley, se obliga al Fiscal y al Juez, a realizar una valoración que se sale del ámbito del menor

y de su interés o del análisis del hecho cometido. En efecto, es en este caso, en que la ley adopta una posición similar a la del derecho penal ordinario, claramente sancionadora y retributiva, de prevención general, pues hace que la referencia a la medida lo sea también en función de la “repercusión” de los hechos, es decir, se configura como una medida cautelar, que además mira a la sociedad y ofrece a ésta una respuesta inmediata al hecho cometido a modo de vindicación por su comisión. Pero, tampoco hay duda en que la gravedad de los hechos y su repercusión han de contemplarse junto a las circunstancias personales y sociales del menor - como la propia redacción del párrafo expresa en la conjunción copulativa “y” - y con el principio informante a lo largo de toda la ley, que es el interés del menor.

La determinación del tiempo de duración del internamiento provisional del menor que ha cometido un hecho delictivo, que será en principio de un mes, si bien el Juez puede prorrogarlo razonadamente (art. 15.1.5). Conforme al tenor del precepto, la medida puede ser ratificada o dejada sin efecto antes del transcurso de un mes desde que fue acordada. Desde que se acuerde el internamiento, se nombrará al menor Abogado que le defienda, si no lo designan sus representantes legales. Al menor se le instruirá de los derechos que se reconocen a todo detenido en el art. 520.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; debiendo intervenir su defensa incluso en el trámite en que el expediente no se haya remitido al Juez de Menores , por lo que el Ministerio Fiscal, a tales efectos, notificará la detención al Colegio de Abogados. A partir de la detención puede el menor promover un procedimiento de “*Habeas Corpus*” instado por su representación o por el Ministerio Fiscal. No existen dificultades durante la detención policial. Si ya ha pasado a disposición del Fiscal, la situación es paradójica, pues el Fiscal a cuya disposición se encuentre el menor es quién ha de informar en el procedimiento promovido. No obstante, si se considera el escaso tiempo que en principio ha de transcurrir desde que el menor pasa a disposición del Fiscal, hasta que se resuelva sobre su situación, no es fácil que tenga lugar esta incidencia.

La solicitud de internamiento provisional habrá de ir acompañada de una copia de las actuaciones, a fin de que el Juez pueda valorar con precisión las circunstancias en que se funda la detención.

Para acordarse por el Juez, el internamiento provisional, habrá el Juez de convocar a una audiencia, donde oirá tanto las razones expuestas por el Fiscal como por la defensa, asimismo practicará si lo estima conveniente las pruebas que propagan ambas partes, tal y como prescribe el art. 504 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Es muy importante, al objeto de este estudio, la sentencia del Tribunal Constitucional en el recurso de amparo nº 2515/90, cuyos fundamentos jurídicos dicen:

“1. El objeto de este proceso es la decisión de una Juez de Menores donde se decreta el internamiento provisional durante un mes de un adolescente dentro del procedimiento correctivo y reformador, cuya nulidad se pretende por haber desconocido derechos fundamentales albergados en los arts. 10, 17 y 24 de la Constitución. Una primera delimitación del espacio procesal en el que hemos de movernos necesariamente, impone como primera medida la exclusión “a *limine*” de la sedicente infracción del art. 10.2 C.E. donde no se contiene ningún derecho concreto, si bien se haga una invocación genérica a todos en el principio de su segundo párrafo. Ahora bien, la protección más intensa, con un cauce procesal “ad hoc” en la vía judicial, más el recurso de amparo constitucional, está previsto tan sólo para los derechos y libertades comprendidos en la Sección 1ª, Capítulo 2º del Título I, junto al principio de igualdad y de objeción de conciencia (SSTC 123/1992 y 165/1993; ATC 14 Junio 1993, recurso de amparo 128/93), quedando extramuros los demás, según indican los arts. 53.2 y 161.1.b) C.E. En suma, desde una perspectiva formal, la pretensión cuyo fundamento inmediato es el antedicho

art. 10.2 no resulta aquí viable con carácter autónomo, aun cuando por ser denominador común de todos los derechos fundamentales, contribuyendo a su configuración y ayudando a su entendimiento, habrá de ser tenido en cuenta para valorar aspectos específicos del Auto impugnado, a la luz de la libertad personal y de la efectiva tutela judicial, cobertura y respaldo del amparo que se nos pide.

2. Una vez acotado así, por vía negativa, el ámbito de tal pretensión, conviene abordar primero la tutela judicial cuya efectividad se dice menoscabada por haberse producido indefensión. No hay tal, según se verá en seguida. Como premisa del razonamiento no estará de más insistir en que los Jueces de Menores forman parte del Poder Judicial, con todo lo que ello implica, como titulares de órganos jurisdiccionales ordinarios pero especializados y los procedimientos utilizados para el cumplimiento de su función son auténticos procesos, tanto si tienen por finalidad la protección del menor como si se dirigen a su corrección o reforma (SSTC 7/1990 y 36/1991; AATC 473/1987 y 952/1988), aun cuando no sean procesos penales. En consecuencia, les son exigibles cuantas garantías establece la Constitución no sólo en el artículo 24 sino con otros con él relacionados. En el caso que ahora se enuncia desde esta perspectiva constitucional, la actuación judicial presenta una característica infrecuente, ya que se produjo por su fecha dentro del marco del art. 15 del texto Refundido de la legislación sobre Tribunales Titulares de Menores, aprobado en 1948 y vigente a la sazón, cuya inconstitucionalidad sobrevenida declaró nuestra Sentencia 36/1991, sirviendo de factor desencadenante de la reforma urgente y parcial operada por la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, donde subsisten, aun cuando modificados, los arts. 9, 15, 16, 17 y 23 de la antigua Ley, que pasa a llamarse Reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores.

Ahora bien, la circunstancia de que la norma legal que sirvió de cobertura a la decisión judicial controvertida fuera expulsada después del ordenamiento jurídico, no invalida por sí misma las actuaciones practicadas a su amparo, si por

otra parte se repara en que la tacha que se les opone es una eventual indefensión del menor por dos motivos distintos. Uno, el quebrantamiento del principio acusatorio por haber asumido tal función la Juez de Menores, alegato inexacto. Aun cuando tal principio no sea incompatible con la incoación del procedimiento por iniciativa del Juez y su intervención en otras fases de la tramitación, es por otra parte evidente que el principio acusatorio, cuyo asiento propio es el proceso penal, no tiene la misma intensidad en el procedimiento de corrección o reforma de menores para la adopción de medidas provisionales más cercanas a lo cautelar que a lo punitivo, sin olvidar que en este caso el factor desencadenante de la actuación tutelar fue obra de la Policía judicial, cuyos atestados - con su función característica de denuncia - encabezan el expediente.

El otro motivo no deja de ofrecer una cierta incongruencia en relación con lo dicho en el párrafo anterior, pues al Fiscal se le pide a la vez que acuse y que defienda, reprochándole su ausencia y no haber actuado en la representación y defensa del entonces menor. Es cierto que el Estatuto orgánico del Ministerio Público establece, como una de sus atribuciones, la representación y defensa en juicio de quienes no pueden actuar por si mismos, por carecer de capacidad de obrar (art. 3.7), norma aplicable en todos los órdenes jurisdiccionales, no sólo en este tan especial y cuya lectura atenta revela nitidamente que tal previsión no podía entrar en juego en este caso. Efectivamente, la guarda y custodia de hecho del adolescente y hoy adulto protagonista del procedimiento correccional le fueron confiadas judicialmente a un psicólogo y educador que asistió a la comparecencia celebrada el 22 de febrero de 1990 con un Abogado en ejercicio a quien se le había encargado el patrocinio jurídico. Esto nos lleva de la mano al concepto de indefensión, que no es una abstracción ni por ello puede ser producida directamente por las normas procesales sino por obra de una realidad concreta y actual, no potencial.

Vista desde tal perspectiva, ya quedó dicho más arriba que la indefinición al

respecto del art. 15 del Texto Refundido no resulta suficiente. Su texto excesivamente genérico, donde no se perfilaban derechos ni garantías, confiando en el arbitrio judicial no sólo para lo sustantivo sino para lo procesal, permitió paradójicamente, por esa misma flexibilidad, incorporar las exigencias constitucionales felizmente sobrevenidas. En tal sentido, la actuación de la Juez de Menores bien puede ser calificada de paradigmática o ejemplar. No sólo tuvo en cuenta los cinco atestados policiales, en su doble función de denuncia para la apertura del procedimiento y elementos de juicio (medios probatorios), con algún otro testimonio, sino que oyó al imputado, adolescente entonces, a punto de cumplir dieciséis años, en presencia de su guardador de hecho y educador, así como de su Abogado. Es siempre posible discrepar de la decisión de internarlo por inadecuada, decisión opinable, pero no lo es achacar indefensión a la forma de proceder por no haber sido citado el Fiscal, cuya intervención tuitiva tiene carácter subsidiario, a falta de otra voluntaria o dativa, si por otra parte se observa que fue parte en la apelación, solicitando precisamente la revocación del Auto impugnado aquí y ahora, aun cuando fuera con la finalidad de acumular en uno sólo los varios procedimientos pendientes donde aparecía involucrado el mismo menor. No está de más subrayar que la comparecencia judicial se ajustó a los principios y respetó las garantías establecidas en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño que lleva fecha de 20 de noviembre de 1989 y fue ratificada el 30 de noviembre de 1990, (art. 40.2 b) , conocida pero no vigente todavía en aquel momento, como también se ajusta a las llamadas “reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores” o “reglas de Beijing” (arts. 14 y 15) aprobadas por la Asamblea general el 29 de noviembre de 1985. Es claro que las normas de Derecho interno, en lo que aquí atañe, fueron interpretadas por la Juez de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales sobre la materia, ratificados por España, según manda el art. 10 de la Constitución. Carece pues de consistencia, desde esta doble perspectiva, la queja respecto de una deficiente tutela judicial, que se prestó en este caso sin tacha alguna

3. La libertad como valor inspira la entera concepción constitucional desde su pórtico, donde se invoca como el primero y principal de los pilares del sistema (art. 1 C.E.). Este principio se despliega en un abanico de manifestaciones fenoménicas, libertades concretas configuradas como derechos fundamentales, entre las cuales se encuentra la libertad personal, soporte de las demás (art. 17). A ella se acoge la demanda de amparo que en definitiva achaca al Auto impugnado una desviación de lo que debería ser su finalidad, por haber hecho prevalecer la función represiva sobre la rehabilitadora, propia de las medidas utilizables por la jurisdicción de menores apellidada de antiguo “tutelar”. En un planteamiento objetivo del problema conviene recordar, una vez más, que no existen derechos o libertades absolutos. Unos y otras se mueven siempre dentro de un perímetro cuyos límites conforman los demás derechos y el derecho de los demás, así como el interés general y, en suma, las normas penales. Tal es el trasfondo que está latente en la prohibición constitucional de cualquier privación de libertad, salvo que se haga en los casos y en la forma previstos en la ley, leyes de enjuiciamiento del orden judicial penal común y del militar, ley también de su equivalente jurisdiccional en el caso de los delitos cometidos por menores. El Texto Refundido que regía tal sector en el momento de dictarse el Auto ahora en tela de juicio contemplaba la posibilidad de utilizar la prisión o internamiento del menor, con carácter cautelar pero también con una función correctiva, en el procedimiento específico así denominado al tiempo que reformador (art. 17. A).

Esta medida ha sido mantenida por la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, (art. 17.7ª), que le ha dotado del rango exigible a las normas dictadas para el desarrollo de derechos fundamentales (art. 81 C.E.) aun cuando no lo sea de aquellas vigentes antes de la Constitución, si se acomodan al sistema de producción normativa vigente en su época. La llamada “prisión preventiva” está contemplada en las Reglas mínimas de Beijing, si bien como “último recurso y durante el plazo más breve posible” y siempre que no fuere viable adoptar otras medidas

sustitutorias (13. 1 y 2) para evitar “influencias corruptoras” en la expresión del “comentario” adicional. Por su parte, también la Convención de los Derechos del Niño permite el internamiento en instituciones (art. 40.4). Las leyes españolas y los acuerdos internacionales que han de servir para su interpretación o mejor comprensión, contemplan, pues, la posibilidad de la privación de la libertad personal de los menores a quienes se impute la comisión de hechos tipificados como delitos en los respectivos Códigos penales. Estos son los casos y la forma no puede ser otra que una resolución judicial adoptada en el procedimiento *ad hoc*.

Ahora bien, tanto las Reglas antedichas (17.1 a)) como la Convención sobre los Derechos del Niño, más atrás citada (art. 40.4) exigen que la prisión preventiva guarde la necesaria proporcionalidad con las circunstancias personales del menor y con la infracción que se le imputa, sin olvidar las necesidades de la sociedad o interés general, elementos a tener en cuenta igualmente según el Texto Refundido (art. 16). Aquí esta el *quid* de la cuestión, pues en esa ponderación de circunstancias así como en la medida del destinatario, va de suyo también la finalidad objetiva. Una lectura mesurada del expediente refleja que la decisión judicial controvertida fue la respuesta a la participación del menor, ya adolescente y a punto de alcanzar la mayoría de edad penal, pero dentro aun de la franja de imputabilidad atenuada, en una serie de delitos contra la propiedad, denunciados en cinco atestados policiales, cuatro de la Comisaría de Parla y uno del Puesto de la Guardia Civil en Griñón. La prisión cautelar por un mes aparece, pues, con talante subsidiario, una vez fracasadas las medidas sustitutorias y entre ellas la loable asistencia del educador, siendo además de corta duración, como se recomienda en el Convenio. Por otra parte, tampoco se aparta de la orientación protectora principal, que coexiste necesariamente con algún aspecto represivo o correccional, sancionador en suma, porque todo método pedagógico incluye también el castigo de las conductas negativas. Lo dicho hasta aquí pone de manifiesto que la privación de la libertad en el caso que nos ocupa se produjo con respecto a la legislación sobre la materia y a las normas supranacionales, sin menoscabo alguno

del derecho fundamental invocado. En efecto, la limitación que implicaba fue obra de una decisión judicial adoptada en atención a las circunstancias concurrentes en íntima relación con la función tuitiva y reformadora atribuida por el ordenamiento jurídico a los Jueces de Menores (SSTC 71/1990 y 36/1991; AATC 473/1986 y 952/1988).

Comentario de la Sentencia.

La Sala fundamenta que el objeto de este proceso, es la decisión de una Juez de Menores, donde se decreta el internamiento provisional durante un mes de un adolescente, dentro del procedimiento correctivo y reformado, cuya nulidad se pretende, por haber desconocido derechos fundamentales albergados en los arts. 10,17 y 24 de la Constitución.

El fundamento jurídico 3º dice en un planteamiento objetivo del problema conviene recordar que no existen derechos y libertades absolutos, unos y otros se mueven dentro de un parámetro cuyos límites conforman los demás derechos; haciendo alusión concretamente a la medida cautelar como es el internamiento provisional, señala la sentencia, que esta tampoco se aparta de la orientación protectora principal que coexiste necesariamente con algún aspecto represivo o correccional, sancionador en suma, porque todo método pedagógico incluye también el castigo de las conductas negativas.

CAPITULO V

LA FASE DE COMPARECENCIA

Una vez recibido el informe del Equipo Técnico por el Ministerio Fiscal, este lo remitirá inmediatamente al Juez de Menores (regla 6ª, párrafo primero), acompañando al mismo copia de las actuaciones. Pudiendo el Ministerio Fiscal, dar por concluida la tramitación de las actuaciones o solicitar la celebración de comparecencia.

A. Conclusión de las actuaciones sin comparecencia y sin adopción de medidas y posterior archivo.

El Juez, a propuesta del Fiscal, podrá dar por concluida la tramitación de todas las actuaciones atendiendo a la poca gravedad de los hechos, a las condiciones o circunstancias del menor, a que no hubiese empleado violencia o intimidación o que el menor haya reparado o se comprometa a reparar el daño causado a la víctima. Así lo establece el párrafo segundo de la regla sexta.

El mencionado precepto no es claro. No lo es por el número de causas que van a determinar el archivo, ni sobre el significado de algunas de las mismas.

Entre las causas que determinan el archivo, es el no haberse empleado violencia o intimidación, por lo que cuando intervengan violencia o intimidación, no procederá nunca a el archivo, y en los caso en que no intervenga violencia o intimidación no determinan *ex re* o automáticamente el archivo, porque se trata de una respuesta que se adoptará discrecionalmente, ya que el precepto determina que el Juez a propuesta del Fiscal podrá,... etc.

La gravedad de los hechos impedirá el archivo del expediente, o sea que únicamente se aplicará la medida cuando los hechos no sean graves. Además, exige el precepto que el menor haya reparado o se comprometa a reparar el daño causado a la víctima. Se entiende por reparación, un compromiso sobre la misma y ha de ser una reparación de naturaleza extrapatrimonial, especie de conciliación, mediación o arrepentimiento. El menor, sin necesidad de asistencia representativa asume una conducta que ha sido rechazada por la sociedad, y manifiestan su voluntad de corregir los efectos de los hechos realizados que la sociedad rechaza.

La regla 6ª en su párrafo segundo, parte de hechos acreditados suficientemente, pero a pesar de tal taxatividad, el archivo puede proceder por otros motivos, comunes o generales. No estar lo hechos bien justificados, haberse desvirtuado la imputación, no impiden que se elimine la comparecencia, solicitando el Fiscal el archivo por alguna de estas dos circunstancias.

Es posible el archivo provisional, cuando no resultan los hechos lo suficientemente acreditados. Será definitivo en todos los casos, cuando el hecho típico esté justificado, pero concurren las circunstancias requeridas en la regla 6ª, párrafo segundo. No en el supuesto de incumplimiento del compromiso de reparación, pues si este mismo incumplimiento determina la revocación de la suspensión del fallo, en esta fase su efecto será la reapertura del expediente.

Una vez iniciado el expediente, quien acuerda la decisión de archivar es el Juez, aunque puede ser solicitada, tanto por el Ministerio Fiscal como por la defensa. Si no está iniciado el expediente, el Fiscal será quien archive sin más trámites los atestados, denuncias o testimonios que reciba cuando de su contenido no se puedan inferir motivos suficientes para incoar un expediente. Tales supuestos serán los siguientes; hecho no delictivo, sujeto menor de doce años, sujeto mayor de dieciséis años, sujeto desconocido. La forma que adoptará la decisión del Fiscal se denominará decreto o simplemente acuerdo, habiéndose de motivar la decisión

Contra esta decisión no se dará recurso alguno, pudiéndose reaperturar las actuaciones, si aparecen nuevos elementos de juicio que aconsejen ampliar la investigación de los hechos.

El Juez o Fiscal en caso de archivo, según la fase del procedimiento, en caso de acordar el archivo, se habrá de notificar además de a las partes, en caso de que este iniciado el procedimiento, al perjudicado en la forma prevista en la Ley Orgánica del Poder Judicial y en caso de no estar iniciado el expediente, cuando lo acuerde el Fiscal, lo hará también en la forma dicha y se notificará al perjudicado.

El archivo se hará a propuesta del Fiscal o del Abogado del menor, y también puede acordarlo el Juez de oficio, motivándolo, siendo recurrible dicha decisión, y en caso de que se solicite el archivo por el Fiscal y el Juez esté en desacuerdo con tal decisión, podrá enviar el expediente al superior jerárquico del Fiscal de modo análogo a lo prevenido en el art. 644 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

B. La comparecencia del menor ante el juez; formas de terminación del expediente

Si no se produce el archivo, establece la regla 6ª en su párrafo tercero, que, el Juez de Menores señalará fecha y hora para una comparecencia, que se celebrará dentro de los siete días siguientes, concluyendo el expediente con la terminación o celebración de la comparecencia. Pero también es posible que tras la celebración, el Ministerio Fiscal proponga la continuación del expediente si los hechos o circunstancias del hecho supuestamente cometido no quedan esclarecidos (regla 7ª, párrafo segundo).

A la celebración de la comparecencia que puede concluir el expediente se dedican los párrafos 3º, 4º y 5º de la regla 6ª, y especialmente el párrafo primero de la regla 7ª, que establece las resoluciones que pueden adoptarse, y que son las siguientes:

- Amonestación del menor.
- Sobreseimiento motivado de lo actuado.
- Remisión del menor a las instituciones administrativas correspondientes para la adopción de medidas educativas y formativas si los hechos imputados no revisten especial trascendencia.
- Remisión al Juez competente cuando estime que no le corresponde el conocimiento del asunto.

Cuando no termine de alguna de las formas que prevé el mencionado precepto, continuará el expediente formalizándose el escrito de alegaciones.

La comparecencia del menor es necesaria en todos los casos y no sólo en los que se estime que el expediente puede finalizar con una amonestación , que se

podrá ejecutar en la misma comparecencia. El legislador ha querido que antes de decidir sobre la apertura de la audiencia, se haya oído al menos una vez al menor. Tal acto viene a ser paralelo en sus efectos al denominado juicio de acusación de países de nuestro entorno cultural, o de la imputación que se realiza en el procedimiento abreviado mediante la declaración del denunciado (Sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de Noviembre de 1990).

Siendo esta comparecencia, al parecer del que esto escribe, innecesaria ya que se podía haber evitado este trámite, pues en el acto de la audiencia había que oír en primer lugar al menor, y ello evitaría un traslado innecesario del menor y padres al órgano judicial, pues tiene que ir muchas veces al Juzgado, ya que además de a esta comparecencia ha de acudir al Equipo Técnico, al Fiscal, a la Policía, al acto de la audiencia, con el consiguiente perjuicio económico que ello conlleva, pérdida de trabajo esos días para los padres, traslados con su consiguiente coste económico, ya que la sede del Juzgado y de Fiscalía se hallan en las capitales de provincia, pérdida o inasistencias de todos esos días del menor al colegio, etc. Por lo que si se hubiese evitado esa comparecencia o se hubiese realizado el mismo día que la audiencia, una de esas necesarias presencias se hubiesen evitado, y hubiese supuesto ello una mayor celeridad del procedimiento.

No es necesaria la presencia del Abogado, salvo que ya lo tenga designado si está internado provisionalmente (regla 5ª, inciso último), en cuyo caso su presencia es obligatoria. En todos los demás supuestos no es imprescindible la presencia del letrado, pero al notificársele al menor y a sus padres o representantes legales la celebración de la comparecencia, se les advertirá en la citación que pueden designar Abogado para que les asista, en caso de que no comparezca se tendrá que suspender la Comparecencia teniendo que volver a celebrarse nuevamente, por lo que para evitar la suspensión de este trámite, se le advertirá en la citación que en caso que desee le nombren Abogado lo comunique con antelación a la fecha del señalamiento, para que se le designe por el Colegio de

Abogados de forma inmediata y así evitar la suspensión.

A la comparecencia serán llamados el Fiscal, el Equipo Técnico, el representante legal del menor y aquellas otras personas que, a la vista del informe del Equipo Técnico, el Juez considere oportuno convocar, (párrafo 3º, regla 6ª).

Se inicia la comparecencia con una información que efectuará el Juez al menor, en lenguaje claro y sencillo, adecuándose a su edad y circunstancias, en el que le expondrá el motivo por el que está allí en caso de que el menor manifieste que desconoce el motivo de su presencia en el órgano judicial. Asimismo informará de su derecho a no prestar declaración y a no reconocerse autor de los hechos, a no declararse culpable, a la presunción de inocencia párrafo (4º, regla 6ª). En caso que decida prestar declaración habrá de responder a las preguntas que le formule el Ministerio Fiscal, su Abogado, el miembro del Equipo Técnico de Apoyo, o el propio Juez. Las preguntas que formulen el Fiscal y el Abogado se podrán referir, tanto a las circunstancias en que se produjeron los hechos como a cuestiones de índole personal, familiar y social. Sin embargo, las preguntas que le realice el Equipo Técnico no harán referencia, ni a la comisión de los hechos, ni a las circunstancias de estos, pudiendo efectuar únicamente preguntas personales o del entorno familiar y social y todo lo que haga referencia a su conducta, así como sobre los rasgos de escolaridad, etc.

También el Equipo Técnico contestará al Juez sobre las circunstancias del entorno del menor y personalidad de este, y sobre qué medida sería la más adecuada a imponer al menor, así como duración de la misma y contenido.

Si en un mismo hecho intervinieron varios menores se tendrán que citar a todos ellos, pero la comparecencia será individual, pero para determinar la participación de cada uno de ellos es necesario a veces la práctica de un careo entre ellos, pero dicho careo lo hará el Fiscal antes de elevar el expediente y de que

se celebre la comparecencia. Dicha diligencia podrá pedirse y acordarse que se practique en el acto de la audiencia.

Para la celebración de la comparecencia no tiene que recibirse, ni mandarse por el Fiscal el expediente completo, ni elevar el escrito de alegaciones, únicamente se enviará una copia del atestado y el informe del Equipo Técnico.

El expediente puede concluir con la celebración de la comparecencia, a la vista de su desarrollo, y siempre a propuesta del Ministerio Fiscal, o del Abogado, el Juez puede mediante acuerdo, adoptar la medida de amonestación, o alguna de las decisiones referidas en la regla 11ª, (regla 7, apartado primero). Así, tras la comparecencia, se puede concluir el expediente de las siguientes maneras:

- Acordándose la medida de amonestación, se puede plantear un problema no resuelto por la propia ley, que es el caso de que el menor en la comparecencia no se confiese autor de los hechos, y como no existe prueba practicada, no se podrá imponer esta medida pues no queda desvirtuada la presunción de inocencia que contempla el art. 24 de la Constitución Española, por lo que, o continúa el expediente o se sobresé, pues nadie puede ser condenado a nada sin que se pruebe la comisión de los hechos.
- Otra forma de concluirse el expediente, es que se acuerde el sobreseimiento libre de las actuaciones, que en cualquier caso habría de motivarse, y únicamente podrá acordarse cuando concurren los supuestos previstos en los artículos 637 o 641 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sin que pueda dictarse para otros casos. Principio de mínima intervención, como el de lapso de tiempo transcurrido, ya que estos casos los acuerda el Fiscal en fase instructora, sin que se inicie el expediente.
- Acordarse por el Juez la remisión del menor a las instituciones

administrativas de protección cuando los hechos imputados no revistan especial transcendencia y siempre que en su comisión no se hubiesen empleado grave violencia o intimidación (párrafo segundo, regla 6ª), es causa de conclusión del expediente, el no haberse empleado grave violencia o intimidación. Si el archivo es anterior a la comparecencia se condiciona a la violencia o intimidación, el archivo posterior a la comparecencia es compatible con la violencia o intimidación, pues el único límite es que no sean graves, lo que presupone que muchos hechos violentos solo llevarán aparejadas medidas formativas y educativas, extrañas a los Juzgados de Menores. Más no siempre será fácil fundamentar esa petición. Si en los hechos violentos la gravedad es predecible muy aproximadamente por el resultado exterior, en los hechos integrados por la intimidación, la línea divisoria de la gravedad o no gravedad es más sutil³.

El Juez puede adoptar esta media aunque el Fiscal y Abogado no la hubiesen solicitado (regla 11ª, apartado c), lo que es contrapuesto con lo que establece la regla 7, que dispone que las decisiones a que se refiere la regla 11ª y que adopte el Juez, lo serán a la vista del desarrollo de la comparecencia y de la propuesta del Ministerio Fiscal. En la tesitura de tener que mantener la norma común representada por la regla 7ª, que en principio se extiende a todas las decisiones de la regla 11ª, o la del apartado c) de esta regla 11ª, deberá acogerse la última que como ley especial desvincula el acuerdo del Juez de la petición del Ministerio Fiscal.

En la regla 11 existen otras dos decisiones : la del apartado a) que es la celebración de audiencia; y la del apartado d) que es la remisión del conocimiento

³ Instrucción nº 1/1993, de 16 de marzo, sobre líneas generales de actuación del Ministerio Fiscal en el procedimiento de la Ley Orgánica 1/1992, de 5 de junio. Boletín de información del Ministerio de Justicia, 1993. Suplemento al número 1697 de 5 de febrero de 1994. Pág. 860.

del asunto al Juez competente, por considerar que no le corresponde el conocimiento del asunto. Al concluir la comparecencia no puede acordarse la celebración de audiencia pues a ese acto precede el escrito de alegaciones del Ministerio Fiscal y este se formaliza después de concluida la comparecencia. Lo que sí se puede acordar es la continuación del expediente, si manifiesta el Fiscal en dicho acto esa voluntad y el Abogado se adhiere a dicha petición o aunque se oponga a la continuación del expediente el Abogado, puede acordarse en dicho momento la continuación del expediente, si el Juez así lo decide. Lo que sí se puede acordar en la comparecencia es la remisión del expediente al Juzgado competente a petición del Fiscal o del Abogado, pero siempre por acuerdo del Juez que se formalizará mediante Auto. Esta decisión la puede adoptar el Juez de oficio, aún cuando no se lo soliciten los anteriormente mencionados, sin perjuicio de la facultad de recurrir tanto el Fiscal como el Abogado, si no estuvieren de acuerdo con esta decisión.

CAPÍTULO VI

CONCLUSIÓN DEL EXPEDIENTE Y ESCRITO DE ALEGACIONES DEL MINISTERIO FISCAL

Existen casos y circunstancias en que el Ministerio Fiscal , en los supuestos en que la comparecencia no hubiese terminado, como hemos expresado con anterioridad, y cuando los hechos o las circunstancias del menor no estuvieran suficientemente esclarecidos, proponiendo el Fiscal la continuación del expediente (regla 7ª, párrafo segundo). Concluido definitivamente éste, el Ministerio Fiscal deberá dar cuenta al Juez de las causas que lo impidan.

Al mismo tiempo que el Fiscal eleva el expediente al Juzgado con todo lo practicado en Fiscalía y todo lo que en él consta, se adjuntará un escrito que se denomina de Alegaciones, que es equivalente al escrito de acusación o conclusiones, que la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece para los procedimientos a mayores de edad penal.

El escrito de alegaciones, cuyo contenido es heterogéneo como indica el primer párrafo de la regla 8ª, dice: “ concluido el expediente, el Fiscal lo remitirá al Juzgado de Menores, junto con un escrito de alegaciones solicitando la apertura de la audiencia, el sobreseimiento, la adopción de la medida de amonestación, la remisión de las actuaciones al órgano judicial competente o su remisión a las instituciones administrativas de protección del menor a fin de que por estas se adopten medidas de carácter formativo o educativo.”

Se debe buscar la agilidad del procedimiento con la concentración comparecencia-audiencia, pero solo en aquellos casos de aceptación de los hechos imputados al menor por el Fiscal, ya que si hay negación de hechos por el menor o

este no los reconozca, no se puede concentrar la comparecencia en audiencia. Para poder efectuar la celebración de comparecencia-audiencia es necesario que se presente en la comparecencia el escrito de alegaciones del Ministerio Fiscal, y si a la vista de las declaraciones del menor, el Fiscal tuviese que modificar sus alegaciones puede efectuarlo en el Acta que levantará el Secretario del Juzgado en el momento de la comparecencia. En los demás casos en que el menor no reconozca los hechos, se continuará por el trámite normal de la Ley.

El escrito de alegaciones puede contener alguna de estas solicitudes:

- La de apertura de audiencia. En este caso el Fiscal, en el escrito de alegaciones formulará además de los hechos que indiciariamente imputa al menor, efectuando una calificación jurídica de los hechos imputados, asimismo expresará las pruebas de que intente valerse para el acto de la audiencia y la medida que solicita se le imponga al menor, incluyendo algún razonamiento justificando la procedencia de las medidas solicitadas. El Fiscal tendrá en cuenta las circunstancias y antecedentes, así como la situación concreta, el interés del menor y su personalidad, de modo que no es obligada la unidad de actuación con la consecuencia de pedir siempre las mismas medidas y en el mismo “*quantum*”. Servirá como criterio orientativo lo informado por el Equipo Técnico aunque no le vincula lo solicitado por el mismo.
- La de adopción de la medida de amonestación. Si el Fiscal solicitara la medida de amonestación, el Juez, sin necesidad de abrir la audiencia y oído el menor, dictará el acuerdo que proceda. Pero ya hemos dicho con anterioridad, que si el menor no ha reconocido los hechos en la comparecencia, no se podrá imponer dicha medida. pues el menor como el mayor tiene reconocida en su favor la presunción de inocencia.

- Remisión de las actuaciones a los órganos administrativos de protección. Serán singulares en este momento, por cuanto ya han podido ser acordadas en la fase anterior o de conclusión de la comparecencia.

CAPÍTULO VII

LA AUDIENCIA: TRÁMITES PREVIOS Y CELEBRACIÓN

A la vista de la petición del Fiscal, dice la regla 11ª a) que el Juez de Menores adoptará la decisión de celebrar la audiencia. Atendido el tenor del precepto, existe una correlación exacta entre la petición Fiscal de apertura de la audiencia y la decisión del Juez de ordenar su celebración.

1º Entre la fase procesal de la apertura y la efectiva celebración de la audiencia, es necesario cumplir determinados trámites expuestos en las reglas 12ª y 13ª. Son las siguientes⁴:

- Requerir al menor y su representante legal que designe Abogado que le defienda, si no lo hubiese hecho antes. De no hacerlo en el plazo que se fije, se le nombrará de oficio. El plazo que se otorgue será prudencial, y parece razonable acudir al de tres días que para ese mismo trámite, en el Procedimiento Abreviado, previene el art. 791 de la LECr.
- A continuación, se dará traslado al Abogado del escrito de alegaciones del Fiscal, poniendo de manifiesto en Secretaría todas las actuaciones, a fin de que conteste en el plazo de cinco días y que además efectúe una relación de hechos en caso que esté en desacuerdo con el relato fáctico del Fiscal. Si es total, los relatará como el considere han ocurrido y en caso de ser parcial, aceptará en parte los del Fiscal y relatará en lo que esté en desacuerdo. Además calificará los hechos y propondrá la prueba de que intente valerse para el acto de la audiencia y manifestará con respecto a la medida que considere más adecuada para el menor, en caso de desacuerdo con la del Ministerio Fiscal, o considere que no se le ha

⁴ Instrucción nº 1/1993, de 16 marzo, cit., pág.863.

de imponer medida alguna. No ofrece dificultades aplicar como supletorias aquellas normas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal conforme a las cuales el transcurso del plazo sin que se presente el escrito de alegaciones, hace precluir el trámite y obligan a continuarle, teniendo al Abogado por opuesto al escrito de alegaciones del Fiscal.

El Juez, dentro de los cinco días siguientes desde la presentación del escrito de defensa, acordará lo procedente sobre la pertinencia de las pruebas propuestas por las partes, y señalará el día en que deba comenzar la audiencia para dentro de los quince inmediatamente posteriores. También, por aplicación supletoria de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el acuerdo denegando la práctica de determinadas pruebas no es susceptible de recurso autónomo, sino que deberá interponerse contra la resolución que recaiga en su día, haciendo valer, entre otros motivos que pueden alegarse, esa denegación de pruebas.

2º En el análisis del acto de celebración de la audiencia hay que tratar separadamente cuestiones de carácter personal, otras relativas a ciertas formalidades y finalmente las formas jurídicas.

El órgano judicial encargado de la celebración de la audiencia es el mismo que se ha encargado de lo anteriormente efectuado, es decir, es el mismo Juzgador el que internó provisionalmente al menor o adoptó cualquier otra medida de carácter provisional; también celebró la comparecencia, así como pudo acordar por Auto motivado, la entrada y registro en el domicilio del menor, el reconocimiento en rueda, etc. Esta situación dio lugar a diversas cuestiones de inconstitucionalidad, que se acumularon y resolvió el Tribunal Constitucional en sentencia de 17 de Marzo de 1995, cuyos fundamentos jurídicos, se transcriben a continuación:

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. Aun cuando formalmente la cuestión de inconstitucionalidad que nos plantea el Juzgado núm. 2 de Menores de Valencia se dirija contra las reglas 13 a 17 del art. 15.1 de la Ley Orgánica 4/1992 y el Juzgado de Menores de Vitoria efectúe otro tanto con respecto a la totalidad del art. 15.1 de la citada Ley, en realidad el objeto material de las presentes dudas de inconstitucionalidad se contrae al de las **reglas 2ª, 5ª y 6ª del art. 15.1**, que contemplan la posibilidad de que el Juez de Menores pueda disponer resoluciones limitativas de los derechos fundamentales del menor contra quien se dirige el procedimiento o practicar la comparecencia previa a la audiencia y ese mismo Juez pueda, además, conocer de la fase de enjuiciamiento y de decisión, facultades todas ellas que, en opinión de los Jueces proponentes, **podrían conculcar los derechos fundamentales al Juez legal imparcial y a un proceso con todas las garantías del art. 24.2 de la Constitución.**

2. Pero, antes de entrar en el examen del fondo de las presentes cuestiones, hay que dar respuesta a la objeción formulada por la Abogacía de el Estado en relación con la posible falta de relevancia de la cuestión propuesta por el Juzgado de Menores de Vitoria.

Sostiene, al efecto, el Letrado del Estado que no es posible afirmar, en el caso concreto, que, de la constitucionalidad del precepto cuestionado dependa la validez de la resolución que pueda dictar el Juez, puesto que el menor afectado, en el curso de la audiencia prevista en el art. 15.1.16 L.R.J.M., habría reconocido su participación en los hechos sobre los que versaba el procedimiento, y mostrado su conformidad con la medida que podía serle impuesta. En estas circunstancias, concluye la defensa del Estado, “el juez de menores sólo puede, por expreso imperativo legal, dictar *acuerdo de conformidad con la petición del Ministerio*

Fiscal, sin que tenga que realizar ninguna apreciación del material probatorio ni adoptar decisión que pudiera verse influida por sus intervenciones anteriores en el procedimiento.

La referida objeción procesal no puede ser acogida. Al constituir las “Sentencias de conformidad” resoluciones de fondo que producen la totalidad de los efectos materiales de la cosa juzgada es claro que han de dictarse por un órgano jurisdiccional dotado de absoluta independencia e imparcialidad (y de aquí que el art. 789.5ª de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, haya desligado del Juez de Instrucción y otorgado al de lo Penal la competencia para conocer de la conformidad). Hace bien, por tanto, el referido Juez de Menores en plantearnos la cuestión de inconstitucionalidad, si entiende que, como consecuencia de haber efectuado funciones instructoras, ha perdido la imparcialidad necesaria para entender de la conformidad, en la que, por lo demás, como afirma el Juez proponente, no puede operar como un “autómata”, sino, antes al contrario, ha de examinar la concurrencia de los requisitos, formales y materiales, que condiciona la validez de este medio anormal de finalización del procedimiento penal.

Como este Tribunal ha tenido reiteradas ocasiones de sostener, la potestad que le asiste de rechazar la cuestión de la inconstitucionalidad cuando ésta sea “notoriamente infundada”, no le autoriza a sustituir al órgano judicial “para determinar en qué medida depende el fallo de la validez de la norma cuestionada, de forma que -a los efectos de inadmisión que ahora se examinan -, no cabe censurar ni el juicio sobre la aplicabilidad de las normas que hace el juez *a quo* , ni la interpretación que de ellas se efectúa, en cuanto no sean manifiestamente irrazonables” (SSTC 4/1988; 19/1988; 36/1991, entre otras). Puesto que no existen indicios de que sea manifiestamente irrazonable la interpretación realizada por el Juez *a quo* de la norma cuestionada, y puesto que ésta es la que autorizaría su actuación en el proceso del que dimana la presente cuestión, es claro que no procede admitir el motivo de inadmisión planteado por el Abogado del Estado,

debiendo, en consecuencia, entrarse a conocer del fondo del asunto.

3. Es doctrina reiterada de este Tribunal la de que la imparcialidad del juzgador encuentra su protección constitucional en el derecho fundamental a “un proceso con todas las garantías” (SSTC 37/1982; 44/1985 y 137/1994), pues la primera de ellas, sin cuya concurrencia no puede siquiera hablarse de la existencia de un proceso, es la de que el Juez o Tribunal, situado “*supra partes*” y llamado a dirimir el conflicto, aparezca institucionalmente dotado de independencia e imparcialidad.

Por esta razón, hemos declarado que las causas de abstención y recusación, en la actualidad contenidas en los arts. 219 L.O.P.J., 188 a 223 L.E.C. y 58 a 83 L.E.Crim., al estar dirigidas a tutelar la imparcialidad del juzgador, integran este derecho fundamental proclamado por el art. 24.2 C.E.

Una de las tales causas de abstención y de recusación consiste precisamente en “haber actuado como instructor de la causa penal” (art. 219.10 L.O.P.J.), la cual se erige además en la principal exigencia del principio acusatorio, con respecto al cual también hemos afirmado que se encuentra implícito en el referido derecho fundamental a un “proceso con todas las garantías” (SSTC 145/1988, 164/1988, 106/1989, 55/1990, 98/1990 y 151/1991).

Una de las tales causas de abstención y de recusación consiste precisamente en “haber actuado como instructor de la causa penal” (art. 219.10 L.O.P.J.), la cual se erige además en la principal exigencia del principio acusatorio, con respecto al cual también hemos afirmado que se encuentra implícito en el referido derecho fundamental a un “proceso con todas las garantías” (SSTC 145/1988, 164/1988, 106/1989, 55/1990, 98/1990 y 151/1991).

En relación con este derecho fundamental a no ser juzgado por quien ha

sido previamente instructor de la causa, tiene declarado este Tribunal que, debido a que su finalidad consiste exclusivamente en evitar, por parte del órgano jurisdiccional encargado de conocer del juicio oral y de dictar Sentencia de determinados prejuicios acerca de la culpabilidad del acusado (SSTC 145 y 168/1988, 11 y 106/1989, 55/1990, 113/1992), bien sea en la primera o en la segunda instancia (STC 320/1993), dicho derecho lo es de la exclusiva titularidad de la defensa, por lo que carece de legitimación activa la acusación particular para pedir su eventual restablecimiento (STC 136/1992). Así mismo, y desde un punto de vista objetivo, también hemos dicho que, al enmarcarse dentro de las garantías esenciales del proceso penal acusatorio, no es necesariamente extensible a otros procesos de similar naturaleza como es el caso del procedimiento administrativo sancionador (STC 22/1990).

En cualquier caso, la acumulación de funciones instructoras y sentenciadoras no puede examinarse en abstracto, sino que hay que descender a los casos concretos y comprobar si se ha vulnerado efectivamente la imparcialidad del juzgador (STC 98/1990), debiéndose tener muy en cuenta que no todo acto instructorio compromete dicha imparcialidad, sino tan sólo aquellos que, por asumir el juez un juicio sobre la participación del imputado en el hecho punible, puedan producir en su ánimo determinados prejuicios sobre la culpabilidad del acusado que lo inhabiliten para conocer de la fase de juicio oral (SSTC 106/1989, 151/1991, 136/1992, 170 y 320/1993).

En estas últimas decisiones se ha resumido la jurisprudencia de este Tribunal en los siguientes términos: “Dicha doctrina se asienta sobre dos ideas esenciales: de un lado, que el hecho de haber estado en contacto con el material de hecho necesario para que se celebre el juicio puede hacer nacer en el ánimo del Juez o Tribunal sentenciador prejuicios y prevenciones respecto de la culpabilidad del imputado, quebrándose así la imparcialidad objetiva que intenta asegurar la separación entre la función instructora y la juzgadora (por todas, STC 145/1988,

antes citada); de otro, será en cada caso concreto donde habrá que determinar si se da o no la apariencia de imparcialidad, pues es la investigación directa de los hechos, con una función inquisitiva dirigida frente a determinada persona, la que puede provocar en el ánimo del instructor prejuicios e impresiones respecto del acusado que influyan a la hora de sentenciar”. (STC 136/1992, fundamento jurídico 2).

4. Más explícita todavía, si cabe, ha sido la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos nacida con ocasión de la aplicación del derecho a ser juzgado por un “tribunal independiente e imparcial”, contenido en el art. 6.1 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y que, por imperativo de lo dispuesto en el art. 10.2 de nuestra Constitución , ha de presidir la interpretación de las normas tuteladoras de los derechos fundamentales.

De conformidad con dicha doctrina, la imparcialidad del Juez excede el ámbito meramente subjetivo de las relaciones del juzgador con las partes para erigirse en una auténtica garantía en la que se puede poner en juego nada menos que la “*auctoritas*” o prestigio de los Tribunales que, en una sociedad democrática, descansa en la confianza que la sociedad deposita en la imparcialidad de su Administración de Justicia (Sentencias del T.E.D.H. de 1 de octubre de 1982 - caso De Cubber -), ha de reclamarse el adagio anglosajón según el cual “no sólo debe hacerse justicia, sino parecer que se hace” (Sentencia del T.E.D.H. de 17 de enero de 1970 - asunto Delcourt -), lo que ha de determinar que “todo Juez del que puede dudarse de su imparcialidad deba abstenerse de conocer del asunto o pueda ser recusado” (Sentencias del T.E.D.H. de 26 de octubre de 1984 - asunto De Cubber - y 24 de mayo de 1989 - Asunto Hauschildt -).

La aplicación de esta jurisprudencia al caso que nos ocupa provocó una primera doctrina del Tribunal Europeo, según la cual había que estimar siempre contrario al art. 6.1 del C.E.D.H. la previa asunción por el Juez decisor de

cualquier tipo de actividad instructora (Sentencias del T.E.D.H., casos Piersack y De Cubber).

Posteriormente, sin embargo, a partir de la Sentencia dictada en el asunto Haudschildt (S.T.E.D.H., de 24 de mayo de 1989), este alto Tribunal matizó su anterior doctrina en el sentido de declarar que la imparcialidad del Juez no puede examinarse “*in abstracto*”, sino que hay que determinar, caso por caso, si la asunción simultánea de determinadas funciones instructoras y juzgadoras puede llegar a comprometer la imparcialidad objetiva del juzgador y erigirse en un menoscabo y obstáculo a “la confianza que los Tribunales de una sociedad democrática deben inspirar a los justiciables”.

De este modo, y con arreglo a esta casuística jurisprudencial, el Tribunal Europeo ha podido declarar, por una parte, contrario al art. 6.1 del Convenio la confusión de funciones instructoras y de enjuiciamiento como consecuencia de la promoción de un miembro del Ministerio Público o de un Juez de la Instrucción a Magistrado encargado de conocer de la fase de juicio oral (Asuntos Piersack y de Cubber), la adopción de la prisión provisional en ausencia de Abogado por un Juez de instrucción que posteriormente conoció de la audiencia principal (S.T.E.D.H., Pfeifer y Plankl, de 25 de febrero de 1982), la asunción de indicios suficientes de culpabilidad para disponer el “reenvío” del imputado a juicio (S.T.E.D.H. Ben Yacoub, de 27 de noviembre de 1987) o la intervención de “jueces políticos” en la fase de juicio oral (S.T.E.D.H., Holm, de 25 de noviembre de 1993).

Pero, por otra y todo al contrario, este mismo Tribunal también ha tenido ocasión de afirmar que no se infringe el art. 6.1 del Convenio en supuestos, tales como la adopción de la prisión provisional y posterior enjuiciamiento por un mismo Juez en un sistema de corte anglosajón, como es el danés, en el que corresponde al Ministerio Público la dirección de la investigación (S.T.E.D.H. de

24 de mayo de 1989 - asunto Hauschildt -) o la confirmación de dicha medida cautelar en la fase intermedia (S.T.E.D.H., Sainte-Marie, de dieciséis de diciembre de 1992); la emisión por un mismo órgano judicial de un auto de procesamiento (o antiguo “despacho de pronuncia” portugués) y de abril de 1994); la asunción de determinadas funciones instructoras y de decisión por un Juez de Distrito austriaco en nuestro equivalente a un juicio de faltas (S.T.E.D.H., Fey de 24 de febrero de 1913); y la confusión de funciones instructoras y de enjuiciamiento en determinados procesos penales simplificados de citación directa como es el caso del “procedimiento diretissimo” italiano (S.T.E.D.H., Padovani y otros, de 26 de febrero de 1993).

De toda esta doctrina reduccionista interesa que nos detengamos, dada la relevancia para la solución de las presentes cuestiones de inconstitucionalidad, en el asunto Nortier (S.T.E.D.H. de 24 de agosto de 1993) en el que el Tribunal Europeo ha tenido ocasión de desestimar una demanda contra los Países Bajos sustanciada en el hecho de que en dicho país (al igual como acontecía en el nuestro con anterioridad a la reforma operada por la L.O. 4/1992) un mismo Juez de Menores conocía, tanto de la totalidad de la fase instructora, como de la del juicio oral, habiendo adoptado incluso, en el caso, la prisión provisional. El Tribunal Europeo, sin embargo, no estimó la violación del art. 6.1, fundamentalmente debido a la circunstancia de que pudo diferenciarse el presupuesto material de dicha medida cautelar con el fondo del asunto, habiéndose además defendido el menor por un Abogado que pudo interponer recurso de apelación ante un Tribunal superior.

5. Antes de entrar en el examen, a la luz de la anterior doctrina jurisprudencial, del fondo de las cuestiones de inconstitucionalidad, hay que destacar la singular importancia, en el caso, de la naturaleza del procedimiento de Menores, que, como cuestión previa, ha de indagarse a los solos efectos de determinar si puede de algún modo asimilarse a la del proceso penal, ya que, si así

no fuera, habría de desecharse la extensión de esta exigencia del principio acusatorio al tradicionalmente denominado procedimiento “reformador” de Menores.

La cuestión fue resuelta en sentido positivo por nuestra Sentencia 36/1991 no sin declarar que “no todos los principios y garantías exigidos en los procesos contra adultos hayan de asegurarse aquí en los mismo términos”. Y es que, tanto por la naturaleza de las medidas, que no pueden poseer un mero carácter represivo, sino que han de dictarse en el exclusivo interés del menor en el seno del proceso, que puede aconsejar la exclusión de garantías esenciales del proceso penal, como es el caso de la “publicidad” del juicio oral, no todas las garantías del proceso penal son mecánicamente aplicables a este proceso especial que exige ciertas modulaciones. Pero, no obstante tales acotaciones, afirmábamos en aquella decisión que “el derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley resulta afectado en la medida en que de él forma parte el derecho a un Juez imparcial y tal derecho excluye la posibilidad de que el Juez mismo asuma la acusación” y concluíamos en que “los derechos fundamentales que consagra el art. 24 C.E. han de ser respetados también en el proceso seguido contra Menores a efectos penales” (fundamento jurídico 7º).

A este respecto debe tenerse presente que la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, incorporada a nuestro ordenamiento interno el 31 de diciembre de 1990, en su art. 40.2 b) establece que “todo el niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o al quien se acuse de haber infringido esas leyes se le garantizará al menos, lo siguiente: III) (que) la causa será dirimida por una autoridad u órgano judicial... imparcial”.

Reafirmada, pues la exigibilidad de esta garantía del principio acusatorio en el proceso reformador de Menores, hemos de comprobar ahora si en dicho proceso

se produce una auténtica acumulación, en un mismo órgano jurisdiccional, de funciones instructoras con las de enjuiciamiento en el bien entendido de que, según nuestra doctrina, la asunción por el Juez de determinadas actuaciones de preparación del juicio oral no ha de comprometer necesariamente su imparcialidad en la medida en que la realización de tales actos no suponga la asunción por el Juez de un determinado prejuicio sobre la culpabilidad del menor.

Un examen global de la reforma operada por la L.O. 4/1992 pone, en tal sentido, de relieve que su finalidad, tal como se declara en su Exposición de Motivos, radica precisamente en adecuar este proceso a las exigencias derivadas de la doctrina sustentada con la citada Sentencia 36/1991 y, de entre ellas, la de instaurar también en el mismo el principio acusatorio.

Para alcanzar este objetivo, la L.O. 4/1992, inspirándose en el modelo procesal penal anglosajón (secundado hoy por países tales como Alemania, Italia o Portugal), ha querido separar las funciones instructoras, de un lado, y de enjuiciamiento y decisión, de otro, encomendando la primera de ellas al Ministerio Fiscal y las otras dos al Juez de Menores, con lo que, “*prima facie*” y sin mayor dificultad, se comprueba que este desdoblamiento y asignación de las enunciadas fases procesales a dos órganos diferentes, no sólo no conculca, sino que viene a restablecer el principio acusatorio en un procedimiento reformador que, como es el caso del de Menores, con anterioridad a la L.O. 4/1992, se encontraba manifiestamente informado por el principio inquisitivo, tal como implícitamente tuvimos ocasión de declarar en la precitada Sentencia del Pleno de este Tribunal 36/1991 (fundamento jurídico 6º).

6. Dicho lo anterior, procede ahora entrar a conocer del examen concreto de la doble motivación de ambas cuestiones, tal como se ha expuesto en el primer fundamento jurídico de la presente Sentencia.

A) Entienden, al respecto, los Jueces proponentes que la circunstancia en que en este procedimiento reformador el Juez de Menores no quede totalmente exonerado de la realización de determinados actos instructorios, y de que posteriormente pueda conocer de la “audiencia” principal y dictar la correspondiente resolución definitiva puede comprometer seriamente su imparcialidad e infringir los derechos fundamentales al Juez legal y a un proceso con todas las garantías.

Es cierto que esta posibilidad del Juez de Menores, consistente en acometer determinadas actuaciones preparatorias del juicio o de carácter aseguratorio, aparece expresamente contemplada en diversos pasajes de la Ley cuestionada, y, así, por una parte, el Fiscal ha de “solicitar del Juzgado de Menores la práctica de las diligencias que no pueda efectuar por sí mismo” (art. 15.1.2ª) y, por otra, a este mismo Juez le corresponde “la adopción de medidas cautelares” y, de modo especial, el depósito o internamiento provisional del menor (art. 15.1.5º). Pero tampoco lo es menos que esta impresión de los jueces proponentes acerca de su pérdida de imparcialidad “subjetiva”, se desvanece o no es suficiente para justificar un atentado a la imparcialidad “objetiva”, si se piensa en que tales actos, legalmente vedados al Ministerio Público, no constituyen, en puridad, actos de investigación o instructorios, sino que son única y exclusivamente limitativos de los derechos fundamentales (art. 5.2 de la Ley 50/1981 reguladora del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal) o, lo que es lo mismo, se trata de actos puramente jurisdiccionales que la Constitución expresamente reserva a Jueces y Magistrados (arts. 17,2, 18.2 y 3, 20.5, 22.4, 117,3 y 4, 53.2) a quienes les encomienda no sólo la última, sino también la primera palabra, por lo que, en cuanto tales, no poseen una naturaleza policial o instructoria, sino netamente procesal y sometidas, por tanto, a la vigencia, en la medida de lo posible, del principio de contradicción.

En particular, si la medida incide en el derecho a la libertad del menor, dispone el art. 15.1.5º, apartado segundo, que “a solicitud del Fiscal, el Juez podrá

acordar el internamiento de éste (del menor) en un Centro cerrado”, debiendo el Juez nombrar “al menor Abogado que lo defienda si no lo designan sus padres o representantes legales”.

De la redacción del precepto claramente se infiere que, a diferencia del modelo clásico del Juez de Instrucción, aquí el internamiento cautelar del menor sólo puede efectuarlo el Juez a petición expresa del Fiscal y nunca de oficio, es decir, en tanto que prolongación de una detención policial previamente adoptada. La anterior circunstancia, unida a la que la designación de Abogado, en tal caso, deviene preceptiva - por lo que puede la defensa penal combatir con eficacia dicha resolución limitativa del derecho a la libertad -, ocasiona que el Juez de Menores no pueda ya ser configurado como un “Juez instructor” (puesto que la instrucción le ha sido desgajada y conferida al Ministerio Público), sino como un “Juez de la libertad” o garante del libre ejercicio de los derechos fundamentales , siendo, por lo demás, aplicable al supuesto examinado la doctrina del Tribunal Europeo sustentada en el caso Hauschildt (S.T.E.D.H. de 24 de mayo de 1989 y secundada en el caso Saint-Marie, de 16 de diciembre de 1992), según la cual, cuando la prisión provisional se adopta a instancia del Ministerio Público (o el de la policía judicial) y el imputado está asistido de Abogado (y puede, por tanto, impugnar con eficacia esta resolución), no es aplicable la doctrina iniciada en los casos Piersack, De Cubber o Ben Yaacoub, ya que la asunción de la instrucción por el Ministerio Público, unida a la plena vigencia del principio de contradicción en la adopción de esta medida cautelar dota al Juez de la imparcialidad necesaria para valorar libremente, y como tercero no comprometido en la investigación, el material de hecho exclusivamente aportado por el Ministerio Público-instructor, la acusación y la defensa.

B) Idéntica conclusión cabe alcanzar con respecto a la intervención del Juez de Menores en la “comparecencia” prevista en la regla sexta del art. 15.1, la cual tampoco compromete su imparcialidad objetiva para poder conocer posteriormente

la audiencia y dictar la pertinente resolución.

En efecto, desde un punto de vista material, se comprueba que la finalidad esencial de dicha comparecencia previa consiste en determinar la concurrencia o no de los presupuestos que posibilitan la apertura de la audiencia principal (regla 7ª del art. 15.1 en relación con la 11ª del mismo precepto), esto es, su naturaleza jurídica es la propia de la denominada “fase intermedia” del proceso penal, la cual sucede, una vez concluida la instrucción, permitiendo ser doctrinalmente enmarcada dentro de la fase de juicio oral. Siendo esto así, ninguna violación del Juez imparcial puede producirse por la acumulación en un mismo órgano jurisdiccional de la fase intermedia y la del juicio oral (por lo demás, existente también en el proceso penal ordinario para delitos graves: arts. 622 y ss. de la L. E. Crim.), toda vez que no puede existir asunción simultánea de funciones instructoras y enjuiciadoras allí donde, por haberse concluido ya la instrucción, tan solo las hay de enjuiciamiento sobre la apertura o no de la audiencia y la de su efectiva realización.

Atendiendo a un criterio formal tampoco se aprecia vulneración alguna de aquella doctrina constitucional, pues de lo que se trata en dicha comparecencia previa es de posibilitar, tanto el ejercicio del derecho a la autodefensa o defensa privada del menor, como el de la defensa pública o técnica de su Abogado defensor. De este modo, dispone el art. 15.1.6ª, apartados cuarto y quinto, que el Juez informará al menor en lenguaje claro y sencillo de los hechos objeto de la diligencia y de su derecho al silencio o a no confesarse culpable, debiéndole prestar declaración en la que el menor podrá personalmente exculparse de los cargos contra él existentes; además y con carácter previo a dicha declaración, puede el menor designar Abogado de su confianza o reclamar la intervención de uno del turno de oficio, gozando ambos de la capacidad de postulación necesaria para poder hacer valer con eficacia el derecho de defensa.

Examinado el problema de si es constitucional que el Juez de menores a la vez que interviene como garante de derechos en la fase de instrucción del procedimiento y con posterioridad en la audiencia, y resuelto por la Sentencia transcrita a favor, en el sentido de considerar constitucional la mencionada intervención en la dos fases del procedimiento por el mismo Juez, sin que ello suponga contaminación para decidir, pasamos a examinar las demás personas que intervienen en el acto de la audiencia además del Juez.

Asisten a la celebración de forma preceptiva el Fiscal, el Abogado defensor, el menor y un miembro del Equipo Técnico de Apoyo y siempre el secretario del Juzgado, además de los representantes legales del menor.

El menor debe estar presente al inicio del procedimiento y al final pues tendrá la última palabra, pero abandonará la Sala en aquellos casos que el Juez estime oportunos, párrafo último de la regla 17, ya sea por iniciativa propia o a instancia de los que intervienen. No siendo posible celebrar en ausencia del menor la audiencia, tal y como prevé la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el mayor de edad que permite la celebración de audiencia en ausencia del acusado.

El menor estará acompañado en la audiencia por sus padres o representantes legales. Pero si el Juez lo considera oportuno resolverá motivadamente, oído el Ministerio Fiscal, decidiendo su no asistencia.

La audiencia requiere la limitación para terceros de la asistencia a la vista. La Ley establece que el Juez puede acordar en interés del menor que las sesiones no sean públicas (regla 14, párrafo segundo). Como lo prevalente es siempre el interés del menor, el Ministerio Fiscal pedirá siempre la celebración de la audiencia sin publicidad, salvo que en algún supuesto singular pueda optarse por la publicidad. Se podrá acordar por Auto tanto la no publicidad como la publicidad, pero al ser el menor el más tutelado y necesitado de protección, el Juez casi

siempre acordará la no publicidad de las sesiones. El Auto declarando la no publicidad ha de reputarse irrecurrible, al modo previsto en el art. 680 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, quedando siempre a salvo el recurso de amparo constitucional.

En ningún caso se permite a los medios de comunicación que obtengan o difundan imágenes del menor, ni datos que permitan su identificación, (regla 14, párrafo tercero). Se presume que esta limitación es total y afecta tanto a la documentación como a los actos de la comparecencia y audiencia.

La celebración de las audiencias se hará, no en las salas de audiencias de los Juzgados, para evitar el carácter de solemnidad excesiva del procedimiento para mayores y se evitará el uso de las togas y estrados, por lo que se habrá de celebrar en el despacho del Juez.

Desarrollo de la audiencia

Esta se desarrollará de la siguiente forma; en primer lugar el Juez informará al menor en un lenguaje claro y sencillo adaptado a su edad y que él entienda, de la medida solicitada por el Ministerio Fiscal y del hecho y causas en que se funda.

Si el menor se conformara con los hechos que se le imputan por el Fiscal, reconociéndose autor de los mismos, y conformándose con la medida que le solicita el Ministerio Fiscal, y su Abogado nada manifiesta sobre la medida y no *considerase necesaria la continuación del procedimiento, tendrá el Juez que dictar acuerdo sin necesidad que continúe la audiencia, contemplando la conformidad posible el art. 2º apartado 2, párrafo 16 de la actual Ley de Menores.* El acuerdo que dicte el Juez será de conformidad con la petición del Ministerio Fiscal, la conformidad cualquiera que sean las peticiones del Fiscal tanto cuantitativas como cualitativas es inatacable, siempre que sea concreta. en la medida como en la

duración de la misma y tenga el menor la capacidad de consentir.

El momento de efectuar la conformidad, tal y como determina el artículo mencionado en el párrafo anterior, es al comienzo de la audiencia, pero nada impide, que una vez recibido el escrito de alegaciones del Fiscal, el menor pueda comparecer ante el órgano judicial y prestar su consentimiento, y ratificada esa conformidad por el Abogado, se puede dictar esa resolución oportuna sin esperar a la audiencia, (art. 655 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Esta conformidad daría agilidad al procedimiento y se puede efectuar, sin oír ni al Fiscal, ni al equipo técnico, ni al representante legal del menor ya que aún en el caso de que se celebre audiencia no es obligatorio oírlos y únicamente lo harán en los casos que el Juez lo considere necesario y por supuesto no siempre, por lo que dicha conformidad prestada con anterioridad será válida y sólo si el Juez en el caso que *crea conveniente oír al equipo y al menor serán llamados y oídos previamente*, por lo que aún así se podrá dictar acuerdo de conformidad con la petición Fiscal y sin necesidad de esperar a la audiencia siendo válido tal acto.

En caso de no prestar su conformidad el menor y su Abogado se siguen los trámites de la vista, y que son preguntas del Ministerio Fiscal y del Abogado defensor al menor, que podrán versar sobre circunstancias del hecho, participación del menor, así como otras que hagan alusión a las circunstancias personales, familiares, sociales y ambientales.

Se practicará, en primer lugar, la prueba propuesta por el Fiscal y después la que propugna la defensa en su escrito de alegaciones, pero también puede el Fiscal y la defensa solicitar nuevas pruebas distintas de las señaladas en dichos escritos. Se comenzará por la testifical del Fiscal, a la que seguirá la de la defensa. Seguidamente se practicará la documental aportada por el Fiscal y por la defensa que acompañaran con el escrito de alegaciones de las partes y la que lleven en el acto de la audiencia, y, finalmente, la pericial. No tiene este carácter el informe que

elabora el Equipo Técnico. La testifical se practica en el acto de la audiencia y comienza por el juramento que efectúa el testigo ante el Juez y los allí presentes, preguntándole sobre las generales de la Ley, que a veces no tienen sentido, ya que el testigo jamás podrá ser subordinado del menor ni el menor de él, en los ámbitos empresarial y laboral por lo que no se le preguntará. Otra pregunta que tampoco tiene sentido y que es una de las generales de la Ley, es si ha sido procesado con anterioridad, ya que un menor no puede ser procesado, por lo que no se ha de efectuar esta pregunta. Por último, el Juez advertirá al testigo de la obligación de ser veraz y de las medidas que se le impondrán en caso de falso testimonio, si bien para el menor no se establecen penas, sino medidas y por lo tanto el Juez no podrá advertir sobre la pena en que incurriría en caso de falso testimonio sino sobre la medida. Además se le advertirá de la posibilidad de apertura de un expediente y de imposición de medidas, en caso de falso testimonio, como ya se ha dicho. A continuación será preguntado el testigo, en primer lugar por quien fue propuesto y, posteriormente, por la otra parte. También el Juez podrá preguntar al testigo cuando así lo considere pertinente o no quede algún extremo suficientemente claro.

La pericial y la documental tienen escasa aplicación práctica, ya que la documental cobra relevancia en delitos económicos, falsedades documentales y otros en que es difícil la intervención de menores; la pericial, al practicarse el informe del Equipo Técnico, es de difícil aplicación, aunque posible.

Practicada la prueba, el Juez oirá al Ministerio Fiscal y al Abogado sobre si mantienen las alegaciones a la vista del resultado de la prueba, pudiendo modificar tanto la relación de hechos como la calificación jurídica de los mismos y la medida que solicitan se imponga al menor. Si como consecuencia de las pruebas el Fiscal retirara la acusación quedarán los autos conclusos, quedando absuelto el menor, dado el principio acusatorio de esta jurisdicción, que únicamente puede ejercitar el Ministerio Público. Con posterioridad, el Juez oirá al Fiscal y al Abogado sobre la valoración de la prueba y la calificación jurídica de los hechos y la medida o

medidas a adoptar, así como, si lo considera conveniente, a los miembros del Equipo Técnico y al representante legal del menor, si lo considera oportuno o de interés. Es conveniente oír al Equipo Técnico sobre la medida a adoptar, pues pueden haber variado las circunstancias sobre el menor y ser oportuno la adopción de una medida distinta de la que considero conveniente el Equipo Técnico inicialmente; además, actualizarán la información de los que intervienen en la audiencia.

Al final del acto, el Juez oirá al menor y en último término para que manifieste lo que considere conveniente, quedando conclusos los autos para resolución.

CAPÍTULO VIII

RESOLUCIÓN

El procedimiento concluye por resolución y puede dictarse en el acto de la audiencia de viva voz, sin perjuicio de su posterior documentación, tal y como establece el art. 248.3º de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Dicha expresión de la Ley no es acertada, ya que no se trata en estos casos de dictar oralmente la resolución, sino de la anticipación del fallo (art. 16, regla 1ª) o por escrito en la forma que para las sentencias establece el art. 248.3º L.O.P.J. (art. 16, regla 2ª). La ventaja de anticipar de palabra el fallo estriba en la posibilidad de declarar inmediatamente la firmeza de la resolución, si las partes manifiestan su intención de no recurrir, e incluso proceder a la ejecución de las medidas de tracto único, como la de amonestación, y que se resuelven oralmente.

La denominación que utiliza la Ley es la de resolución, que no es una expresión acertada, ya que la Ley Orgánica del Poder Judicial en su art. 245 establece como denominación genérica para las resoluciones de carácter jurisdiccional de los jueces siendo la designación específica, la de providencias, autos y sentencias decidiendo ésta definitivamente el pleito. Por ello, no puede designarse con el nombre genérico de resolución lo que en realidad es una especie de ella, que es la sentencia.

El contenido de la resolución se detalla en el art. 16, regla 1ª. El Juez apreciará las pruebas practicadas, las razones expuestas tanto por el Fiscal como por la defensa y lo manifestado, en su caso, por el menor. También valorará las circunstancias y gravedad de los hechos, así como la personalidad, situación, necesidades del menor y su entorno familiar y social.

CAPITULO IX

LA EJECUCIÓN DE MEDIDAS JUDICIALES

La Constitución Española consagra en su art. 25.2 que la reeducación y la reinserción social son el objetivo de las penas privativas de libertad. Podemos entender, por extensión, que esta es también la finalidad de cualquier otra pena o medida judicialmente impuesta.

Las medidas judiciales impuestas a menores infractores, en virtud de los hechos por estos cometidos, deben de tener, por tanto un fundamental carácter educativo. En este mismo sentido se orientan los tratados, normas y recomendaciones internacionales suscritos por el Estado Español.

Las medidas que establece la Ley 4/1992 no son ni dejan de ser educativas *per se*. Ninguna medida impuesta judicialmente, por tanto coactivamente, como respuesta a una infracción cometida, es educativa sin más.

De tener algún elemento educativo la imposición de medidas en virtud de hechos cometidos, este sería únicamente el hacer responsable al menor de sus propios actos. Este elemento educativo se da con independencia de cual sea la reacción social frente al delito. Se produce porque se intenta hacer al menor protagonista de su propia historia.

No parece ser solo este elemento educativo, al que se refieren los distintos acuerdos firmados por España y lo especificado en nuestra propia Constitución. La finalidad educativa de las medidas parece ir mas allá de introducir el elemento responsabilizador de la propia conducta.

La Disposición Adicional 3ª de la Ley Orgánica 4/1992, dispone, que la ejecución de las medidas adoptadas por los Juzgados de Menores corresponde a las Entidades Públicas competentes en la materia. La redacción no es técnicamente ajustada, pues en su pura literalidad estaría en contra del principio de exclusividad jurisdiccional que reconoce el art. 117 de las Constitución Española . Sin embargo, en una interpretación estricta, la norma expresa que para la ejecución de medidas el Juez ha de valerse de los medios a proporcionar por las correspondientes Entidades Públicas, siendo igual a lo que ocurre entre los Tribunales penales e Instituciones Penitenciarias. La función atribuida al Juez en la Constitución, no pueda atribuírsela a las Entidades Públicas. El Juez hace ejecutar sus resoluciones, la Administración tendrá que dar cuenta periódica de ello, y siempre que el Juez la requiera, o cuando surja algún problema .

La ejecución plantea y hace necesaria una colaboración entre Jueces de Menores, Ministerio Fiscal, Administraciones de Comunidades Autónomas, Abogado del Menor, siendo de destacar que son diferentes los recursos materiales, instrumentales y personales de cada Comunidad Autónoma, al no ser estas homogéneas, sino, un mosaico plural, con facetas diferentes, con grandes carencias en la infraestructura y en la manera de ejecutar. Teniendo más dificultades las Comunidades más pequeñas ya que tienen menos menores sujetos al cumplimiento de medidas; a la vez que menos medios materiales para la ejecución.

Es el Programa de Reforma el que tiene la responsabilidad de traducir una medida impuesta por el Juez a un menor en una medida de carácter y consecuencias educativas, formativas e instructivas para ese menor.

Las medidas son las siguientes:

- 1°.- Amonestación o internamiento de uno a tres fines de semana.
- 2°.- Libertad vigilada.
- 3°.- Acogimiento por otra persona o núcleo familiar.
- 4°.- Privación del derecho a conducir ciclomotores o vehículos a motor.
- 5°.- Prestación de servicios en beneficio de la Comunidad.
- 6°.- Tratamiento ambulatorio o ingreso en un centro de carácter terapéutico.
- 7°.- Ingreso en un centro abierto, semiabierto o cerrado.

El denominador común de todas las medidas es que se trata de la culminación del proceso y la respuesta educativa que de el ordenamiento al menor.

Educativa, porque se ha determinado en función del interés del menor, y para que la medida educativa tenga este carácter, ha de ser responsabilizante, es decir, capaz de inducir al menor a sentirse responsable de sus actos ante si y ante los demás, no perturbadora de su proceso evolutivo y que pueda contribuir a cubrir los vacíos educativos que el menor presenta (compensadora), debe hacer posible la adquisición de nuevos aprendizajes y relaciones, así como implementar nuevas acciones y recursos al servicio del menor (una vez finalizada la medida en sí), que favorezcan su posterior desarrollo personal y social.

Esta respuesta con la medida además de ser educativa ha de ser sancionadora, pues evidentemente se llevan a cabo coactivamente y limitando los derechos de los menores.

El aspecto educativo, tiene como finalidad el pleno desarrollo de la personalidad humana del menor al que se le impone, el respeto a los principios democráticos de la convivencia y a los derechos y libertades fundamentales. Se evidencia en lo que la Exposición de Motivos de la Ley indica como marco flexible para determinar la medida aplicable al menor.

La aplicación de una medida no encuentra su fundamento, al menos no sólo lo encuentra, en los hechos cometidos, sino en las circunstancias personales y sociales del menor (situación psicológica, familiar y social) y en el proyecto educativo y sancionador adecuado y proporcional a los hechos y circunstancias. La Ley, por lo tanto, no establece una relación hechos-medidas (tipos-penas), pues ni la pretensión procesal, ni la naturaleza del proceso se asimilan al del proceso penal, salvo en el marco de las garantías constitucionales y de los Convenios Internacionales. Quedando salvaguardados los principios de la Convención de los Derechos del Niño (art. 40) -de Legalidad- las garantías del art. 24 de la Constitución Española y Reglas de Beijing (8, 14 y 15) y según la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional de 28-6-93 aludida con anterioridad.

La naturaleza de las medidas, en sí mismas consideradas, no es la misma, aunque todas tiendan, obviamente, a la formación del menor. Hay medidas que afectan a la libertad del menor, limitándola, como son las medidas de internamiento, tanto en su modalidad de fines de semana, como en los demás casos; otras que delimitan los derechos, como las de libertad vigilada o privación del derecho a conducir; existen las que tienden a influir directamente sobre la conducta, amonestación; y no faltan las que imponen trabajo o tratamiento curativo (prestación de servicios en beneficio de la comunidad, tratamiento ambulatorio o ingreso en un Centro de carácter terapéutico), ni las de estricta educación o protección (acogimiento por otra persona o núcleo familiar).

Tanto el Ministerio Fiscal en su escrito de alegaciones, como el Abogado en su respectivo escrito de alegaciones, pueden solicitar la imposición de más de una de las medidas del art. 17 de la actual Ley; pudiendo asimismo acordar más de una de las medidas, bien de forma alternativa o conjunta, el Juez en la resolución, y esto en base a que existen muchas expresiones que aluden a la pluralidad. He aquí los pasajes que contiene la Ley a los que nos estamos refiriendo. La regla 10 del art. 15 expresa que el Ministerio Fiscal, en su escrito de alegaciones, solicitará “la

adopción de las medidas que procedan” ,conforme a la regla 15 del mismo art., al comienzo de la audiencia, el Juez de Menores informará al menor de las medidas solicitadas por el Ministerio Fiscal; en el trámite de conformidad, preguntará el Juez al menor, si se conforma con la medida solicitada por el Ministerio Fiscal (regla 16); durante la vista, el Juez oirá al Fiscal y al Abogado sobre la medida o medidas a adoptar (regla 17); por su parte, ya en fase de sentencia, el art. 16.1º . expresa que si el Juez impusiere alguna de las medidas, y cuando el menor incumpliera la propuesta de reparación extrajudicial sustitutiva del fallo suspendido, se dará cumplimiento a la medida acordada por el Juez. De cualquier manera puede concluirse que la petición del Ministerio Fiscal o del Abogado puede comprender una o varias medidas y, en este caso, de forma conjunta o alternativa, del mismo modo el Juez podrá acordar una o varias medidas, también de forma conjunta o alternativa.

No es imprescindible que se impongan de forma simultánea, así como el cumplimiento sucesivo de las medidas cuando sean incompatibles por naturaleza para cumplirse al mismo tiempo, siempre que en su conjunto no excedan del tope máximo de dos años.

La duración de las medidas, excepto las que son de ejecución instantánea, que carecen de límites temporales, como la de amonestación, fija la Ley el tiempo máximo de duración de las medidas: que es de dos años (art. 16. 1º de la Ley); afectando únicamente a las aflictivas, ya que las medidas como el acogimiento o el tratamiento curativo podrían continuar.

El *dies a quo*, en el cumplimiento de la medida impuesta, se producirá inmediatamente después de la firmeza de la sentencia; en caso de ser la medida de privación del derecho a conducir vehículos de motor, el día inicial del plazo no será desde la firmeza de la resolución, sino a partir del día en que haya nacido el derecho con el cumplimiento de la edad requerida, ya que puede ocurrir que se

imponga dicha medida y aún no se sea titular de ese derecho.

El Juez no podrá establecer una medida más grave que la solicitada por el Fiscal en su escrito de alegaciones o de la pedida por el Fiscal en el acto de la audiencia, en caso de ser distinta a la pretendida en el escrito de alegaciones. Aunque indudablemente podrá fijar medida distinta a la requerida por el Fiscal, pero nunca superior a la solicitada por el Fiscal.

La suspensión del fallo se contempla en el art. 16.3 que se inicia así: “en atención a la naturaleza de los hechos, el Juez de Menores, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o del Abogado, podrá decidir la suspensión del fallo”. Con la suspensión del fallo no se acuerda en ese momento medida alguna, y sin embargo en el inciso final del citado art. 16.3 se establece que si se revocare la suspensión del fallo se dará cumplimiento a la medida acordada por el Juez, por lo que más que suspensión del fallo es suspensión de medida. No en todas las resoluciones puede acordarse la suspensión de la medida, pues el art. 16.3º se inicia así “en atención a la naturaleza de los hechos”. Luego habrá hechos que no estarán abarcados por la suspensión del fallo, y además porque la propuesta de reparación sustitutiva de eventuales medidas debe ser aceptada por el menor y los perjudicados.

El acuerdo puede ser de todos, como ya hemos indicado antes, pero también se puede producir por la voluntad unilateral de la representación del menor si los perjudicados no expresaren un *contrarius consensus* en el tiempo fijado, o si habiendo manifestado explícita oposición, ésta fuera manifiestamente infundada. Si no se acepta la propuesta por el menor no se debe por el juzgador dar lugar a la suspensión del fallo. La Ley tampoco fija de quien debe partir la propuesta, ya que tan solo dice que el Juez acordará la suspensión del fallo si la propuesta se acepta (art. 16.3, párrafo segundo). Y deben ser oídos el equipo técnico, el Abogado, el Ministerio Fiscal sobre la propuesta y el Juez debe valorarla.

El contenido de la propuesta de reparación extrajudicial, la Ley no lo fija, pero puede ser tanto económico como de otro tipo, pero, en cualquier caso, se deberá dejar constancia de la reparación propuesta en un acta, así como del mecanismo de control de su cumplimiento. Ya que se tendrá que tener constancia del cumplimiento de la propuesta, en el plazo que se fijó, siendo determinante de la revocación del acto procesal de suspensión del fallo, con el consiguiente pronunciamiento y efectividad de las medidas a ejecutar ya en forma normal, en el caso de incumplimiento de la reparación propuesta.

El tiempo de duración de la suspensión del fallo, lo será por tiempo determinado, el límite máximo son dos años, el mínimo se encuentra indeterminado.

CAPITULO X

MEDIDAS JUDICIALES

1.- La amonestación.

La amonestación, no está definida por la Ley de 1948 que no explica nada sobre esta medida. Tampoco la Ley Orgánica reciente dice nada sobre la amonestación, aunque la contempla dentro del catálogo de medidas, no la define. Interpretándose el contenido de ésta, igual que el de la reprensión desaparecida del Código Penal , por la Ley Orgánica de Actualización del mismo de 21 de junio de 1989.

Es la más leve de las medidas que pueden imponerse, y se dicta para que el menor comprenda lo inadecuado del hecho cometido y así no lo vuelva a cometer, y se de cuenta que el hecho no ha pasado inadvertido.

Dada la naturaleza de esta medida, compete al Juez de Menores su ejecución, siempre delante del menor y de la familia o representantes legales del menor. Debiéndose ejecutar con el lenguaje apropiado a la edad y nivel cultural del destinatario.

Para el logro de resultados positivos de esta medida, es importante la brevedad del tiempo transcurrido entre la ejecución de los hechos y la respuesta social que se produce, pues, por las particularidades de esta medida, es relevante que el tiempo transcurrido sea mínimo.

Se aplica cuando el hecho no sea grave, o aun cuando lo sea no precise de resocialización el menor y no sean reiterados los hechos cometidos. Debe ser motivada en relación con el caso concreto, no bastando con las genéricas e indeterminadas, no teniéndose que caracterizar por la cordialidad⁵.

2 - El internamiento por un período de uno a tres fines de semana.

Aparece por primera vez regulado en la Ley Orgánica 4/1992 sustituyendo el internamiento breve de la Ley de 1948. La interpretación del último párrafo del art. 45 del Reglamento de Ejecución de la Ley permitía pensar que aquel breve internamiento no podía sobrepasar de 30 días.

La Ley Orgánica 4/1992 no fija ni el momento ni la manera de cumplirse. El art. 125 del reglamento de ejecución establecen que el internamiento breve y el internamiento provisional se cumplirán en la forma y manera que el Juzgado o Tribunal consideren conveniente.

No existiendo inconveniente en que el internamiento durante el fin de semana pueda realizarse bien en un Centro de la Comunidad o en el domicilio del menor, pero en este último caso, deberá articularse un sistema de control de cumplimiento de medida por la Comunidad y no deberá vigilarse en caso de efectuarse en el domicilio del menor, por la Policía uniformada a fin de no estigmatizar al menor en su entorno, debiéndose controlar la medida por funcionarios de la Comunidad.

⁵ CORONADO BUITRAGO. M^a J. "Niños y jóvenes criminales. Medidas y ejecución". Ed Comares. Granada 1995. Págs. 173-174.

Se entiende esta actuación como una medida judicial de carácter sancionador, diferente a la de internamiento cautelar o de tratamiento. Es una medida que proporciona un marco escaso para una intervención educativa. Por lo tanto tiene una finalidad disuasoria.

Se considera apropiada esta medida como respuesta a los delitos menos graves, de menores con cierto nivel de socialización y que disponen de recursos normalizados para su desarrollo personal. También se puede aplicar en caso de que el menor se encuentre en una medida de larga duración y no privativa de libertad.

Entre los objetivos que se pueden conseguir con la imposición de la medida, estarían los siguientes: a) ayudar al menor a asumir la responsabilidad de sus actos, b) dar espacios de reflexión para que el menor pueda asumir los hechos que han motivado la respuesta judicial y las consecuencias sociales que comportan sus actos delictivos, c) incorporarlo a la normativa y dinámica educativa de un Centro, de forma acorde con su proyecto educativo.

La duración de cada fin de semana, será de 36 horas y cuando comprenda más de un fin de semana puede cumplirse en semanas no consecutivas y no deberá aplicarse en fines de semana que coinciden con fiestas, bien de Navidad o Semana Santa o puentes, para evitar así una agravación de la medida.

3.- Libertad vigilada.

La Ley Orgánica, no explica nada en relación a estas medidas por lo que se ha de mirar su regulación por la Ley de 1948.

La medida consiste en arbitrar un sistema de control de el menor bajo el poder de los responsables de su guarda, bajo la supervisión de un Delegado o un Técnico Territorial. Se trata de una intervención sociopedagógica que se

caracteriza por la comunicación de asistencia educativa y de control, desarrollándose en el medio donde habita el menor, teniendo de ventaja esta medida el que no se produzca desarraigo del menor en relación a su ambiente familiar, social, de estudios o aprendizaje.

Supone acción educativa y de control, desarrollándose a través de un método de trabajo individual y social que conjuga ambas actuaciones.

Preferentemente se considera idónea para aquellos casos en que se considere adecuado por parte de los Equipos Técnicos, que son quienes deben efectuar la propuesta, con independencia que luego se solicite o no por el Fiscal y que luego se imponga o no por el Juez en la resolución; el Equipo siempre tendrá en cuenta, a la hora de efectuar la propuesta, la posibilidad de trabajar con el menor en medio abierto, y las carencias que obligan a hacerlo de una manera más global y duradera que con intervenciones puntuales.

Se puede hacer compatible con otras medidas que contribuyan a darle continuidad.

La Ley de 1948 insiste en la función fiscalizadora de las medidas, que cree que en todo momento, ha de enriquecerse bajo la intervención educadora. El art. 118 del Reglamento contempla, en la línea del art. 19 de la Ley, las instrucciones y limitaciones que en relación a la persona del menor comporta la medida de libertad vigilada.

La intervención comienza por una orden judicial y no se cuenta con la voluntariedad o demanda del menor, por lo que la implicación en el proceso debe ser el primer punto de trabajo del abordaje profesional, además de la familia.

El núcleo central de la intervención es el menor y por eso se parte

esencialmente de un proyecto educativo individualizado como forma de estructuración de la intervención.

Se efectúa la intervención individualizada en el medio socio familiar, lo que implica:

- Una actuación sobre el medio familiar, como núcleo básico de socialización, en el que el educador debe promover cauces, dar pautas educativas y potenciar capacidades y recursos propios, así como lograr la implicación en el proceso educativo.

- Una intervención en el medio educativo desde el plano sociocultural, que exige una conexión con la situación escolar formativa y con los grupos de relación del menor.

La eficacia de la medida depende de la dedicación de los delegados y del otro personal educador que ha de intervenir en el caso en concreto, y el control judicial y posibilidades del medio familiar y social. Todo lo indicado anteriormente conlleva la utilización al máximo de los recursos comunitarios existentes en el medio del menor, siendo necesaria una óptima coordinación.

Exige todo ello, un esfuerzo de coordinación y trabajo multiprofesional.

En la resolución del Juzgado de Menores ha de establecerse la continuidad de la medida de conformidad cuando sea conveniente. con el informe y pronóstico del equipo educativo que haya intervenido, asegurándose la frecuencia de la información de los delegados, los que pueden hacer propuestas para asegurar la finalidad de lo acordado.

Se suele imponer a menores que sin cometer hechos muy graves presentan

carencias escolares, educativas, familiares, personales, que necesitan una intervención prolongada en el tiempo.

4.- El acogimiento por una persona o núcleo familiar.

Esta medida es una medida de reforma, no de protección, en cuanto deriva de la comisión de un hecho delictivo. Es diferente de la establecida por el art. 172 del Código Civil, puesto que aquí las causas motivadoras de la decisión judicial son las acciones del menor, no las de sus padres.

Esta medida ya existía en la Ley de 1948, aunque con otra terminología, que era la de colocación bajo custodia de otra persona, familia o de una sociedad tutelar, acortando reduciendo las posibilidades acogedoras esta Ley actual, al suprimir las sociedades y poner el acento en la proximidad personal y familiar.

Se trata de cambiar al menor del sitio de residencia y de las personas bajo las que convive; la persona o grupo familiar han de contar con idoneidad.

Por extensión, se entiende que las personas a las que se entrega el menor deben haber sido estudiadas y seleccionadas por la entidad pública que corresponda. Por las características y edades de los menores que llegan a tener contacto con los Juzgados de Menores, sería necesaria una campaña previa de captación y ofrecer la posibilidad de que este tipo de acogimiento fuera remunerado.

Podría imponerse en caso de que el menor sea confiado a alguna persona o algún miembro de su familia.

Esta medida lleva implícito el seguimiento de su ejecución. La Ley de 1948 la imponía conjuntamente con la medida de libertad vigilada o al menos se exigía el

nombramiento de un delegado.

El seguimiento se tenía que ejercer sobre el menor y la familia o persona acogedora así como sobre la familia biológica.

Se impondrá esta medida en aquellos casos que no sea necesario separar al menor de su hogar, y no se considere adecuado para el menor el ingreso en un Centro de régimen abierto.

Esta medida, desde que se publicó la Ley Orgánica 4/1992 de 5 de Junio, sobre reforma de la Ley Reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores, no se ha puesto en aplicación, ya que la Administración aún no ha designado qué familias o personas se encargarían de acoger a los menores que se les impusiera esa medida. Por tanto, esta medida no ha tenido una eficacia práctica, a pesar de su inclusión en el catálogo de las que contempla la Ley.

5.- Privación del derecho a conducir ciclomotores o vehículos a motor.

Es una medida que la Ley de 1948 no contemplaba, y tampoco la leyes anteriores, por lo que es una medida inédita en nuestro país. Ocupa el cuarto lugar en la relación de medidas del art. 17 de la Ley 4/1992, no teniendo una explicación lógica su ubicación, ya que aunque haya de imponerse con un termino de duración, no comporta un seguimiento educativo, y claro es que su ejecución habrá de efectuarse por el propio Juzgado.

Por ciclomotor según el art. 4º del Código de la Circulación es la bicicleta que conservando sus características propias está provista de un motor auxiliar de cilindrada no superior a 50 centímetros cúbicos, o de un motor eléctrico equivalente y que por construcción no puede pasar en llano de 40 kilómetros por hora.

Para poder conducirlos hay que obtener un permiso que ha de obtener quien lo desee, pero es requisito tener cumplidos los dieciséis años de edad, aunque la Orden de fecha de 7-10-1982 prevé que con mas de 14 años también es posible obtenerlo siempre que se hayan superado las pruebas que fija el Ministerio de Justicia e Interior a propuesta de la Dirección General de Tráfico, que son teóricas y practicas.

El vehículo de motor es el coche o motocicleta, que es todo automóvil o vehículo, en el que el motor está unido a la estructura que soporta a la vez una de las ruedas, sea cual sea el numero total de ruedas. Para conducir este tipo de vehículo se precisa permiso y tener los dieciséis años cumplidos, por lo que se refiere a las motocicletas de cilindrada que no exceda de 75 centímetros cúbicos. Para el resto de motocicletas de superior cilindrada y automóviles es necesario tener los dieciocho años.

Por la propia configuración legal y regulación del derecho a conducir ciclomotores y vehículos de motor, queda reservada para menores con más de 14 años o mayores de esta edad y mas de dieciséis años para las motocicletas cuya cilindrada sea superior a los 75 centímetros cúbicos.

La privación del derecho a conducir ciclomotores y motocicletas puede suponer en caso de tenencia de permiso o licencia la retirada del mismo, y en caso de que no se tenga por el menor se le puede privar de la facultad de obtenerlo durante el plazo fijado en la resolución.

Como con las demás medidas hay que señalar el termino de duración y para ejecutar esta medida es necesario que el Juzgado retire el permiso o carnet durante el tiempo de cumplimiento de la medida y además oficie a la Dirección General de Tráfico para que no expida ningún permiso o carnet durante el tiempo de

cumplimiento de la medida, y en caso de que el menor no esté en posesión del permiso o carnet es necesario que el Juzgado oficie a tráfico para que no expida licencia o permiso durante el tiempo de cumplimiento de la medida.

Esta medida no es una medida educativa, por tanto no precisa de seguimiento educativo y no interviene la Administración en su ejecución, ejecutándola el Juzgado. Es una medida disuasoria, que se impone en caso de imprudencias, tanto en caso de delito como de falta, en caso de que el menor cometa un delito contra la seguridad del tráfico de los previstos en el Código Penal, arts. 340 Bis a), b), c), d). También se impondrá la medida en los casos de reiteración de delitos o faltas de hurtos o robos de ciclomotores o utilizaciones ilegítimas de vehículos a motor ajeno.

6.- Prestación de servicios en beneficio de la Comunidad.

Esta medida era inédita en la legislación de menores hasta la aparición de la Ley Orgánica 4/1992. Muy utilizada en otras legislaciones, así se puso de manifiesto en el XI Congreso Internacional de Juzgados de Menores y de Familia, celebrado en agosto de 1982 en la ciudad de Amsterdam, en el que se propugnó esta medida como alternativa adecuada en la búsqueda de medidas con continuidad, y más pedagógicas que han tratado de conseguir. Responsabiliza personalmente al menor dentro de la comunidad y como miembro de ella. Siendo una solución integradora que fomente, al mismo tiempo la responsabilidad de la comunidad absorbiendo el comportamiento desviado.

Se presenta de distintas formas, en Francia por ejemplo se regula como una alternativa a la prisión para jóvenes de dieciséis a dieciocho años y no como una medida judicial, sino una alternativa, ya que cuando hay reparación no hay procedimiento. Esta medida puede tener relación con el tratamiento intermedio inglés, que también se adopta en otros países y que consiste en la incorporación del

menor a programas educativos.

El único precedente en nuestra legislación se encontraba en el proyecto de la Ley anterior que preveía la imposición de reglas de conducta.

Esta medida consiste en la realización por parte del menor infractor, de una serie de servicios en favor de la Comunidad. Las tareas que se le encomienden han de adaptarse a sus capacidades y desarrollo personal, y preferentemente estar relacionada con la naturaleza de los hechos.

Tiene esta medida aspectos muy positivos tanto en relación con el menor, como en relación con la Comunidad. En el primer aspecto ayuda al menor a adquirir unos conocimientos específicos, a descubrir el sentido que tienen los servicios, la utilidad que prestan a la colectividad y a aprender a relacionarse de forma positiva con los mismos, y a responsabilizarse de sus propios actos. En el segundo aspecto se trata de conseguir la implicación de la Comunidad en aquellos conflictos que se generan dentro de ella, y a la vez se le dan posibilidades de un acercamiento al mundo y problemática de los jóvenes, sin olvidar los elementos realmente reparatorios que indudablemente aporta la medida.

- Con esta medida se potencian los supuestos que comportan responsabilización del menor infractor y utilidad a la víctima, haciéndose mas cercana y positiva la imagen de la justicia.

- Debe contarse con el consentimiento previo del menor, ya que es voluntario para él mismo, no es un trabajo, además se debe contar con el consentimiento de la entidad, en que se vaya a desarrollar la actividad.

- No puede alterar la actividad escolar y formativa del menor, por lo que se efectuará en horas de tiempo libre, tendrá que ser proporcionada tanto la actividad

que suponga, como la duración de la misma con el hecho cometido y circunstancias del menor; el servicio en beneficio de la Comunidad en ningún caso será remunerado.

- Se acordará, decidiendo el lugar donde se va a realizar, así como el tipo de actividad, horario y duración global, y suscrito por el menor el compromiso de realización.

La reparación viene contemplada en la Reglas de Beijing y entre las recomendaciones del Consejo de Europa, entendiéndola como una posibilidad de exclusión de la intervención judicial y por tanto como un sistema de desviación. Así el Fiscal puede proponer al Juez la conclusión en la tramitación de las actuaciones nada más iniciadas cuando los hechos revistan poca gravedad y las condiciones o circunstancias del menor lo permitan, y no se haya reparado el daño causado. Será el Equipo Técnico quien tendrá en su informe que hacer constar y plasmar esta circunstancia.

Una vez dictada la resolución nuevamente aparece, como consecuencia de la suspensión de la decisión que se hará por un tiempo determinado y condicionado a una reparación aceptada por el menor debidamente asistido y los perjudicados, o cuando estos no manifiesten su oposición aunque no la acepten, la Ley Orgánica, prevé detalladamente el procedimiento de suspensión de la decisión judicial y la aceptación de la reparación, en el cual habrá de oírse al Equipo Técnico sobre la reinscripción, indicando asimismo que habrá de establecerse el mecanismo de control de cumplimiento de la medida que efectuara la Administración. La Ley habla erróneamente de extrajudicial, y en modo alguno es extrajudicial ya que ha de intervenir el Juzgador.

Por tanto la reparación aparece como medida de desviación de la intervención judicial, y como contingente alternativo a la medida judicial, en caso

de suspensión de la resolución, quedando como medida el servicio en beneficio de la comunidad. La reparación se dirige a compensar el daño individual y la prestación de servicios un daño social.

Se impondrá esta medida en casos de delitos de daños, y en general en aquellos delitos contra la propiedad. Únicamente es compatible esta medida con la de libertad vigilada.

Esta medida se ejecutará por la Comunidad, y para su ejecución se tendrán que efectuar acuerdos con entidades que puedan desarrollar proyectos, siendo obligación de la Administración prever los recursos necesarios para afrontar las eventuales responsabilidades que se puedan producir durante la realización de la actividad, por accidentes o daños a terceros. No podrán realizarse actividades por el menor a través de esta vía que supongan peligro o sean nocivas para su salud, Así en aquellos casos tan de actualidad en el que los menores efectúan pintadas en el metro de las ciudades o en paredes, no se pondrá la limpieza de estas paredes como reparación ya que para limpiar dichas paredes se tendrá que utilizar sustancias disolventes que pueden entrañar un riesgo para el menor, pues no esta familiarizado con su manejo además de tener que llevar un material adecuado, por tanto no se propondrá esta medida. Tampoco se identificara esta medida con trabajos forzados, sino con trabajo, pero en este caso tampoco se podrá ejecutar pues el derecho laboral impide que los menores de dieciséis años puedan acceder al mercado laboral. Más que trabajo consistirá en una actividad.

7.- Tratamiento ambulatorio o ingreso en un Centro de carácter terapéutico.

Esta medida contiene en realidad dos actuaciones o medidas diferentes; el tratamiento ambulatorio e ingreso en un Centro de carácter terapéutico, no teniendo ninguna de las dos medidas antecedentes en la legislación anterior.

El tratamiento ambulatorio es más una regla de conducta que precisa de seguimiento por parte de un delegado o trabajador social. El ingreso es una variante de la medida de internamiento, de carácter eminentemente terapéutico.

El tratamiento ambulatorio es una medida que implica la permanencia del menor en su propio entorno, con asistencia al Centro de tratamiento, y como consecuencia del art. 19, admite compatibilidad con la medida de libertad vigilada, no ocurre así con la medida de ingreso en Centro Terapéutico que no es compatible con la medida de libertad vigilada.

Al Tratamiento Ambulatorio han de preceder siempre informes médicos, psiquiátricos y psicológicos, no necesariamente de Médicos Forenses, de los Equipos Técnicos, y se aplica a menores infractores en los que destaca su adicción a las sustancias tóxicas, alcohol o estupefacientes o presentan problemas psiquiátricos que afectan de forma importante a su desarrollo.

El Ingreso en Centro Terapéutico se aplicara en los casos de adicción a drogas o alcohol muy graves, siempre previa comisión de un hecho delictivo.

Sería importante para la aplicación de la medida de Tratamiento Ambulatorio, aunque no imprescindible, la conformidad previa del menor, ya que si no se cuenta con el menor a la hora de ejecutar esta medida, no tendrá ninguna

eficacia practica su imposición.

La asistencia será controlada por un profesional del Equipo de Trabajo en medio abierto, que apoyara al menor en su evolución, y dará eficacia al Tratamiento Ambulatorio.

El ingreso en un Centro Terapéutico, se podrá efectuar coactivamente, no existen aún estos Centros ni en las Comunidades Autónomas que tienen medios, bastando en ocasiones los Centros que no sean específicos, y en los que haya alguna Unidad en que se de acogida a los jóvenes, sin que sea imprescindible su autonomía; y al no tener las Comunidades recursos propios en este campo deberían llegar las Comunidades Autónomas a acuerdos con subvención y reserva de algunas plazas, tanto en los Centros Asistenciales de la Seguridad Social y que pertenecen a la red pública, como los pertenecientes a sociedades y entidades particulares. La no existencia en España de Centros adecuados para internar a menores enfermos psíquicos, generan estos un grave problema familiar, debiéndose crear con urgencia estos centros.

8.- Ingreso en un Centro de Régimen Abierto, Semiabierto o Cerrado.

El ingreso en un Centro es la última de las medidas que contempla la actual Ley Orgánica , y la mas grave de las medidas, es la medida tradicional de internamiento, la Ley actual, no hace mas que establecerla pero nada desarrolla respecto a la misma, se carece por tanto de un *status* jurídico sobre el internamiento de los menores en régimen cerrado, abierto o semiabierto, la Ley de 1948 lo regulaba aunque todo lo que decía de esta medida, ha ido quedando derogado como consecuencia de la descentralización administrativa que ya atribuyó sus competencias, a las Comunidades Autónomas en esa materia. No existen reglamentos generales, en todo caso reglamentaciones particulares de régimen interno, quedando todo al arbitrio de organismos de las Administraciones

Central o Autonómica, el marco jurídico normal queda reducido a un director del Centro que decide, unos educadores y el menor. Pero el menor tiene sus derechos que no pueden ser vulnerados, por lo tanto en dichos Centros tendrán que elaborar unos informes sobre el comportamiento del menor, y los cambios que experimente el mismo, evolución y demás circunstancias que afecten al menor.

El Juez de Menores adoptará mecanismos de control en la ejecución de esta medida, el art. dieciocho de la Ley de 1948, no derogado, concede al Juez una vigilancia de todas las incidencias con carácter permanente; en este sentido el Juez de Menores es un Juez de vigilancia con todas sus consecuencias. También es básica la intervención del Fiscal en estas medidas, así como la intervención del Abogado del menor, los que podrán pedir la emisión de informes al Centro, Así como la reducción de la medida o que quede sin efecto, tal y como prevé el art. 23 de la Ley.

La medida de ingreso queda claro, que puede aplicarse con tres tipos de atención diferente, en un centro de régimen abierto, semiabierto y cerrado.

El internamiento en régimen cerrado, aunque la Ley no dice nada, pero sólo se ha de aplicar cuando las medidas utilizables o utilizadas con anterioridad hayan fracasado o se prevea el fracaso de las mismas, por tanto al ser la "ultima ratio" se tendría que haber contemplado así en la Ley y no como una medida más, aplicándose la medida de internamiento en caso de delitos muy graves, y para el supuesto de menores que siendo reincidentes la aplicación de otras medidas no haya dado un resultado positivo.

En el art. 16 se establece que si el Juez impusiere alguna de las medidas que se contemplan en el art. 17, se expresará su duración que no excederá de dos años. Asimismo en la Exposición de Motivos de la Ley dice que se establece un límite temporal a la duración de la medida de internamiento. Es un acierto la limitación

con respecto a la Ley anterior que lo dejaba al arbitrio del Juez, pero sin embargo aun siendo buena la existencia de el limite en sí, reducirlo a dos años quizá no satisfaga a la sociedad, pues hay casos, por desgracia cada vez más frecuentes, en los que intervienen menores y que son de extrema gravedad, en los que en dos años es difícil la completa recuperación del menor, por lo que genera desasosiego colectivo la tan rápida puesta en libertad, y sería conveniente que la próxima ley penal juvenil, limite la duración de las medidas también., pero que amplíe el plazo de duración. Este cambio sería beneficioso además de para la sociedad para el menor, pues a éste se le genera un perjuicio si no está rehabilitado y se le deja en libertad, con el consiguiente riesgo de que vuelva a reincidir.

CAPITULO XI

REVISIÓN DE LAS MEDIDAS JUDICIALES

Las medidas adoptadas por el Juez de menores en resolución pueden ser reducidas y aún dejadas sin efecto por el propio Juez que las dictó (art. 23), con la excepción de la número 1 del art. 17 de la Ley que es la medida de amonestación. Así las medidas cuyo cumplimiento sea continuado y sin intermitencias, se reducen o extinguen antes del día de su cumplimiento efectivo.

La extinción anticipada no plantea problemas, si los plantea el de la reducción de la medida, ya que puede referirse tanto al tema de la reducción temporal o incluso que la reducción suponga la sustitución de una medida por otra que incluso sea de distinta naturaleza.

Caben las dos posibilidades tanto la reducción temporal como la sustitución de una medida por otra siempre que no sea mas gravosa la que sustituye a la impuesta, pues un internamiento si puede ser sustituido por una medida de libertad vigilada, pero no a la inversa ya que supondría una agravación e iría contra la seguridad jurídica, aún tratándose de medidas y no de pena y dado el carácter invariable de las resoluciones judiciales tal y como lo contempla el art. 161 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por lo que sujetándonos al tenor literal del art. 23 de la Ley Orgánica 4/1992, que no dispone en modo alguno que las resoluciones sean variables en su contenido, sino únicamente reducibles en cuanto a la medida impuesta, tanto temporalmente como sustituyéndose una medida por otra siempre de menos gravedad.

Cuando se puede reducir o dejar sin efecto el cumplimiento de una medida, para que se produzca se ha de efectuar por el Juez, pero una vez iniciado el

cumplimiento ya que el Juez acordará la reducción o extinción a la vista de los informes que se emitan sobre su cumplimiento y el desarrollo del menor, haciendo desaconsejable la continuación del cumplimiento de la medida porque ofrezca la posibilidad de buen comportamiento tanto si se deja en libertad como si se le cambia de régimen de cumplimiento, de un régimen cerrado a semiabierto o al abierto o de una de estas medidas a la de libertad vigilada.

La reducción o cancelación la acuerda el Juez, pero los legitimados para iniciarla según la Ley son el Ministerio Fiscal y el representante legal del menor tal y como establece el art. 23 de la Ley, sin que pueda efectuar la defensa la iniciación al excluirla la Ley al no mencionarla. La próxima ley del menor habrá de incluir a la defensa del menor como idónea al igual que al Fiscal para iniciar la petición de reducción o extinción de la medida, pues carece de sentido que la actual Ley no lo contemple así.

CAPITULO XII

RECURSOS

El art. 16 números 4 y 5 dispone que contra los autos y resoluciones de los Jueces de Menores cabe el recurso de apelación ante la audiencia Provincial, que se podrá interponer en el plazo de cinco días, contados a partir de su notificación; y contra las providencias de los Jueces de Menores, cabe recurso de reforma ante el propio Juzgado, que se interpondrá en el plazo de tres días contados a partir de su notificación.

Dado el carácter supletorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no serán recurribles las excepciones que en ella estén exceptuadas como: autos de abstención (art. 55); auto admitiendo práctica de pruebas para la apertura de la audiencia (art. 659.3); auto que desestima la recusación (art. 228 de la L.O.P.J. que modifica en este punto el art. 69 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sin perjuicio, obviamente, de hacer valer esa causa de recusación que se pretende a través de los recursos que procedan contra la resolución definitiva).

El recurso de reforma se tramita conforme a las normas que lo regulan en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, artículos 787 y 222 de la mencionada Ley.

La inadmisión de un recurso por parte del órgano judicial da lugar a un recurso de queja que se interpondrá ante la audiencia Provincial correspondiente.

El recurso de apelación, establece el art. 16 de la Ley cuando se ha de formular y contra qué resoluciones se formulará, pero nada dice la Ley del trámite que se ha de seguir para el recurso de apelación, y teniendo en cuenta lo dispuesto, en la disposición adicional segunda de la Ley Orgánica reguladora de la

Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores, que establece que “...En lo no previsto expresamente en esta Ley, serán supletorias las normas contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y en el Código Penal”; el Código Penal nada establece sobre recursos, y en la Ley de Enjuiciamiento Criminal existen tres formas de tratarse los recursos de apelación de modo distinto, según se trate de un juicio de faltas, del procedimiento abreviado o el previsto para el sumario ordinario; en la práctica la forma más rápida para resolver las apelaciones es la del procedimiento abreviado y la seguida para el juicio de faltas, siendo el régimen de ambas muy similar tras la última reforma operada por Ley de 30 de abril, 10/ 1992. Quizá hubiese sido la más adecuado dadas las características de procedimiento, ya que si se hubiese adoptado desde el principio el trámite de apelación seguido en cualquiera de los dos procedimientos, el de faltas o el abreviado dada la rapidez de ambos trámites frente a la lentitud del sumario ordinario, además con el criterio de un sólo trámite se hubiese unificado y habría sido más cómodo a los efectos prácticos; pero inicialmente tras publicarse la Ley en una reunión de Jueces de Menores, en la que participaron los de la Comunidad de Madrid tanto los titulares de los órganos unipersonales, como los de la Sección IV de la audiencia Provincial que tiene atribuido el conocimiento de las apelaciones de las resoluciones dictadas por los Juzgados de la Comunidad de Madrid, se acordó por los allí asistentes, que para las apelaciones se seguiría el trámite de según y en función de que pena correspondería por el delito en el Código Penal, se continuaría el procedimiento correspondiente; o sea que si el menor comete una falta, la apelación se tramitaría por las normas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, correspondientes a la apelación del juicio de faltas, si el hecho que se imputa al menor fuese de los que les correspondiese una pena si fuera mayor de edad, de las que dan lugar al procedimiento abreviado y si el delito que se imputa fuera de los que si fuere mayor de edad se seguirían las normas del procedimiento de apelación del sumario ordinario, entonces el trámite a seguir en apelación, sería el del sumario ordinario. Este acuerdo se entiende naturalmente, sin perjuicio de la independencia de cada órgano judicial en el ejercicio de sus funciones.

Con posterioridad, en las conclusiones de las jornadas de menores, celebradas los días 18, 19 y 20 de noviembre de 1992, de los Jueces y Fiscales de Menores, organizadas por el Consejo General del Poder Judicial y la Fiscalía General del Estado se acordó respecto a la apelación que todas las resoluciones de los Jueces de Menores, se tramitaran por las normas del proceso abreviado, sin perjuicio de la aplicación supletoria de las normas generales de los recursos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Se constata la necesidad de que a dichas apelaciones se les de un trámite de carácter urgente y preferente en las audiencias Provinciales dado el fin que se persigue en esta jurisdicción. Todo ello sin perjuicio de la independencia de cada órgano jurisdiccional en el ejercicio de sus funciones.

Legitimados para interponer el recurso de apelación, lo están únicamente el Ministerio Fiscal y el Abogado del Menor, no permitiendo la Ley la intervención de los perjudicados en el procedimiento de reforma ejercitando acciones penales (art. 15.2), por lo que no siendo parte en el procedimiento no podrán recurrir las resoluciones que se adopten por el Juzgado de Menores; pero la Ley no prohíbe el ejercicio de acciones civiles por el perjudicado por lo que se habrá de notificar la resolución que se adopte poniendo fin al procedimiento, para que puedan ejercitar las acciones civiles correspondientes, ante el Juzgado de 1ª Instancia competente. En las jornadas sobre justicia celebradas los días 18, 19, 20 de noviembre de 1992 organizadas en el C.G.P.J y la Fiscalía General del Estado también se acordó que teniendo en cuenta la imposibilidad legal del ejercicio de acciones por particulares en procedimientos de reforma de menores, habrán de notificarse las resoluciones y autos que pongan fin al procedimiento a las personas que puedan verse afectadas por ellas, conforme a lo dispuesto en el art. 20 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Contra las resoluciones que dicten las Audiencias Provinciales no cabe recurso alguno, por lo que el legislador priva a esta jurisdicción del recurso de

casación que hubiese sido de gran eficacia tanto jurídica como práctica, la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Sería conveniente en caso de que no se atribuya al Tribunal Supremo la posibilidad de conocer en casación el conocimiento de estos asuntos, que se atribuyera la apelación de estos procedimientos a una Sala de la audiencia Nacional que se creará a tal efecto con la finalidad de unificar doctrina y criterios a aplicar en todo el territorio nacional, quitando por lo tanto el conocimiento de estos asuntos a las audiencias Provinciales.

La creación de un Defensor del Pueblo del Menor, con la misma finalidad que el de mayores, y dedicado a los menores de edad.

(Confrontar con Anexo III).

PARTE X

EL JUICIO DE FALTAS DE LA LEY

ORGÁNICA 4/1992

PARTE X

ANÁLISIS DEL JUICIO DE FALTAS

El art. 9 de la Ley Orgánica 4/1992 determina en su último número que los Jueces de Menores, son competentes para conocer de las faltas cometidas por mayores de edad penal comprendidas en el art. 584 del Código Penal, excepto de la de su número 3. La nueva ley deja subsistente el antiguo número segundo de la Ley del Tribunal Tutelar de Menores y ello tiene sus problemas:

1. Esto supone un error de interpretación por cuanto el antiguo número 2 de la Ley del Tribunales Tutelares de Menores tenía su razón de ser en cuanto la Ley regulaba tanto la protección como la reforma de menores, pero al suprimirse en virtud de la Ley 21/1987 llamada de adopción, por cuanto modificó determinados artículos del Código Civil en esa materia, la competencia de Protección de menores que pasó a ser de las comunidades autónomas, este artículo perdió su razón de ser, ya que si los antiguos Tribunales Tutelares de Menores hoy Juzgados de Menores, ya no tenían competencia en materia de protección de Menores, no teniendo sentido que tuvieran competencia en el enjuiciamiento de mayores de edad penal por faltas cometidas contra menores, al dejar de cumplir los deberes de guarda o asistencia a que están obligados o cuando no les presten el debido auxilio o bien cuando quebranten las resoluciones judiciales adoptadas en protección de menores, todos ellos son supuestos del art. 584 del Código Penal, que evidentemente se refieren a casos en los que el menor es víctima de una situación injusta relacionada directamente con la necesidad de su protección, sin que ello tenga ninguna relación con la actuación del Juez de Menores, que es

únicamente competente para conocer de los delitos o faltas cometidos por menores¹.

2. El art. 97 de la Ley Orgánica del Poder Judicial estableció: “Corresponde a los Jueces de Menores el ejercicio de las funciones que establecen las leyes con los menores que hubieren incurrido en conductas tipificadas por la Ley como delito o falta y aquellas otras que, en relación con los menores de edad, les atribuyen las leyes”.

La competencia respecto de los mayores de edad penal, según dispone el anterior artículo, no la tienen atribuida estos órganos judiciales y si los Juzgados de Instrucción, por tanto la ley no tendría que haberles atribuido esta competencia a los Juzgados de Menores; además de por lo expuesto también al tener atribuidas la competencia territorial estos Juzgados de Menores, al ámbito Provincial tiene que conocer de esas faltas los Juzgados de Menores, ya que si no tuviesen atribuida la competencia serían los Juzgados de Instrucción los que conocerían de las faltas y por tanto sería más cómodo para el justificable, ya que se evitaría desplazamientos innecesarios de los distintos municipios a las capitales de provincia donde están ubicadas las sedes de los Juzgados de Menores.

No existe dificultad alguna para la ejecución de las penas privativas de libertad y las penas pecuniarias sujetas al régimen general. Pero al final del artículo 584 del Código Penal se dispone que los padres o tutores mencionados en los números 1º y 2º de este artículo, podrán ser suspendidos en el ejercicio de los derechos inherentes a la patria potestad o a la tutela sobre el menor.

La suspensión de la patria potestad estaba reconocida en el Código Civil art. 171 : Los Tribunales, decía esta norma podrán privar a los padres de la patria potestad o suspender su ejercicio. El Código Penal de 1944 incorpora a su texto el

¹ ORNOSA FERNÁNDEZ . Mº R. Op. Cit pág. 161

abandono de familia como infracción penal, su artículo 487 preveía que los Tribunales podrían acordar la privación de la patria potestad, y en el art. 584, cuando los hechos fueran de menos entidad o constitutivos de falta, se disponía que los padres podían ser suspendidos en el ejercicio de su derecho a la guarda y educación del menor. Existiendo coincidencia entre el Código Civil y el Código Penal; para los hechos mas graves privación de la patria potestad y para los hechos menos graves se imponía la de suspensión.

Hoy la situación es distinta. Permaneciendo en sus líneas generales los artículos 487 y 584 tras la reforma operada por la Ley Orgánica 3/1989 de 21 de julio. Sin embargo el Código Civil en materia de patria potestad experimento una importante modificación con la Ley de 13 de mayo de 1981. El nuevo texto desconoce la suspensión de la patria potestad. El art. 170 dispone ahora que el padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma, en causa criminal o matrimonial. No obstante la patria potestad suspendida permanece en el art. 243.1º del Código Civil cuando dispone que no pueden ser tutores los que estuvieren privados o suspendidos en el ejercicio de la patria potestad.

La privación total significa privación pero no privación definitiva art. 170 del Código Civil párrafo 2º, ya que en el citado artículo establece la recuperación de la patria potestad cuando hubiera desaparecido la causa que origina su pérdida. La privación parcial tampoco significa suspensión. Si la patria potestad tiene conforme al art. 154 y concordantes del Código Civil, un contenido de carácter personal (guarda, alimentación, educación) y un contenido patrimonial (administración, representación, usufructo limitado), la privación parcial abarcará algunas de las funciones que integra la patria potestad, en tanto la suspensión es la privación temporal del ejercicio de todas las funciones de la patria potestad. A ello se refiere el último párrafo del art. 584 del Código Penal en el texto de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio “podrán ser suspendidos en el ejercicio de los

derechos inherentes a la patria potestad”, en tanto ese mismo artículo en su redacción anterior afirmaba que podrán ser suspendidos en el ejercicio de sus derechos a la guarda y educación del menor. Esto si era privación parcial.

Determinado el contenido de la suspensión de la patria potestad queda sin delimitar cual será el tiempo de la suspensión. No el tiempo de la condena privativa de libertad, porque la suspensión de la patria potestad no es una pena accesoria sino medida establecida en beneficio del menor. Tampoco el tiempo asignado a las penas de suspensión de derechos públicos en el Código Penal. El tiempo esta legalmente indeterminado. Pero creo puede acordarse en la sentencia en que se recupera la patria potestad suspendida cuando hubiese cesado la causa que motivo la suspensión, al modo prevenido en el art. 170, párrafo 2º del Código Civil.

Pero con la entrada en vigor del nuevo Código Penal que será en el mes de mayo de 1996 se establece una modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, del siguiente en la Disposición Final Primera, del siguiente literal:

“Art. 14.”

Tercero. Para el conocimiento y fallo de las causas por delitos menos graves, así como de las faltas, sean o no incidentales, imputables a los autores de esos delitos o a otras personas, cuando la comisión de la falta o su prueba estuviesen relacionados con aquellos, el Juez de lo Penal de la circunscripción donde el delito fue cometido o el Juez Central de lo Penal en el ámbito que le es propio.”

“Art. 779.

Sin perjuicio de lo establecido para los demás procesos especiales, el procedimiento regulado en este Título se aplicará al enjuiciamiento de los delitos castigados con pena privativa de libertad no superior a nueve años, o bien con cualesquiera otras penas de distinta naturaleza, bien sean conjuntas o alternativas, cualquiera que sea su cuantía o duración”.

Desaparece como consecuencia de la entrada en vigor del nuevo Código Penal, el conocimiento por los Juzgados de Menores de las faltas cometidas por mayores de edad y tipificadas en el art. 584 del Código Penal con excepción del párrafo 3º, atribuyéndose el enjuiciamiento y fallo de estas faltas a los Juzgados de lo Penal. Por lo que se le quita esta competencia a los Juzgados de Menores.

Pero es que además con la entrada del actual Código Penal en vigor, el art. 584 del Código Penal pierde su anterior contenido, por lo que ya no podrán conocer los Juzgados de Menores de dichas faltas, ya que no existe disposición que adapte la normativa nueva a la Ley de Menores.

Contemplándose únicamente en el libro III del nuevo Código Penal, Título Primero de las Faltas contra las personas, en el art. 622 parte del contenido del art. 584 del anterior Código y que dispone que “Los padres, tutores o guardadores de un menor que, sin llegar a incurrir, en su caso, en el delito de desobediencia, quebrantarán la resolución adoptada por el Juez o Tribunal, apoderándose de menor, sacándolo de la guarda establecida en la resolución judicial o por decisión de la Entidad pública que tenga encomendada la tutela, retirándolo del establecimiento, familia, persona o institución tutelar a quien se le hubiese encomendado, o no restituyéndolo cuando estuvieran obligados, serán castigados con la pena de multa de uno o dos meses”.

Haciendo un análisis comparativo de éste artículo y el 584 del Código de 1944, únicamente se recogen en el art. 622 actual, parte del contenido del anterior que se establecía en sus apartados 6º y 7º, no regulando nada sobre los apartados 1º a 5º.

PARTE XI

ANTEPROYECTO DE LA LEY
ORGÁNICA PENAL JUVENIL Y DEL
MENOR

TITULO XI

La Ley Penal Juvenil y del Menor es obligada consecuencia de la modificación de la edad penal que se introduce en el art. 20 del Proyecto de Código Penal común o de los adultos. Con antecedentes en la propuesta de Anteproyecto de Código Penal de 1993 (art. 22.3) y en su inmediato antecesor, el Proyecto 1992, dispone el Proyecto de 1994 en su art. 20 lo que sigue:

“Los menores de dieciocho años no serán responsables con arreglo a este Código. Cuando un menor de dicha edad cometa un hecho delictivo podrá ser responsable con arreglo a lo dispuesto en la Ley Penal Juvenil y del Menor”.

Con posterioridad y tras la publicación del Código Penal que entra en vigor en mayo de 1996 establece el art. 19 “Los menores de dieciocho años no serán responsables criminalmente con arreglo a ese Código”. Cuando un menor de dicha edad cometa un hecho delictivo podrá ser responsable con arreglo en la ley que regula la responsabilidad penal del menor.

Se equipara así la mayoría de edad a todos los efectos jurídicos, penal, civil y político. El anteproyecto resulta plenamente satisfactorio cuando configura definitivamente a los Juzgados de Menores como órganos especializados de la jurisdicción de menores; cuando proclama el principio acusatorio y la primacía en la oralidad de las actuaciones; cuando establece una nueva delimitación del ámbito subjetivo en la Ley al elevar al mayoría de edad a los dieciocho años de edad equiparándola a la mayoría civil y política; en sintonía con el Proyecto de Código Penal actualmente en las Cortes al tiempo que excluye de su ámbito de aplicación a los menores infractores de trece años de edad. Destacar la aplicabilidad de la Ley a los menores de veintiún años, en circunstancias especiales, si bien en la práctica la

aplicación de esta disposición será problemática. La acción penal podrá ser ejercitada, además de por el Fiscal, por el ofendido; se omite la que parece ser necesaria referencia a sus representantes, en el ejercicio de la acusación particular, no cabe en cambio la acusación popular, lo que no parece conforme con el art. 125 de la Constitución.

Especial elogio merece la consagración de la asistencia y dirección letrada desde el inicio mismo del procedimiento, con la detención preventiva en su caso o adopción de cualquier medida cautelar contra el menor, exigiéndose una especialización cuando el Abogado fuere designado de oficio y estableciendo que su dirección continuará siendo la misma hasta la conclusión del procedimiento en primera instancia.

Destaca la fuerte presencia del Equipo Técnico, que elaborará un informe en todo caso, más allá de lo establecido en la regla decimosexta de Beijing que posibilita excepcionar el informe ante delitos leves, en todo caso, se entiende necesario que la elaboración de dicho informe integre el derecho a la intimidad del menor y de su familia, el derecho a no confesarse culpable y en todo caso clarifique, que no es función del Equipo Técnico, la investigación de los hechos y que sus conclusiones no son vinculantes. Su conocimiento especializado del entorno del menor y de su psicología será imprescindible para la efectiva realización de las medidas alternativas, que como solución opcional al procedimiento se pretenden potenciar en el llamado proceso preliminar, alternativas que permitirán el pleno desarrollo de las medidas educativas previstas, que en definitiva deberían constituirse en el elemento esencial de la reforma de todo menor incluso en una situación de riesgo por una previa actividad infractora.

El principio constitucional de la publicidad se convierte en una de las exigencias más difíciles de realizar en esta jurisdicción. El carácter público de la

Audiencia cuando se tratare de jóvenes, contrasta con la protección a la intimidad que sin distinción de edades se establece en la regla 8ª de Beijing.

La duda existe en este momento para cuando un hecho punible haya sido cometido por mayores y menores, así como la ahora siempre necesaria presencia del menor o joven en el acto de la vista, incluidos los procedimientos de faltas y la concesión al Abogado del plazo de un día para prestar su parecer definitivo, en caso de variación respecto de la acusación provisional. Especial referencia merece el tratamiento efectuado del trastorno mental, especialmente por constituir al Juez en garante de la asistencia médica que el menor hubiere de precisar, si bien será necesario establecer los recursos adecuados al efecto.

Otros aspectos que pudieran ser mejorados, la mixtura que se mantiene en la actualidad inquisitorio-acusatoria, se traslada a este procedimiento.

Es preciso contemplar el tratamiento de la detención preventiva. En este punto y ante la detención de un menor su estancia en dependencias policiales o la Fiscalía no debería exceder nunca de las doce horas.

Se limita el acceso a las actuaciones para el Abogado en la fase del procedimiento intermedia, en la que no está prevista trasladar las actuaciones al letrado para la preparación de su escrito de defensa.

Hay alguna antinomia, así, mientras el art. 39 establece que cuando el autor de los hechos sea menor de trece años el Juez dictará auto de sobreseimiento libre, con remisión a la autoridad administrativa, el art. 48 determina que será el Fiscal quien acordará la remisión de lo actuado al órgano competente, cuando el conocimiento de los hechos no corresponda al Juez de Menores. En este sentido, se observa también cierta contradicción con las disposiciones de la recién publicada

Ley Orgánica del Tribunal del Jurado que introduce importantes modificaciones garantistas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En el Título III, referido a la ejecución de penas y medidas, destaca por su claro compromiso a la plena integración social del joven o menor y el interés mostrado por las medidas educativas. Sin perjuicio de las precisiones que posteriormente comentaremos más adelante, tan sólo manifestar la sorpresa por el grave endurecimiento de las penas previstas para los menores que teniendo ahora como límite temporal los dos años, podrán extenderse hasta los cinco y otras medidas regresivas como el arresto de fin de semana en dependencias o centros policiales¹

¹ Informe elaborado por Colegio de Abogados de Madrid, sobre el "Anteproyecto de Ley Orgánica Penal Juvenil y del Menor". Otrosí, págs. 27 y ss., Julio de 1995.

ÁMBITO PERSONAL DE APLICACIÓN DE LA LEY PENAL JUVENIL

La Ley distingue cuatro clases de menores en función de su edad:

a) niños; serían aquellos que al tiempo de cometer el hecho tuvieren menos de trece años, respecto de los cuales se declara la absoluta irresponsabilidad, sin admisión de prueba en contrario. Alrededor de esta edad cabe situar el límite entre la infancia y la adolescencia. Dice el art. 3 del Proyecto que cuando el autor de los hechos presuntamente delictivos sea un menor de trece años será puesto, en su caso, a disposición de las instituciones administrativas de protección de menores, de modo que el Juez dictará auto de sobreseimiento libre remitiendo la información necesaria a la autoridad administrativa correspondiente (art. 39.2)

b) menores; se considera menor, a tenor del art. 2, a quien en el momento de la comisión del hecho tuviera más de trece y menos de dieciséis años de edad.

c) joven; el proyecto reserva la consideración de joven para quien en el momento de comisión del hecho tuviera dieciséis años de edad y no hubiera cumplido los dieciocho (art. 2).

d) jóvenes adultos; mayores de dieciocho años y menores de veintiuno, a quienes se aplicará, si así se dispone en resolución judicial motivada, debiéndose tener en cuenta, de un lado, la naturaleza y gravedad del hecho, y de otro, las circunstancias personales del autor, especialmente su grado de madurez. Resulta criticable tener que atender a la naturaleza del hecho cometido cuando precisamente puede ser fruto de la inmadurez del joven. Por ello creo que el único criterio válido es la valoración de la madurez del

joven presupuesta su capacidad de culpabilidad, pero un criterio se muestra altamente impreciso y provocará a buen seguro dificultades en la práctica y, desde luego, conflictos entre los órganos judiciales implicados. En última instancia dependerá de los Equipos Técnicos que asesoren al Juez la determinación de la Ley penal aplicable.

La difícil labor que se encomienda a los tribunales de precisar el grado de madurez necesario para aplicar uno u otro régimen sancionador reside en la propia indeterminación del concepto “madurez”. Debe partirse de que presupuesto previo es la capacidad del joven de determinarse conforme a la norma penal, esto es, el conocimiento de la desaprobación jurídico-penal y su capacidad para ajustar su conducta al deber legal, pues en otro caso sería irresponsable y no se le aplicaría ni el derecho penal común ni el juvenil. Por tanto, inmadurez no es irresponsabilidad, y en general, puede decirse de todo joven de dieciocho a veintiún años que aún es algo inmaduro. Dos alternativas me parecen más favorables: o la imposibilidad de que desde el régimen común se impongan las consecuencias jurídicas previstas en la Ley Penal Juvenil y del Menor cuando resulte adecuado para el joven en atención a ese pronóstico acerca de la probabilidad de comisión de nuevos delitos, o la extensión de la Ley Penal Juvenil y del Menor para todos los jóvenes adultos; estableciendo dentro de ella medidas específicas abordando en su plenitud su regulación, como acontece, por ejemplo, con la ley suiza de 18 de mayo de 1971. Cualquiera de estas dos formas evitaría la inseguridad que provoca el confiar la determinación de la ley penal aplicable a los tribunales con arreglo a un criterio tan impreciso como la naturaleza del hecho y el grado de madurez del joven.

LA APLICACIÓN CONDICIONADA DE LA LEY: JUICIO SOBRE LA MADUREZ DEL MENOR O JOVEN

Los menores y los jóvenes serán responsables conforme a la futura ley, si en el momento de cometer una infracción poseían capacidad suficiente para comprender la ilicitud del hecho y actuar conforme esa comprensión, según establece el art. 6 del Proyecto. Rige en este campo, a diferencia del criterio biológico puro que rige para el Derecho penal común, el criterio del discernimiento conforme al cual se hace depender la aplicación de la ley penal a que el menor o joven posean capacidad de culpabilidad. El art. 6.1 sin duda está inspirado en el art. 3 de la Ley Penal Juvenil y del Menor alemana que dispone que un menor es penalmente responsable si en el momento del hecho era suficientemente maduro conforme a su desarrollo moral y mental para comprender lo injusto del hecho y actuar según esta comprensión.

El derecho penal de jóvenes se basa, pues, en la prueba de imputabilidad, que remite a la capacidad de motivación por la comprensión de la antijuricidad, conforme a un concepto personal de lo ilícito. La imputabilidad requiere, pues, la demostración de la capacidad del sujeto conforme a su desarrollo mental de comprender la antijuricidad y de dirigir las acciones de acuerdo con esta comprensión.

El legislador debería especificar que la valoración de la capacidad de culpabilidad debe hacerse desde el punto de vista del desarrollo mental y moral del menor, como lo hace la ley alemana, pues sin esa referencia se estaría manejando sin más un concepto de capacidad de culpabilidad muy amplio que remitiría a problemas impropios para afirmar la responsabilidad del menor en el sentido del discernimiento.

El anteproyecto parte de la responsabilidad penal de los menores y jóvenes, basándose en el criterio del discernimiento, -criterio abandonado en el Código Penal de 1928. Según este criterio, se declara la responsabilidad penal de los menores cuando éstos, en el momento de cometer una infracción posean capacidad suficiente para comprender la ilicitud del hecho y actuar conforme a esa comprensión (art. 6).

Si el art. 20 del Código Penal exime de responsabilidad penal a los menores de dieciocho años, lo hace basándose en la ausencia de culpabilidad. Esta categoría jurídica es imprescindible para que el delito pueda existir. De lo contrario, estaremos ante una acción típica y antijurídica, pero en ningún caso podemos hablar de delito ni responsabilidad penal del autor. El segundo párrafo del artículo 20 prevé que, cuando un menor de esa edad cometa un hecho delictivo, podrá ser declarado responsable conforme a la Ley Penal Juvenil y del Menor, una responsabilidad que es penal y por tanto, el texto legal parte de la existencia de la culpabilidad en los menores. La culpabilidad es pues, el eje de la reacción penalizadora de este Anteproyecto.

El menor no sólo ha de conocer el contenido normativo, sino que también ha de encontrarse en situaciones en las que pueda regirse, sin grandes esfuerzos por ella. Sin duda, a partir de un desarrollo biológico, mental y cultural, se espera y se presupone que el sujeto pueda quedar motivado por las normas penales. Esto, en nuestra opinión, ocurre a partir de los dieciocho años de edad. Por otro lado, es indudable que la culpabilidad tiene un fundamento social, ya que es el Estado el que en un momento histórico concreto determina los límites de lo culpable o lo inculpable.

El anteproyecto parte de la posibilidad de declarar la responsabilidad penal de los jóvenes y menores utilizando el criterio del discernimiento. Sin embargo hay que diferenciar la responsabilidad penal, en cuanto posibilidad de atribuir un hecho

delictivo a un menor para imponerle una pena, de la responsabilidad personal, en cuanto que el menor pueda ser responsable de su propia vida y por tanto, dueño y conductor de sus actos y decisiones. Esta es la responsabilidad que habría que fomentar con medidas e instituciones educativas específicas².

Cuando se inicia el proceso penal el menor se hace consciente del rechazo social del que es objeto y ahonda aún más en el conflicto y en la contradicción social de sus necesidades existenciales y de las que la sociedad le configura. Internalizará una imagen negativa de sí mismo y empobrecerá sus relaciones y experiencias solidarias, introduciéndose en la dinámica conflictiva con el medio institucional y llegando a asumir la diferencia y la formalización de la que es objeto. En este momento es cuando pasa de víctima a agresor y es cuando aumentan las posibilidades de la reiteración de la comisión de conductas infractoras².

²RIOS MARTÍN, J. C.; "Notas críticas sobre el anteproyecto de la Ley Penal Juvenil y del Menor: la criminalización de la infancia". Poder judicial, nº 37, pág. 339.

ÁMBITO OBJETIVO

La futura ley se aplicará a los jóvenes y menores a quienes se impute la comisión de un hecho delictivo tipificado como delito o falta en las leyes penales, colmando así las exigencias legales del principio de legalidad en el art. 1. El art. 7º establece que los hechos imputables a los menores deberán subsumirse típicamente en alguno de los tipos de delito o falta que establece el Código Penal común, si bien sólo se aplicará el régimen punitivo juvenil para el caso que las infracciones sean consumadas, con la salvedad de que el delito sea grave. El proyecto al menos debería remitirse específicamente a la clasificación que contiene el art. 13 del Código Penal proyectado cuando dice que son delitos graves las infracciones que la Ley castiga con pena grave, prisión superior a tres años, inhabilitación absoluta y penas restrictivas de derechos que superen determinada duración, art. 33.2, no siendo suficiente la disposición general del art. 4 de la aplicación supletoria del Código Penal común. También es censurable que se desplace el centro de atención del desvalor de acción al desvalor del resultado cuando lo que está en juego no es tanto la protección de los bienes jurídicos como la protección del propio joven.

TRATAMIENTO PENAL DEL JOVEN DELINCUENTE

La consecuencia jurídica del hecho responsable no puede ser sino la sanción y no un pretendido tratamiento para una incapacidad inexistente. Por ello, la exención de responsabilidad criminal con arreglo al derecho de los adultos del menor de dieciocho años no se basa ya en la presunción de inimputabilidad, sino sobre todo en que no resulta conveniente aplicar el mismo régimen punitivo que a los adultos, siendo últimamente generalizada la opinión de que someter a los menores o jóvenes a un tratamiento específico, no hace que se resienta la reacción social frente al delito.

El art. 9 del proyecto cuando establece como fines esenciales de la ley no sólo la integración del joven y del menor en la sociedad, proceso de socialización orientando la pena o la medida hacia su educación (art. 66), sino también la reparación del daño causado y el restablecimiento del orden jurídico, lo que trae como consecuencia que, junto a las medidas propiamente educativas, se prevean medidas disciplinarias y la llamada pena juvenil (arts. 10 y ss.). Después de proclamarse en el art. 5 el principio de legalidad penal cuando dispone que las infracciones realizadas por menores y jóvenes no tendrán otras consecuencias jurídicas que las previstas en la presente ley,, estableciendo el artículo 10 como consecuencias jurídicas: 1.- la pena juvenil; 2.- las medidas disciplinarias; 3.- las medidas educativas.

1. La pena juvenil.

Consiste a tenor del art. 11, en la privación de libertad del condenado mediante su internamiento en un centro cerrado para jóvenes con una duración mínima de seis meses y máxima de cinco años, aunque si el hecho delictivo cometido estuviera sancionado en el Código Penal, con pena de prisión superior a

15 años, el tiempo máximo de la pena juvenil podrá elevarse proporcionalmente hasta los diez años (art. 14.1º y 2º).

La pena juvenil que podrá ser aplicada conjuntamente con otro tipo de medidas si es posible su cumplimiento simultáneo (art. 27.3º), se prevé como consecuencia jurídica de la comisión con violencia o intimidación de algún delito grave que tenga señalada pena de prisión en el Código Penal por parte de los jóvenes, esto es, los comprendidos entre los dieciséis y dieciocho años. Excepcionalmente se impondrá obligatoriamente por el Juez a los menores entre 14 y 16 años, en el mismo caso si además concurren las siguientes circunstancias:

- a) que hubieren sido condenados por dos o más delitos cometidos con violencia o intimidación.
- b) que el delito cometido estuviere sancionado con diez o más años de prisión.

Facultativamente podrá imponerse la pena juvenil a estos menores si sólo concurre la circunstancia b) (art. 28). El art. 30 del proyecto se destina a establecer los límites al sistema de acumulación de penas juveniles.

La pena juvenil llevará aparejada como accesorias, por el tiempo de la principal, la inhabilitación especial y suspensión en atención a la gravedad del delito cometido y la relación directa de éste con el empleo, cargo, derecho, profesión, oficio, industria, comercio, (art. 29.3)

En el art. 32 y ss., al igual que el derecho alemán contempla la suspensión condicional de la ejecución de la pena juvenil, en casos de primariedad delictiva cuando la pena impuesta no exceda de cinco años y existe un pronóstico favorable

de no comisión de delito en el futuro, debiendo cumplir el joven o menor durante el plazo de suspensión las medidas educativas que en su caso se hubieran impuesto³.

La ejecución de la pena juvenil; el art. 77 dispone que se cumplirá en centros cerrados mediante un sistema progresivo para la preparación de la vida en libertad.

2. Medidas disciplinarias.

Las medidas disciplinarias que contempla el art. 12 se aplican a los menores y jóvenes que hubiesen cometido un hecho calificado como delito cuando no proceda la pena juvenil (art. 28.3), pudiendo sintetizarse como sigue:

1. El ingreso en un centro abierto o semiabierto por duración máxima de dos años (art. 15), para menores o jóvenes que hubiesen cometido un hecho calificado como delito castigado con pena de prisión (art. 28.3), esta medida disciplinaria es susceptible de sustitución desde el principio por medida educativa en atención al hecho y circunstancias del autor (art. 31).

Conforme dispone el art. 81, el régimen abierto implica la posibilidad de realizar las actividades educativas o laborales fuera del centro, con la obligación de pernoctar en el mismo. Por otra parte, el régimen semiabierto implica la permanencia continuada del menor o joven en el centro donde realice principalmente todas las actividades, estableciéndose reglas especiales sobre régimen de permisos (arts. 81 y ss.).

2. El arresto de fin de semana, hasta doce fines de semana, de treinta y seis horas cada uno (art. 16), y durante su cumplimiento el menor estará sujeto a las actividades educativas que se organicen en el centro (art. 85).

³ CHOCLÁN MONTALVO, J.A.: "Actualidad jurídica". Aranzadi, 28 de septiembre de 1995 nº 214. pág. 1-5.

3. La privación del derecho a conducir vehículos de motor desde tres meses hasta tres años (art. 17), que se impondrá como accesoria en las infracciones cometidas con vehículo de motor o ciclomotor (art. 29.1º).

4. La privación del derecho a usar armas, con iguales condiciones que la anterior (art. 29.2 y 18).

5. Inhabilitación especial y suspensión para cargo u oficio y derechos derivados de relaciones paternofiliales (art. 19 y 29.2).

6. La multa conforme al sistema de días multa con una extensión mínima de cinco días y máxima de un año y con un mínimo de 1000 pts. y un máximo de 10.000 de cuota diaria (art. 21).

7. Los servicios en beneficio de la comunidad, que conforme al art. 22 no podrán imponerse sin el consentimiento del menor o joven, y consiste en su cooperación no retribuida en determinadas actividades de utilidad pública. Su extensión mínima será de treinta horas y máxima de ciento ochenta horas, sin que pueda exceder su duración diaria de seis horas. Su cumplimiento no puede suponer una grave interferencia en la actividad escolar o laboral del menor o joven. El art. 86 dispone su cumplimiento en los centros o servicios públicos o privados de carácter no lucrativo que determine el Juez competente.

3. Medidas educativas.

Se describen en el art. 13 del proyecto y se aplican en el caso de que el hecho delictivo fuese calificado de falta art. 28.4 o si el Juez lo estima necesario para la educación del joven o menor en caso de delito, conjuntamente con las

medidas disciplinarias o incluso con la pena juvenil si su cumplimiento simultáneo es posible (art. 27), y son las siguientes:

1. El tratamiento ambulatorio o ingreso en un centro sociosanitario o de educación especial, cuyo contenido y ejecución se remite por el proyecto (art. 23.1), a lo que dispongan las legislaciones de protección de menores. Su duración no podrá exceder del tiempo que hubiera durado la prisión y como máximo tres años. El presupuesto de aplicación de esta medida es que el joven o el menor hayan cometido un hecho delictivo por motivo de su dependencia del alcohol, las drogas tóxicas, o estupefacientes o las sustancias psicotrópicas. Desarrolla el régimen de cumplimiento el art. 87 del Proyecto.

2. La asistencia educativa en libertad consiste según el art. 24.1 en una intervención socioeducativa que combina la asistencia del menor o joven por parte de un delegado o miembro del Equipo Técnico con el control de la observancia de las reglas de conducta que, en su caso el Juez le imponga de entre las siguientes: a) obligación de asistir a determinados centros educativos o de trabajo, acreditando su rendimiento escolar o laboral; b) obligación de someterse a programas de tipo cultural, educativo, profesional y otros similares. El art. 88 dispone que la asistencia educativa se ejecutará en el medio familiar y social del menor o joven.

La doctrina considera que es la medida más adecuada para lograr la educación y rehabilitación del menor, siempre que la forma en que se desarrolle la libertad vigilada no sea la de un delegado que asuma funciones de policía sino las propias de un educador.

3. La represión consiste, según el art. 25 del Proyecto, en la amonestación pública del joven o privada del menor, reprochándole lo injusto de los hechos realizados y las consecuencias de los mismos e instándole a no cometerlos en el futuro.

4. La obligación de vivir con determinada persona, familia, comunidad o institución dependerá del consentimiento del menor y supone la separación del joven del núcleo familiar en que habitualmente viviera por aquel que el Juez considere conveniente (art. 26). Se trata, pues, de apartar al menor de su ambiente natural que se encuentra deteriorado, de un ambiente familiar que dificulta su educación y desarrollo. La colocación en familia ha producido resultados satisfactorios en países de nuestro entorno en los que se ha producido la efectiva aplicación de la medida.

ASPECTOS PROCESALES

Como principios procesales se detallan la garantía de los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, integridad física y moral, estableciendo una limitada publicidad del proceso (art. 42).

Sin ánimo de ser exhaustivo en el tratamiento, en cuando el aspecto procesal de este Anteproyecto ya que al parecer no se va a aprobar en esta legislatura, pero puede destacarse que el proceso especial que instaura el Proyecto (art. 41.1) no queda exclusivamente a la dirección del Juez, sino que junto a él adquiere especial importancia el Ministerio Fiscal, al tiempo que se prevé expresamente la posibilidad de intervención de Abogado en defensa del menor o joven (art. 46), incluso de acusación particular (art. 43.2).

El Ministerio Fiscal desarrolla la fase del procedimiento como Preliminar, desde la investigación, hasta la posibilidad de archivar provisionalmente el procedimiento, si el menor o joven acepta llevar a cabo determinadas contraprestaciones que enumera el art. 53.3, con clara influencia del principio de oportunidad.

Se reserva al Juez de menores la observancia de las garantías constitucionales a modo de Juez de garantías, y en concreto, la disposición de las medidas limitativas y restrictivas de derechos fundamentales del menor, con excepción de la detención preventiva que podrá ser acordada por el Ministerio Fiscal. Los arts. 52 y ss., regulan las medidas que pueden ser adoptadas por el Juez y que son; la detención preventiva, internamiento provisional, libertad provisional sin fianza, privación provisional del permiso de conducir o del permiso de armas u obligación de vivir en un determinado entorno familiar o en institución.

Las fases del procedimiento intermedio y juicio oral no ofrecen particularidades especiales prevista una audiencia preliminar en la fase del juicio donde las partes podrán plantear una serie de cuestiones previas que se detallan en el artículo 58 párrafo 3°.

La sentencia que recaiga es apelable ante la Audiencia Provincial y la condena que se imponga en estado de firme, sin que contra la misma resolución en que se adopte quepa recurso alguno, se inscribirá en el Registro Especial de Menores.

CONCLUSIONES GENERALES

PRIMERA.

Establecimiento de una edad mínima por debajo de la cual los Juzgados de Menores no pueden actuar, habiéndose fijado ese limite en doce años, que es una edad comúnmente aceptada por la doctrina y profesionales (art. 9.1). Pero será conveniente para los delitos muy graves cometidos por menores de doce años y mayores de diez años, atribuir competencia a los Juzgados y así poder intervenir sobre ellos, imponiéndoles medidas a fin de lograr la recuperación de estos menores.

En la actual Ley 4/1992, no se ha abordado el problema de la mayoría de edad penal, remitiéndose la Ley a la edad establecida en el Código Penal, lo cual es lógico dada la importancia y transcendencia del tema. Pero con la aparición del nuevo Código Penal, se puede dar el caso que menores de dieciocho años y mayores de dieciséis que en la actualidad hasta que entre en vigor el nuevo Código Penal se hayan castigado conforme al Código Penal por la comisión de un hecho delictivo que revista los caracteres del delito, y con posterioridad al cometer un nuevo hecho delictivo se le apliquen medidas contempladas en la Ley de Menores, no previendo la Ley esta situación. Como se le explicará al menor el que después de haber sido condenado por el Código Penal, luego pase a ser juzgado por la Jurisdicción de menores con la nueva ley.

SEGUNDA.

El tiempo de duración del internamiento provisional del menor que ha cometido un hecho delictivo, será, en un principio, de un mes, si bien el Juez puede prorrogarlo razonadamente (art. 15.1.5).

TERCERA.

Obligatoriedad de que el menor detenido sea informado de sus derechos y asistido de letrado (art. 15.1.3). La asistencia del letrado se debe imponer para una futura Ley del Menor desde el inicio del procedimiento y con carácter obligatorio.

CUARTA.

Limitación de la duración de la medida de internamiento en dos años. Debería haber establecido la Ley como última ratio la medida de internamiento especificándolo así, aunque no existen celdas de castigo. Hubiese sido conveniente que además de contemplar la ley, la limitación de la duración de la medida de internamiento, el establecimiento de una duración superior de la medida de internamiento para los hechos delictivos muy graves, ampliándose su duración hasta cinco años.

QUINTA.

También habría o podría ser acertado que en la futura ley o en la Ley 4/1992 se hubiese creado la figura del internamiento voluntario, para aquellos supuestos en que el menor lo solicite al Juez sin que se cometa hecho delictivo o aun cuando se cometa para aprender un oficio o para aprender a leer y escribir,

conectando el internamiento a la formación y para ello tendría que existir una conexión Juez, Fiscal, Organismos. En este sentido la frase de Concepción Arenal “abrir una escuela cerrar una cárcel”.

SEXTA.

La ley 4/1992 establece el principio acusatorio a lo largo del procedimiento, sin la intervención de acusación particular. ¿ Hasta qué punto hubiese sido conveniente la supresión de la acusación particular ?.

SÉPTIMA.

Preponderancia de los principios de mínima intervención y oportunidad (en virtud de los cuales el Fiscal puede acordar que no procede la incoación del oportuno expediente al menor y, sin ni siquiera dar traslado al Juez, archivar la denuncia formulada (art. 15.1.1). Hubiese sido conveniente que la ley contemplase la necesidad de que en todos los casos el menor fuese oído por el Juez, ya que no tiene por que tener el fiscal la última palabra, ya que si bien el Fiscal en el procedimiento monopoliza la acusación, no es acertado que monopolice el procedimiento, ya que el Juez es garantía de garantías. Por lo que siempre se le habrían de notificar los archivos que efectúe el Ministerio Fiscal y habrá de oírse siempre al menor por el Juez.

La Ley 4/ 1992 otorga además al Fiscal, a lo largo del procedimiento, la posibilidad de solicitar al Juez el archivo de lo actuado por la poca gravedad de los hechos o las circunstancias del menor, si no se hubiese empleado violencia, intimidación o si el menor ha reparado o se compromete a reparar el daño causado (art. 15.1.6).

OCTAVA.

La Ley 11/1992 establece un procedimiento simple, pero podría haber suprimido alguna de sus fases como la comparecencia, o haber establecido la posibilidad de poder transformar la comparecencia en audiencia al menos en los casos de reconocimiento de los hechos por el menor y conformidad con la medida que solicitó al Ministerio Fiscal.

NOVENA.

La Ley 4/ 1992 no contempla los supuestos del menor enfermo mental, que se hace ya que en casos de enfermedad mental, no hay centros que se adecuen, por lo que a nivel nacional sería conveniente la creación de Centros para atender a estos menores, pues son un foco de problemas, y donde es más fácil su curación, pero hay criterios contrarios al internamiento de estos menores. Así el Defensor del Pueblo, se mostró partidario del cierre del sanatorio psiquiátrico.

También para el caso de que el Juez de Menores tenga que aplicar una eximente, se debería fijar aquí la responsabilidad civil al igual que en la jurisdicción ordinaria o por lo menos se dicte un auto ejecutivo.

DÉCIMA.

Sería conveniente la creación de un Código Penal Juvenil, que estableciera un catálogo de delitos que se pudieran cometer por menores, evitando así la remisión actual al Código Penal donde se contemplan delitos que en ningún caso podrían ser cometidos por menores, contra la hacienda pública, de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos, es decir, que en el catálogo sólo se contemplasen los delitos de mala *in se*.

DÉCIMOPRIMERA.

La Ley 4/1992 regula el recurso de apelación pudiendo formularse sin límites ante la Audiencia Provincial (art. 16.4), pero al no existir recurso de casación sería conveniente que el recurso de apelación se atribuyera su conocimiento y decisión a una Sala de la Audiencia Nacional que se creara a tal efecto.

DÉCILOSEGUNDA.

Sería conveniente la creación de un Juez de ejecución de medidas de menores, que conozca de las incidencias del menor , y así le ayudase para su posterior adecuación a la libertad, y que con posterioridad hubiese un seguimiento protector, con conexión con otros organismos. Ya que si no hay mayor incorregible con más motivo no hay menor incorregible.

DÉCIMOTERCERA.

Convendría también la necesidad de una Ley Orgánica específica, porque se trata de una jurisdicción especializada, a semejanza de la jurisdicción militar, que contuviese unos 10 artículos que especificaran la faceta de esta jurisdicción de menores; considerando que habría de tener una especialización de preparación para desarrollar la jurisdicción de menores, teniendo que efectuar unos cursos donde se adquieran conocimientos de psicología, para formar a Jueces que conecten y comprendan al menor, sus motivaciones.

DÉCIMOCUARTA.

También sería preciso, y que en la actualidad no existe, un curso de especialización del Fiscal, a fin de que adquiriera unos conocimientos para intervenir con menores; y así romper sus hábitos y esquemas preconcebidos.

DÉCIMOQUINTA.

La actual Ley 4/1992 amplía las medidas que anteriormente podían imponerse a los menores (art. 17), tales como los internamientos de fin de semana, la privación del derecho a conducir ciclomotores o vehículos a motor o la prestación de servicios en beneficio de la comunidad.

DÉCIMOSEXTA.

Es digno de elogio el que el legislador haya contemplado que a la vista de los informes sobre la evolución del menor puede reducir a dejar sin efecto la medida impuesta.

DECIMOSÉPTIMA.

Debería en el futuro elaborarse una estadística de menores en las que se indiquen los menores que se han internado su número, a cuantos se le ha impuesto las medidas de libertad vigilada, tratamiento ambulatorio, etc.; deber este que debería efectuar el Consejo General del Poder Judicial, siendo más interesantes e importantes estas estadísticas que las actuales de tantos asuntos incoados y tantos terminados.

DÉCIMO OCTAVA.

La Ley Orgánica 4/1992 tiene un defecto desde el punto de vista de Técnica Legislativa pues se incrusta en un Decreto de 1948.

DECIMONOVENA.

Y con respecto a la ejecución de medidas como se ha atribuido esta competencia a las Comunidades Autónomas se produce un distinto trato, o desigualdad pues no todas tienen los mismos medios, ni todas han creado centros para su cumplimiento. Habiéndose de dar al Juez, conocimiento por parte de los órganos encargados de la ejecución, de la evolución del menor.

VIGÉSIMA.

La actual Ley fija los 12 años como edad de irresponsabilidad absoluta, por lo que en ningún caso se podrán imponer a los menores de 12 años medidas represivas enmascaradas.

VIGESIMOPRIMERA.

La provisionalidad de la reforma de la Ley Orgánica 4/1992 sobre la obsoleta legislación Tutelar de menores, la modificación del Código Penal en materia de minoría de edad penal, la incertidumbre sobre nuestro modelo de proceso penal, llevan a plantearse cual será el futuro de la reforma de menores. Las tendencias observadas en otras legislaciones, donde incluso se han llegado a suprimir la justicia de Menores (países escandinavos), las medidas alternativas a las sanciones de internamiento, el mayor compromiso del menor en la reparación del daño producido y su en los trabajos en favor de la comunidad, permiten pensar

si la excesiva judicialización del tratamiento corrector es positiva o sí, por el contrario, se debe ir hacia una desjudicialización; quedará reservado el tratamiento judicial para las respuestas delictivas de mayor gravedad, cuya corrección no es posible atenderla adecuadamente desde los parámetros extrajudiciales.

BIBLIOGRAFÍA

BIBLIOGRAFÍA

- **ALMAGRO NOSETE, I.** “Derecho Procesal”, art. 24 de la Constitución Española en Comentarios a la Leyes Políticas, dirigido por V. Alzaga, “Revista de Derecho Público”, Madrid 1981.

- **ANDRÉS IBÁÑEZ, P.** La Justicia de Menores, presente y futuro en “Delincuencia Juvenil: perspectivas d’ actuario a les comarques gironilles”. Barcelona. 1984.

* Acerca del principio de efectividad, en rev. “Jueces para la Democracia”, n° Cero. 1986.

* “Psicología social y sistema penal”. Ed. Alianza Editorial. Textos. 1986

- **ANIYAR DE CASTRO, L.** “Criminología de la reacción social”. Un. Zulia. Maracaibo. 1977.

- **ANQUERA Y OTROS.** “Criminalidad Infantil”. Madrid 1917.

- **ANTÓN LÓPEZ, J.** “Prevención Tipología. Criminología. Procedimiento y Derecho Correccional de Menores. Medidas y ejecución”. Ed. Comares. Granada. 1985.

- **ANTÓN ONECA, A.** “Derecho Penal”. Ed. Akal 1986.

* “La prevención general y la prevención especial en la teoría de la pena”. Salamanca 1945.

- **AUGER LIÑAN, C.** Intereses generales y delito, en "Justicia y Delito", U.I.M.P., Madrid 1981.

- **BACIGALUPO, E.** "Estudio preliminar a la traducción de el título "El futuro del principio jurídico penal de la culpabilidad" de STRATERIWERHT, Inst. "Criminología de la Complutense". Madrid 1980.

* "Sobre la dogmática penal y la Criminología, en rev. "Nuevo Foro Penal". Colombia 1984.

- **BAQUERIZO, C.** La Familia como factor influyente en la delincuencia, en el "Riesgo de la delincuencia juvenil en la sociedad actual". Ed. Eunsa, Navarra. 1973. Pág. 83 y ss.

- **BARBERO SANTOS, M.** "Marginación social y Derecho represivo". Ed. Bosch. Barcelona 1980.

* "La Delincuencia Juvenil en España. Imagen y realidad". Separata del Boletín de Información del Ministerio de Justicia, Número 1315 de 25 de Junio de 1983. Madrid.

- **BARBERO SANTOS, M. Y OTROS,** "Delincuencia Juvenil". Publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela. 1873.

- **BECCARIA, C.** "Del Delitti e della Pena". Torino. 1973.

- **BEDRILLAN, M^a N.** "La evolución de la responsabilidad del menor" Ed. Eguzkilore. 1987 nº 1. Págs 193-202.

- **BERATTA, A.** "Criminología aítica e critic del diritto penale". Il Mulino. Bologna 1982.

- **BETTIOL, G.** "Diritto Penale". 10ª Edición. Ed. Cedam. Padova. 1978.

- **BUSTOS RAMÍREZ, J.** "Manual de Derecho Penal". Ed. Ariel. Barcelona. 1984. "Manual de Derecho Penal de Parte Especial". Barcelona 1986.

- **CANTARERO BANDRÉS, R.** "La Justicia y los Menores en "Reforma Política y Derecho". Ministerio de Justicia. Madrid. 1985.

* La Edad Penal, en rev. "Entre jóvenes", nº cuatro. Barcelona. Junio 1985.* Ley de Tribunales Tutelares de Menores y Constitución, en "Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales". Enero-Abril 1986.

* Delincuencia Juvenil y Sociedad en "Transformación. Derecho Penal y Procesal de Menores ". Madrid: Montecorvo. 1988.

* "Delincuencia Juvenil y Heroína: Notas para una hipótesis de Trabajo, en Menores : la experiencia española y sus alternativas". Ministerio de Justicia. Madrid. 1986.

- **CARMINAGNI,** "Teoría delle leggi della sicurezza sociale". Pisa 1831.

- **CARNEVALE,** "Diritto corminale, Roma 1932.

- **CARRARA F.** "Programa de Derecho Criminal". Parte General. Vol. 1. Traducción de José Ortega y Jorge Guerrero Torres. Ed. Temis, S.A. Santa Fe de Bogotá. 1994.

- **CLEMENTE, M. Y RIOS, J.** “Guía Jurídica del Psicólogo. Compendio básico de legislación para el psicólogo jurídico”. Ed Pirámide S.A. Madrid 1994.

- **COBO DEL ROSAL, M.** “Atenuante de minoría de edad y sustitución de pena por medida en el art. 65 del Código Penal español”. R.D.P., N° cuarenta y uno. Enero-Marzo 1970.

- **COBO DEL ROSAL, R. Y VIVES ANTÓN .** “Derecho Penal”. Parte General. Valencia. 1987.

- **Conclusiones del seminario** “Menores sin Ley. Problemática del menor infractor”. Revista de la Asociación de Jueces y Magistrados. Francisco de Vitoria nº 1. Sanz 1991.

- **CORONADO BUITRAGO, Mª J.** “Medidas y ejecución”. Ed. Comares. Granada 1995. Págs 163-187.

* “ Situación Jurídica actual del menor en el mundo”. Ed. Nuevo Futuro. 1985

- **CUELLO CALÓN, E.** “Tribunales para Niños”. MADRID. 1917.*
“Criminalidad Infantil y Juventud”. Ed. Bosch. Barcelona 1934.

* “Sobre la antigua legislación penal española de la infancia delincuente y abandonada.. Revista penitenciaria. Nª 5.

- **CHOCIAN NAVARRO, J.A.** “La futura Ley Penal Juvenil”. Revista Actualidad Jurídica. Arnazadi. Año V nº 214 de 28 septiembre de 1995.

- **CHOCLAN MONTALO, J.A.** “Actualidad jurídica”. Aranzadi, 28 de septiembre de 1995, nº 214.

- **DE LEO, G.** “La Delinquenza minorile como rappresentazione sociale ”. Ed. Marsilio. Venezia. 1983.

* “Una alternativa al Tratamiento de los Menores ”. La experiencia del Cesal del Marmo de Roma, Documentación. Dactilografiales de la ponencia desarrollada el 1 de Junio de 1985 en la Universidad Autónoma de Madrid en el Seminario sobre “Menores : la experiencia española y sus alternativas”.

* “La Justicia de Menores”. Traducido por González Zorrilla. Ed. Teide. 1985.

- **DEL ROSAL, J. ; COBO DEL ROSAL , M. Y RODRÍGUEZ MUNRILLO, G.** “Derecho Penal Español. Delitos contra las personas”. 1ª ed. Madrid 1962.

- **DIRECCIÓN GENERAL DE PROTECCIÓN JURÍDICA DEL MENOR.** “Infancia y familia”. Nº 15, 16,17,18,19,20.

- **DORADO MONTERO, P.** “El Derecho Protector de los criminales”, 2º vols. Madrid 1915.

- **ESCUELA DE ASISTENTES SOCIALES.** “El riesgo de la delincuencia juvenil en la sociedad contemporánea”. Ed. Enusa. Pamplona. 1973.

- **FERNÁNDEZ BERMEJO, M.** “Derecho de Menor”. La reforma de 1987. Menores 1988. Nº 7. Págs 36-49.

- **FERRER SAMA, A.** “Comentarios al Código Penal ”. Tomo I . Murcia 1946.

- **FERRI, E.** “Sociología Criminale”. Ed. Bocca. Torino. 1900.
 - * “Principii di diritto criminale”. Traducido por RODRIGUEZ MUÑOZ. Madrid 1933.

- **FILANGIERI,** “Scienza della Legislacione”. Nápoles 1780-1785.
 - * “Storia de dirritto penale italiano”. Roma 1925

- **FONTANA, V.** “En defensa del niño maltratado”. Ed. Pax. México. 1979.

- **GARCIA ANDRADE, J. A.** “Política criminal y Edad Penal”. Rev. Del Colegio de Abogados de Madrid.

- **GARCIA-PABLOS DE MOLINA, A** “Problemas y tendencias de la Moderna Criminología”, Cuadernos de Derecho Judicial. Pág. 362.

- **GARRIDO FALLA, F. Y OTROS** “Comentarios a la Constitución”. Ed. Cívitas. Madrid 1980.

- **GARROFALO,** “La Criminología, Tratado Dorado”. Madrid s/f.

- **GAUZEMMULLOER ROIG, C.** “Contenido. Criterios de selección de las medidas de reforma”. Poder Judicial. 1993. N° 32. Págs 39-60.

- **GIMBERNAT ORDEIG, E.** “Estudios de Derecho Penal”. Ed. Civitas. Madrid 1876.* “Introducción a la parte general de Derecho Penal español”. Publicaciones de la Universidad Complutense. Madrid 1979.

- **GIMÉMEZ SALINAS, E.** “Delincuencia juvenil y Control social”. Sertesa. Círculo Editor Universo. Barcelona 1980.* “Justicia de Menores y ejecución penal en “Poder y Control”. N° cero. Barcelona 1986.

- **GIMÉNEZ-SALINAS COLOMER, E.** “Menores: España entre la CEI y Turquía. Jueces para la democracia”. 1992 n° 15 Págs 8-10.

- **GIMENO SENDRA, V.** La detención gubernativa y la detención judicial en “La detención”. Ed. Bosch. Barcelona 1977.

* El derecho a la libertad y sus restricciones en el ordenamiento español, en “Reforma Política y Derecho”. Ministerio de Justicia. Madrid 1985.

- **GÓMEZ ORBANEJA Y HERCE QUEMADA,** “Derecho Procesal Penal”. Madrid 1986.

- **GONZÁLEZ CUÉLLAR, A.** La función del Ministerio Público como representante legal del Menor. Su intervención en los Tribunales Tutelares, en “Aspectos Jurídicos de la Protección de la infancia”. Ministerio de Justicia. 1985.

- **GONZALEZ LECIER, C.** “El abandono de Menores en el Código Civil “. Ed Bosch. Barcelona 1995.

- **GONZÁLEZ ZORRILLA, C.** Minoría de edad, imputabilidad y responsabilidad, en “Documentación jurídica”. Enero-Diciembre. Madrid 1983.

- **GRECA GIUSEPPE, L.** “Hacia una justicia de Menores”. N° 8 . Págs 53-63.

- **GUALLART, L. Y GOICOECHEA, J. DE.** “ El Derecho Penal de Menores” . Zaragoza 1925.

- **Informe elaborado por el Colegio de Abogados de Madrid**, sobre el “Anteproyecto de Ley Orgánica, Penal y Juvenil y del Menor”. Rev. Otrosí. Julio 1995.

- **Instrucción nº 1/1993, de 16 de marzo**, sobre líneas generales de actuación del Ministerio Fiscal en el Procedimiento de la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio. Boletín de información del Ministerio de Justicia 1993. Suplemento al número 1697 de 5 de Febrero de 1994.

- **JIMÉNEZ BURILLO, M.C.** “Psicología social y sistema penal”. Alianza Universal. Textos. Madrid 1986.

- **JIMÉNEZ DE ASÚA, L.** “La Delincuencia juvenil, jurisprudencia Uruguay”. Montevideo 1929.

- **JUDERÍAS, J.** “Problemas de la infancia delincuente”. Madrid, s/f.

- * “La juventud delincuente”.

- * “Juvenile Offendas a sepot of” Londres, 1989.

- **THE HOWARD ASSOCIATION.**

- **KANT, E.** “Principios metódicos del Derecho”. Traducido por IZQUIERDO HERNÁNDEZ, 1ª ed. Buenos Aires 1974.

- **LA GRECCA, G.** La nuova legge belga sulla protezione dei giovani en, “Esperienze di reeducazionen° VI. Toma 1867.

* Appunti sul proceso penale minorile, en rev. "Dei delitti e della pene" n° dos. Bologna 1983.

- **LASALA, G.** "La juventud en España y sus Tribunales Tutelares". Madrid 1959.

- **LES NOVELLES.** "Protection de la jeunesse in Droit Comparé Lancier" Bruxelles 1978. Páginas 583-585; trad, al italiano por G. Volpe, La legislazione minorile in Dinamarca, en "Esperienze de Reeducazione", número 1, 1981, Roma, págs, 186 y ss.

- **LÓPEZ HERNÁNDEZ, G.** "La defensa del menor". Madrid. Temas 198 F.

- **LUCCINI,** " El degato contra la Escuela Positiva; Il semplicisti (antropologi, psicologi e sociologi) nel diritto penale. Turín 1886.

- **LOMBROSO** y La Escuela Positiva Italiana. Clásicos de la Medicina. Estudio Preliminar de J.I. Peset y M. Peset. Instituto Arnau de Vilanova. CESIC. Madrid 1975.

- **MADRIGAL TORRES, P.** "Revista de Estudios Europeos". REE. N° 5. Septiembre-diciembre 1993.

- **MARTÍN OSTOS, J.** "El nuevo proceso de Menores. Comentarios a la Ley Orgánica 4/1992. La Ley ". 1994 n° 3482. Págs 1-4.

* "Jurisdicción de Menores". Bosch. Barcelona 1994.

* "Los Juzgados de Menores en la nueva organización judicial". Justicia 1988. N° 4. Págs. 859-875.

- **MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J.M.** “Los Menores y el Consejo de Europa. En actualidad penal”. 1993 nº 21 Págs 297-309.

- **MENDIZÁBAL OSÉS, L.** “Introducción al Derecho Procesal de Menores”. Instituto de la juventud. Madrid 1973.

* “Derecho de Menores. Teoría General”. Ed. Pirámide. Madrid 1977.

- **MIR PUIG, S.** “Derecho Penal”. Parte General 3ª edí. Barcelona 1990.

- **MONTERO RIOS Y VILLEGAS, A.** “Antecedentes y comentarios a la Ley de Tribunales para Niños”. Madrid 1919.

- **MOVILLA ALVAREZ, C.** Política Criminal y Constitución en “Justicia y delito”. V.I.M.P., Madrid 1981.

* Jurisdicción de Menores y Constitución en rev. “Menores” . C.S.P.M. . Septiembre-Octubre 1984.

* “Notas para una reforma de la Justicia de Menores en “Poder Judicial”, nº dieciseis. Madrid 1985.

* “Los Tribunales Tutelares de Menores. Análisis de una experiencia. En Menores: La experiencia española y sus alternativas”. Madrid 1987. U.A.M.

- **MUÑOZ CONDE, F.** “Introducción al Derecho Penal de hoy” Ed. Bosch. Barcelona 1975.

* La resocialización del delincuente. Análisis y crítica del mito en “Política criminal y Reforma del Derecho Penal”. Ed. Temis. Bogotá 1982.

* “Tería General del Delito”. Ed. Temis. Bogotá 1984.

- **MUÑOZ ROJAS, T.** “Sobre el nuevo juicio sancionador de Menores. Actualidad penal”. 1993 n° 19. Págs 279-285.

- **ORNOSA FERNÁNDEZ, Mª R.** “La nueva regulación del proceso penal de Menores ¿Un avance?”. Poder Judicial/ 2ª época n° 27. Sep. 1992. Consejo General del Poder Judicial.

- **PALOMBA, F.** “Il Sistema del Nuovo Processo Penale Minorile”. Ed. Giuffrè. Milano 1991.

- **PANTOJA GARCÍA, F.** “Aspectos del procedimiento de la Ley de reforma de Menores desde la perspectiva del Ministerio Fiscal”. Ed. Comares. Granada 1995. Págs 109-128.

* “Análisis criminológico de las cuestiones relativas al Derecho Penal Juvvenil”. Cuadernos de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial. Madrid 1994.

- **PESSINA.** “Elementi di diritto Penale”, en 1872. (Trad. esp. con notas de Aramburu y Cuello Calón, 3ª ed. Madrid. 1919).

* “Enciclopedia del diritto penale italiano”. XIII Tomos. Milán 1905-1910.

- **PETET ALBRECHT, A.** “Derecho Penal de Menores” Traducido por BUSTOS RAMÍREZ, J. . Barcelona 1990.

- **PORREÑOS, B.** “Dichos y hechos de Felipe II. Madrid 1942.

- **PRIETO CASTRO, L. Y OTROS.** “Tribunales españoles. Organización y funcionamiento”. 4ª edi. Madrid 1977.

- **QUINTANO RIPOLLES, A.** “Comentarios al Código Penal” 2ª edi. Madrid 1966.

- **Recueil des lois especiales,** Ministerio de Justicia, Luxemburgo, 1984.

- **RENAU MANEN, Mª D.** “Hacia un nuevo diseño de la Justicia de Menores”. Revista Menores 1988 nº 7 Págs. 14-19.

* “La familia, la escuela y el barrio en el proceso de socialización”. Revista Menores. 1987. Nº 1 Págs. 61-64.

* “VI Jornadas parlamentarias”, la ponencia “Los menores en una sociedad cambiante”. 1987

- **RIOS MARTÍN, J.C.** “El menor ante la Ley penal. Educación penalización”. Actualidad penal. 1994 nº 25. Págs 467-479.

* “Notas críticas sobre el anteproyecto de la Ley penal Juvenil y del Menor: la criminalización de la infancia”. Poder Judicial 1995 nº 37. Págs 327-351.

- **RIOS MARTIN, J.C.** “El menor infractor ante la Ley penal”. Ed. Comares. Granada 1993.

- **RIPOL-MILLET, A.** “El acogimiento familiar”. Ministerio de Asuntos Sociales. Madrid 1990.

- **ROCA CHUST, T.** "Historia de la Obra de los Tribunales de Menores en España". Ministerio de Justicia. Madrid 1968.

* "La obra de Protección de Menores y Tribunales Tutelares en España". Madrid 1970..

- **ROCA, R.** Trabajo social familiar, en AA.V.V. "El riesgo de la delincuencia juvenil en la sociedad actual". Ed. Eunsa. Navarra 1973.

- **RÖDER;** "Las doctrinas fundamentales reinantes sobre el delito y la pena en sus interiores contradicciones". Madrid 1871.

- **RODRÍGUEZ CASTRO, J.** "Los principios procesales de la vigente legislación de Menores. "Actualidad penal. 1988 nº 48. Págs. 2465-2485.

- **RODRÍGUEZ DEVESA, J.M.** "Derecho Penal español". Parte General. 8ª edi. Madrid 1981.

- **RODRÍGUEZ MOUROLLO, G.** "Derecho Penal". Parte General Ed. Cívitas. Madrid 1978.

* Medidas de Seguridad y Estado de Derecho, en "Peligrosidad social y medidas de seguridad". Universidad de Valencia 1974.

- **ROSSI;** "Traite de Droit Penal", 1929. Traducción española de Cortes en 1939.

- **SAÍNZ CANTERO, J.A.** "Lecciones de Derecho Penal". Parte General. Tomo I Ed. Bosch. Barcelona 1981.

- **SANCHEZ DE LA TORRE, A** “El Derecho en la aventura europea de la libertad”. Reus S.A. Madrid, 1987, pág. 180.

- **SANTOS MARTÍN OSTOS, J. de los;** “Jurisdicción de Menores”. Ed. Bosch. S.A. Barcelona 1994.

- **Seminario “Menores sin Ley”** (problemática del menor infractor). Revista de la Asociación de Jueces y Magistrados Francisco de Vitoria. Junio 1991 nº 1 Págs 15-36.

- **SERRANO GARCÍA, R.** “Ley de Reforma de Legislación de Menores”. Instituto Nacional de Prospectiva. Madrid 1980.

- **SERVICIO CENTRAL DE PUBLICACIONES DEL GOBIERNO VASCO.** VICTORIA-GASTEIZ. 1988.

- **TERRADILLAS BASOCO, J.** “Peligrosidad social y Estado de Derecho”. Ed. Akal 1981.

* “Regulación española de las medidas de seguridad y garantías individuales”. Tesis doctoral. Universidad Complutense. Madrid 1980.

* “Vandalismo dei Giovani”. Bandas juveniles y vandalismo en España. Milano 1981.

- **URRA PORTILLO, J.** “Adolescentes en conflicto, un enfoque psicojurídico”. Ed. Pirámide S.A. Madrid 1995.

- **VARGAS CABRERA, B.** “La protección de Menores en el ordenamiento jurídico. Adopción, desamparo, tutela automática y guarda de Menores. Doctrina

jurisprudencia, legislación autonómica e internacional”. Ed. Comares. Granada 1994.

- **VEGA RUIZ, J. A.** “Apuntes de urgencia sobre la reforma penal de Menores”. La revista jurídica española de ...1991. Nº 4 . Págs 1148-1157.

- **VENTURA FACÍ, R.** “Los Menores de edad. Reflexiones sobre su legislación”. Menores. 1988. Nº 11 Págs 7-14.

- **VIVES ANTON, T. S.** “Constitución y Derecho Penal de Menores”. Poder Judicial. 1991. Nº 21. Págs. 93-105.

- **VIVES VILLEMÁZARES, F.** Principios que deben informar el proceso especial de los Tribunales de Menores, en rev. “Obra de protección de Menores”. Madrid, septiembre 1969.

* “De las acciones nacidas de los delitos y faltas de Menores”. Valencia 1928.

- **W. CLARKE HALL.** “Children’s Courts”. Londres, 1926. Pág. 33.

- **YBARRA, G.M.** “El primer Tribunal de Menores en España”. Madrid 1925.

* El progreso de nuestra legislación sobre Tribunales Tutelares en, “Publicaciones de C.S.P.I.”. Madrid 1934.

DISPOSICIONES NORMATIVAS DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN MATERIA DE PROTECCIÓN AL MENOR

RANGO	Nº	FECHA	TITULO	Comunidad Autónoma	Fecha de Publicación
DECRETO	281	13/9/88	por el que se establecen las medidas para la aplicación de la Ley 21/87 en Andalucía	ANDALUCÍA	BOJA 7/10/88
ORDEN		11/11/91	sobre prestaciones económicas para acogimientos familiares remunerados	ANDALUCÍA	BOJA 26/11/91
DECRETO	119	21/6/88	por el que se regulan las normas de actuación en materia de protección y tutela de menores	ARAGÓN	BOA 13/7/88
ORDEN		30/9/88	por la que se dictan normas para la aplicación del decreto 119/88	ARAGÓN	BOA 5/1/90
LEY	10	14/12/89	de Protección de Menores	ARAGÓN	BOE 5/1/90
DECRETO	165	17/12/92	por el que se aprueba el reglamento de régimen interior de los centros de educación e internamiento por medida judicial.	ARAGÓN	BOA 30/9/92
ORDEN		14/12/94	por el que se aprueba el Proyecto Educativo Marco para los Centros de Protección de Menores dependientes de la Comunidad Autónoma de Aragón	ARAGÓN	BOA 13/1/95
DECRETO	238	28/12/94	por el que se regula la organización y funcionamiento de los Centros de Protección de Menores de la Comunidad Autónoma de Aragón.	ARAGÓN	BOA 11/1/95
DECRETO	22	14/2/95	por el que se regula la composición y funcionamiento del Consejo Aragonés de la Adopción	ARAGÓN	BOA 3/3/95
DECRETO	28	21/2/95	por el que se regula el Registro de Protección de Menores	ARAGÓN	BOA 6/3/95
DECRETO	79	18/04/95	por el que se regula la declaración de desamparo y los instrumentos de protección previstos en la Ley 10/89 de Protección de Menores	ARAGÓN	BOA 5/5/95
LEY	5	19/12/90	sobre prohibición de venta de bebidas alcohólicas a menores de dieciséis años	ASTURIAS	BOE 6/2/91
LEY	1	27/1/95	de Protección del Menor	ASTURIAS	BOPA 9/2/95

RANGO	Nº	FECHA	TITULO	Comunidad Autónoma	Fecha de Publicación
DECRETO	98	21/9/94	por el que se regula la habilitación para actuar como entidad colaboradora en la protección de menores	BALEARES	BOCAIB 18/10/94
LEY	6	21/3/95	de actuación de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares en aplicación de las medidas judiciales sobre los menores infractores.	BALEARES	BOE 12/5/95
LEY	7	21/3/95	de guarda y protección de los menores desamparados.	BALEARES	BOE 19/5/95
DECRETO	103	10/6/94	por el que se regulan los procedimientos y registros de la adopción y de las formas de protección de menores.	CANARIAS	BOC 18/7/94
DECRETO	66	7/9/92	por el que se aprueba el Reglamento de expedientes administrativos de Adopción, Tutela, Guarda y Acogimiento de Menores	CANTABRIA	BOC 28/9/92
DECRETO	57	7/4/88	por el que se dictan normas sobre protección de menores	CASTILLA LEÓN	Y BOC Y L 14/4/88
DECRETO	184	20/9/90	por el que se aprueba el Reglamento de expedientes administrativos de adopción	CASTILLA LEÓN	Y BOC Y L 25/9/90
DECRETO	272	20/12/90	por el que se aprueba el Estatuto de Centros y Servicios propios y colaboradores de Protección, Atención y Tratamiento de Menores.	CASTILLA LEÓN	Y BOC Y L 26/12/90
DECRETO	143	18/12/90	sobre procedimiento en materia de protección de menores	CASTILLA-LA MANCHA	BOCM 26/12/90
LEY	2	2/3/95	contra la Venta y Publicidad de Bebidas Alcohólicas a Menores	CASTILLA-LA MANCHA	BOCM 21/4/95
LEY	11	13/6/85	de Protección de Menores	CATALUÑA	BOE 3/8/85
LEY	37	30/12/91	sobre medidas de protección de los menores desamparados y de la adopción	CATALUÑA	BOE 21/2/92
LEY	39	30/12/91	de la tutela e instituciones tutelares	CATALUÑA	DOGC 20/1/92
DECRETO	188	28/6/94	de creación de la Comisión de Asesoramiento y Supervisión de personas jurídicas sin ánimo de lucro que tengan asignada la tutela de menores o incapacitados	CATALUÑA	DOGC 5/8/94

RANGO	Nº	FECHA	TITULO	Comunidad Autónoma	Fecha de Publicación
RESOLUCIÓN		26/1/95	por la que se hace público el Acuerdo del Gobierno de la Generalidad de aprobación del Plan de medidas interdepartamentales dirigidas a los jóvenes tutelados por la Administración de la Generalidad al llegar a la mayoría de edad.	CATALUÑA	DOGC 10/2/95
LEY	8	27/7/95	de atención y protección de los niños y adolescentes y de modificación de la Ley 37/1991.	CATALUÑA	BOE 30/8/95
ORDEN		20/3/86	por la que se establece el recurso de las familias educadoras	COMUNIDAD VALENCIANA	DOGV 25/4/86
DECRETO	23	8/2/88	de medidas de protección de menores en situación de desamparo	COMUNIDAD VALENCIANA	DOGV 18/2/88
DECRETO	31	18/2/91	por el que se modifica el Decreto 23/88	COMUNIDAD VALENCIANA	DOGV 4/3/91
ORDEN		14/5/91	por la que se aprueba el Estatuto aplicable a los Centros de Atención a la Infancia y Juventud, ya sean públicos o concertados con la Administración Autonómica	COMUNIDAD VALENCIANA	DOGV 27/5/91
LEY	7	5/12/94	de la Infancia	COMUNIDAD VALENCIANA	BOE 25/1/95
LEY	4	10/11/94	de protección y atención a menores	EXTREMADURA	BOE 27/12/94
DECRETO	196	28/7/88	por el que se desarrolla en el ámbito de la Comunidad gallega la ley 21/87	GALICIA	DOG 17/8/88
ORDEN		31/8/89	por la que se crean los registros de solicitudes de acogimiento familiar y adopción	GALICIA	DOG 20/11/89
ORDEN		30/4/90	por la que se desarrolla el Decreto 196/88 en materia de acogimiento familiar de menores	GALICIA	DOG 6/6/90
DECRETO	437	6/9/90	por el que se crean las Comisiones Técnicas Interinstitucionales sobre el menor.	GALICIA	DOG 21/9/90
ORDEN		7/2/91	por el que se establecen ayudas periódicas a familias para la integración del menor	GALICIA	DOG 28/2/91
DECRETO	120	14/5/92	por el que se crea la Comisión Gallega Interinstitucional del Menor	GALICIA	DOG 21/5/92

RANGO	Nº	FECHA	TITULO	Comunidad Autónoma	Fecha de Publicación
DECRETO	112	31/3/95	sobre medidas de protección de menores y adopción	GALICIA	DOG 28/4/95
DECRETO	121	23/11/88	regulador del procedimiento de constitución y ejercicio de la tutela y guarda del menor	MADRID	BOCM 16/12/88
ORDEN	175	18/3/91	de desarrollo del Decreto 121/88 en materia de promoción del acogimiento de menores y la adopción	MADRID	BOCM 1/4/91
ORDEN	300	15/4/91	relativa al procedimiento para la constitución de la guarda de menores	MADRID	BOCM 22/4/91
DECRETO	37	22/5/92	por el que se crea el Instituto Madrileño de Atención a la Infancia	MADRID	BOCM 2/6/92
DECRETO	71	12/11/92	por el que se modifica el Decreto 121/88 regulador del procedimiento de constitución y ejercicio de la tutela y guarda del menor	MADRID	BOCM 19/11/92
ORDEN	1195	23/6/95	sobre tramitación de expedientes de Adopción Nacional de menores de la CAM	MADRID	BOCM 27/6/95
LEY	6	28/3/95	de Garantías de los Derechos de la Infancia y Adolescencia en la Comunidad de Madrid	MADRID	BOCM 7/4/95
DECRETO	81	4/11/94	regulador del procedimiento para la formulación de las propuestas de adopción	MURCIA	BORM 19/11/94
LEY	3	21/3/95	de la Infancia	MURCIA	BOE 2/6/95
DECRETO FORAL	90	25/3/86	sobre adopciones, acogimiento familiar y atención de menores	NAVARRA	BON 7/4/86
LEY FORAL	10	16/3/91	de prevención y limitación del consumo de bebidas alcohólicas por menores de edad	NAVARRA	BOE 20/9/91
DECRETO	14	18/4/91	sobre aplicación de la Ley 21/87 en materia de adopción y otras formas de protección de menores	RIOJA, LA	BOLR 25/4/91

II

(Actos cuya publicación no es una condición para su aplicabilidad)

CONSEJO

RECOMENDACIÓN DEL CONSEJO

de 31 de marzo de 1992

sobre el cuidado de los niños y de las niñas

(92/241/CEE)

EL CONSEJO DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS,

Visto el Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea y, en particular, su artículo 235,

Vista la propuesta de la Comisión⁽¹⁾,

Visto el dictamen del Parlamento Europeo⁽²⁾,

Visto el dictamen del Comité Económico y Social⁽³⁾,

Considerando que la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores adoptada en el Consejo Europeo de Estrasburgo, el 9 de diciembre de 1989, por los jefes de Estado y de Gobierno de once Estados miembros, dispone, en particular en el párrafo tercero de su punto 16 que:

«Conviene, asimismo, desarrollar medidas que permitan a hombres y mujeres compaginar más fácilmente sus obligaciones profesionales y familiares.»

Considerando que el programa de acción de la Comisión para la aplicación de la Carta comunitaria de derechos sociales fundamentales de los trabajadores prevé la presente Recomendación;

Considerando que la Comisión, en su tercer programa de acción a medio plazo sobre la igualdad de oportunidades para hombres y mujeres (1991-1995), reconoció la necesidad de continuar sus esfuerzos en este ámbito;

Considerando que la Comunicación de la Comisión sobre políticas familiares, remitida al Consejo el 24 de agosto de 1989, subraya la importancia de intensificar los trabajos relativos al cuidado de los niños y de las niñas;

Considerando que los métodos del cuidado de los niños y de las niñas, el permiso parental y el permiso de mater-

nidad forman parte de un conjunto que permite a los trabajadores hacer compatibles sus responsabilidades familiares y sus aspiraciones profesionales;

Considerando que conviene que los Estados miembros adopten y fomenten iniciativas que tengan en cuenta las responsabilidades respectivas de las autoridades nacionales, regionales o locales, de los interlocutores sociales, de los demás organismos competentes y de los particulares, en colaboración con los diferentes actores;

Considerando que para hacer compatibles las responsabilidades profesionales, familiares y de educación derivadas del cuidado de los niños y de las niñas debe hacerse un planteamiento de largo alcance que tome también en consideración los intereses y las necesidades particulares de los niños y de las niñas de diversas edades; que es preciso, para lograrlo, fomentar una política global destinada a hacer compatible el ejercicio de dichas responsabilidades;

Considerando que es esencial fomentar el bienestar de los niños, de las niñas y de las familias, velando por que sean satisfechas las necesidades de todos los niños, niñas y familias teniendo en cuenta que las responsabilidades derivadas del cuidado y de la educación de los niños y de las niñas subsisten durante todo el período de escolarización, especialmente durante la primera infancia;

Considerando que, en todos los Estados miembros, la demanda de servicios de cuidado de niños y niñas a precios asequibles es mayor que la oferta;

Considerando que la falta de servicios asequibles de cuidado de niños y niñas y de otras iniciativas para hacer compatibles las responsabilidades del cuidado y la educación de los niños y de las niñas con el empleo, la educación y la formación de los progenitores constituyen un importante obstáculo para el acceso de las mujeres al

(1) DO nº C 242 de 17. 9. 1991, p. 3.

(2) DO nº C 326 de 16. 12. 1991, p. 279.

(3) DO nº C 49 de 17. 2. 1992, p. 58.

mercado de trabajo y su participación efectiva en el mismo, en igualdad de condiciones con los hombres, para la plena participación de las mujeres en todos los sectores de la sociedad, así como para la utilización efectiva de su talento, aptitudes y capacidades en la situación demográfica actual;

Considerando, asimismo, que existen desigualdades entre los Estados miembros y entre las regiones de los Estados miembros al respecto;

Considerando, asimismo, que unos servicios más adecuados de cuidado de niños y niñas facilitarían la libre circulación de los trabajadores en el mercado europeo de trabajo;

Considerando que los servicios de cuidado de niños y niñas pueden ser públicos o privados, individuales o colectivos;

Considerando que el cuidado de los niños y de las niñas es un concepto de gran extensión que puede abarcar el establecimiento de servicios de cuidado de niños y niñas que correspondan a las necesidades de los niños y de las niñas, la concesión de permisos especiales a los progenitores, el desarrollo de un entorno, de estructuras y de una organización del trabajo adecuados con un reparto entre los hombres y las mujeres de las responsabilidades profesionales, familiares y de educación derivadas del cuidado de los niños y de las niñas;

Considerando que en algunos Estados miembros, debido al bajo nivel de la renta nacional y a la necesidad de limitar de forma estricta el aumento del gasto público, los poderes públicos pueden verse confrontados a dificultades especiales;

Considerando que la cláusula tipo incluida en todos los marcos comunitarios de apoyo relativos a la política estructural establece que las acciones y medidas adoptadas en este ámbito deben ser conformes y, en su caso, contribuir a la política y a la legislación comunitarias en materia de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres y que deben tenerse especialmente en cuenta las exigencias de formación e infraestructura que fomenten la participación de las mujeres con hijos en el mercado de trabajo;

Considerando, además, que en la iniciativa comunitaria NOW (1991-1993), financiada con cargo a los Fondos estructurales, relativa a la promoción de la igualdad de oportunidades de las mujeres en materia de empleo y de formación profesional, se prevén medidas complementarias en lo que respecta al cuidado de los niños y las niñas para ayudar a las mujeres con hijos a acceder al mercado de trabajo y a los cursos de formación profesional,

RECOMIENDA LO SIGUIENTE:

Artículo 1

Objeto

Se recomienda a los Estados miembros que adopten y fomenten progresivamente iniciativas destinadas a hacer

compatibles las obligaciones profesionales, familiares y educativas, de los hombres y de las mujeres, derivadas del hecho de tener a cargo niños o niñas.

Artículo 2

Ámbitos de iniciativas

Para los fines del artículo 1 se recomienda a los Estados miembros que, teniendo en cuenta las responsabilidades respectivas de las autoridades nacionales, regionales o locales, de los interlocutores sociales, de los demás organismos competentes y de los particulares, y en colaboración con los mismos, adopten y fomenten iniciativas en los cuatro ámbitos siguientes:

1) El establecimiento de servicios de cuidado de niños y niñas mientras los progenitores:

- estén trabajando,
- estén recibiendo educación o formación con vistas a la obtención de un empleo, o
- estén llevando a cabo gestiones para obtener un empleo o una educación o formación con vistas a la obtención de un empleo.

A efectos de la presente Recomendación, se entenderá por «servicios de cuidado de niños y niñas» cualquier forma de cuidado de niños o niñas, público o privado, individual o colectivo.

2) La concesión de permisos especiales a los progenitores que trabajen y tengan la responsabilidad del cuidado y la educación de niños o niñas.

3) El entorno, la estructura y la organización del trabajo para adaptarlo a las necesidades de los trabajadores con hijos.

4) La participación de los hombres y de las mujeres en las responsabilidades profesionales, familiares y educativas derivadas del cuidado de los niños y de las niñas.

Artículo 3

Servicios de cuidado de niños y niñas

Respecto de los servicios de cuidado de niños y niñas se recomienda a los Estados miembros que, teniendo en cuenta las responsabilidades respectivas de las autoridades nacionales, regionales o locales, de los interlocutores sociales, de los demás organismos competentes y de los particulares, y en colaboración con los mismos, adopten y fomenten iniciativas para:

1) permitir que los progenitores que trabajen, reciban educación o formación para conseguir un empleo, o estén llevando a cabo gestiones para conseguir realizar cualquiera de dichas actividades, puedan acceder en la medida de lo posible a servicios locales de cuidado de niños y niñas.

En este contexto, conviene sobre todo esforzarse por que:

- los servicios sean accesibles económicamente;
- combinen un cuidado serio, desde el punto de vista de la salud y la seguridad con una educación amplia y un planteamiento pedagógico;

- se tengan en cuenta las necesidades de los progenitores y de los hijos al determinar el acceso a los servicios;
 - pueda accederse a los servicios en todas las zonas y regiones de los Estados miembros, tanto rurales como urbanas;
 - los servicios sean accesibles a los niños y niñas con necesidades especiales, por ejemplo en materia lingüística, y a los pertenecientes a familias monoparentales, y respondan a sus necesidades;
- 2) fomentar la flexibilidad y diversidad de los servicios de cuidado de niños y niñas, como parte de una estrategia tendente a aumentar las posibilidades de elección y a responder a las preferencias, necesidades y circunstancias específicas de los niños, de las niñas y de sus progenitores, manteniendo la coherencia entre los diferentes servicios;
 - 3) procurar que la formación, tanto inicial como permanente, de las personas que trabajen en los servicios de cuidado de niños y niñas sea acorde con la importancia y el valor social y educativo de su trabajo;
 - 4) alentar a los servicios de cuidado de niños y niñas para que trabajen en estrecha colaboración con los progenitores y con las entidades locales, a través de contactos e intercambios de información regulares, para poder responder a las necesidades de los progenitores y a las circunstancias locales particulares;
 - 5) alentar a las autoridades nacionales, regionales o locales, a los interlocutores sociales, a los demás organismos competentes y a los particulares para que, con arreglo a sus respectivas responsabilidades, aporten una contribución financiera para la creación y funcionamiento de servicios de cuidado de niños y niñas asequibles y coherentes, que ofrezcan a los progenitores posibilidades de elección.

Artículo 4

Permisos especiales

Respecto de la concesión de permisos especiales a los progenitores que trabajen por cuenta ajena y que tengan responsabilidades en el cuidado y la educación de niños o niñas, se recomienda a los Estados miembros que, teniendo en cuenta las responsabilidades respectivas de los interlocutores sociales, de las autoridades nacionales, regionales o locales, de los demás organismos competentes y de los particulares, y en colaboración con todos ellos, adopten o fomenten iniciativas para tomar en consideración, de forma realista, el aumento de la participación de las mujeres en el mundo del trabajo.

Dichas iniciativas tendrán por objeto, en particular, los permisos especiales que hagan posible que todos los progenitores que trabajen por cuenta ajena, tanto hombres como mujeres, si así lo desean, puedan asumir efectiva-

mente sus responsabilidades profesionales, familiares y educativas, previendo, en particular, un cierto grado de flexibilidad en la concesión de permisos.

Artículo 5

Entorno, estructura y organización del trabajo

Respecto del entorno, estructura y organización del trabajo, se recomienda a los Estados miembros que, teniendo en cuenta las responsabilidades respectivas de las autoridades nacionales, regionales o locales, de los interlocutores sociales, de los demás organismos competentes y de los particulares y en colaboración con todos ellos, adopten y fomenten iniciativas para:

- 1) apoyar acciones, en particular en el marco de convenios colectivos, destinadas a crear un entorno, una estructura y una organización del trabajo que tengan en cuenta las necesidades de todos los progenitores que trabajen y tengan responsabilidades en el cuidado y educación de niños o niñas;
- 2) valorar el ejercicio y la importancia social del trabajo de las personas ocupadas en los servicios de cuidado de niños y niñas;
- 3) promover, especialmente en el sector público, acciones que fijen las pautas para el desarrollo de iniciativas en este ámbito.

Artículo 6

Distribución de las responsabilidades

Respecto de las responsabilidades derivadas del cuidado y la educación de los niños y de las niñas, se recomienda a los Estados miembros que, respetando la autonomía de las personas, promuevan y alienten una mayor participación de los hombres y de las mujeres con vistas a conseguir un reparto más equitativo de las responsabilidades parentales entre hombres y mujeres y permitir a las mujeres una participación más efectiva en el mundo del trabajo.

Artículo 7

Informe de la Comisión

Los Estados miembros informarán a la Comisión, en el plazo de tres años a partir de la fecha de adopción de la presente Recomendación, acerca de las medidas adoptadas para su aplicación, con objeto de permitir a la Comisión elaborar un informe sobre la aplicación de la presente Recomendación.

Hecho en Bruselas, el 31 de marzo de 1992.

Por el Consejo

El Presidente

Vuor MARTENS

ANEXO III

Comisión de los hechos

Supuestos comprendidos en el nº 2 del art.9 de la Ley T.T.M.

Supuestos comprendidos en el nº 1 del art. 9 de la Ley T.T.M.

Art. 2º.2.1
R.1

Juicio de faltas

Conocimiento de los hechos

Puesta en conocimiento del Ministerio Fiscal

No incoa expediente

Incoa expediente

Da cuenta al Juez de Menores

Implicaciones

R. 2

Dirigirá investigación de los hechos

R. 3

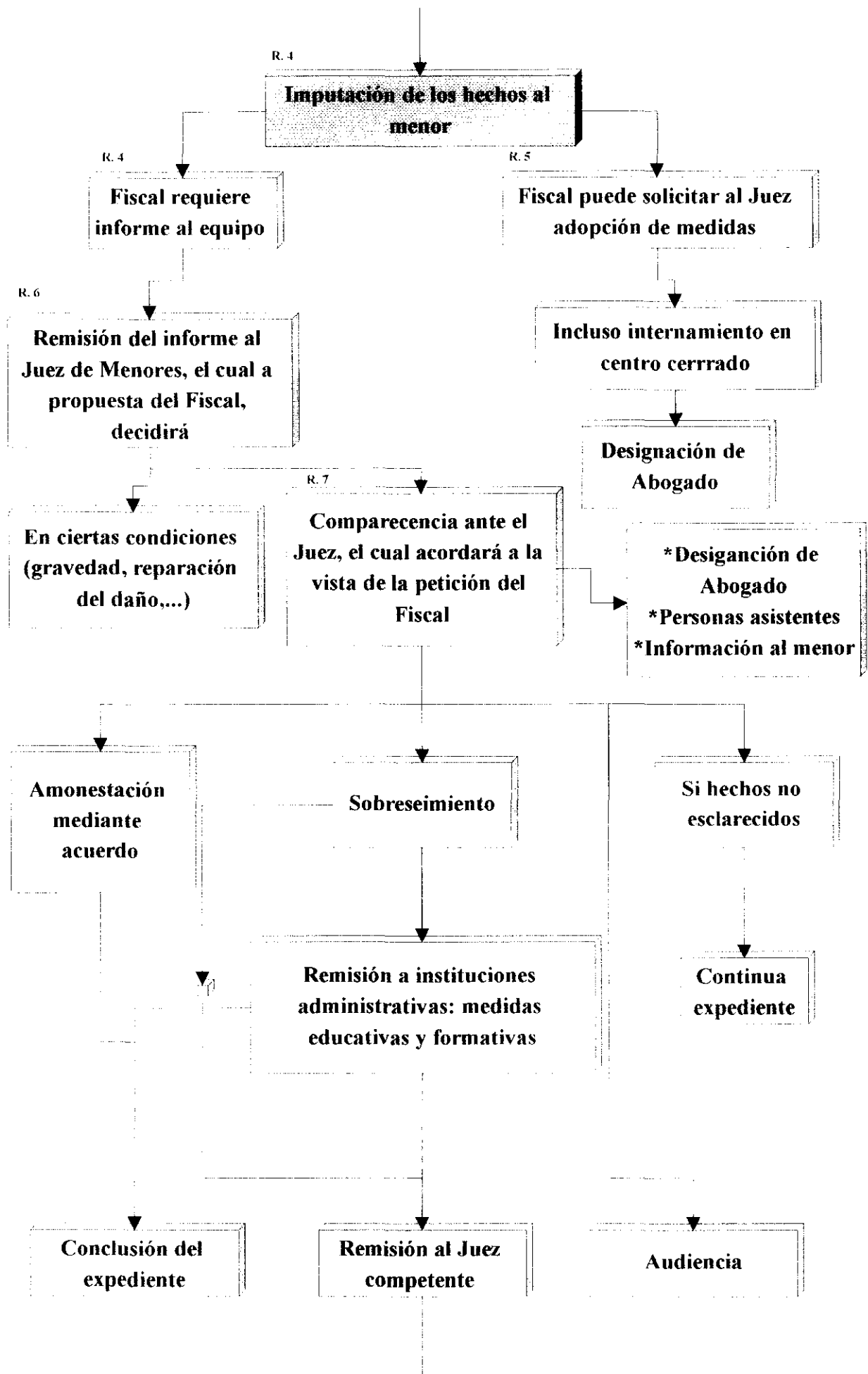
Se intruirá al menor de sus derechos

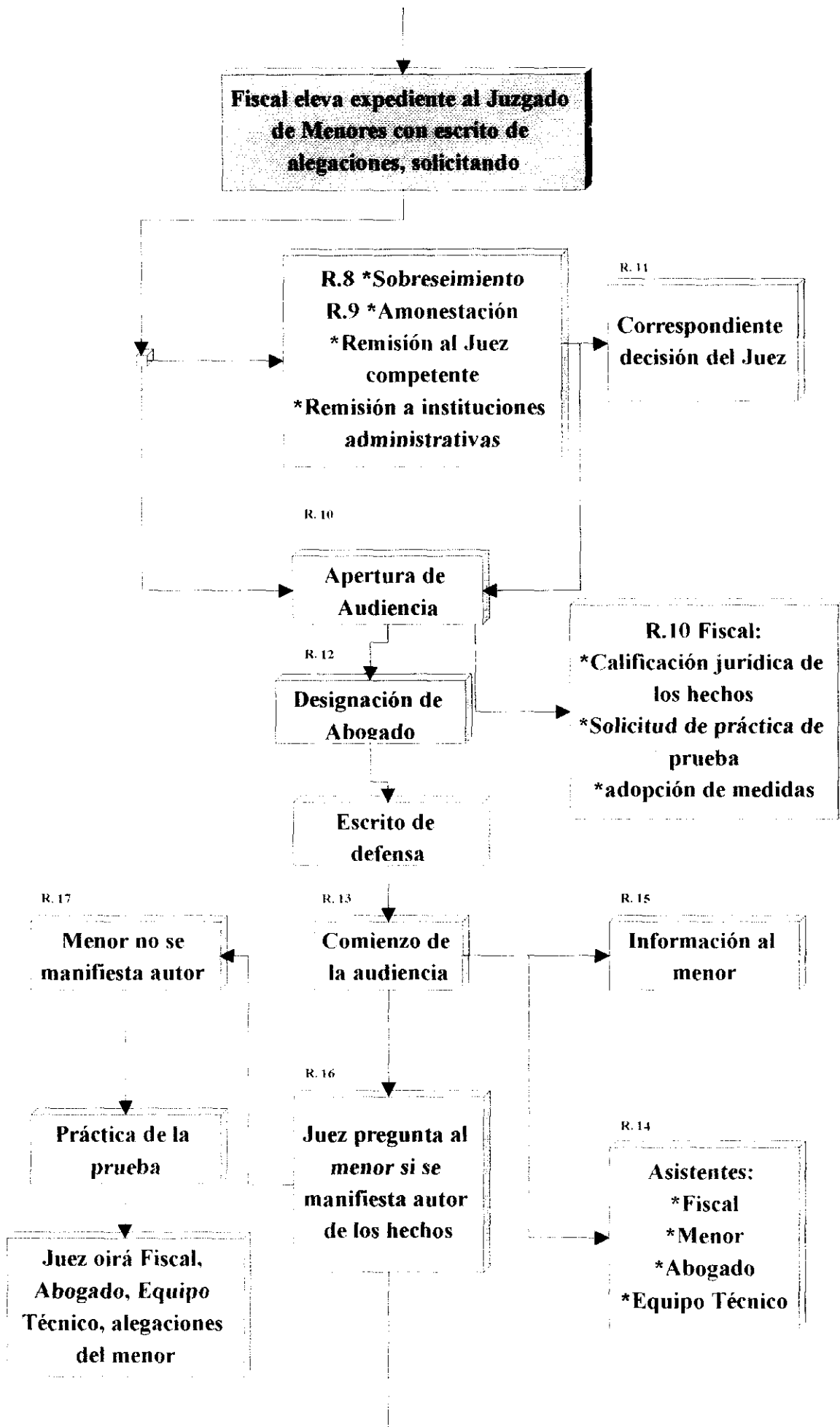
Solicitud de diligencias al Juez de Menores

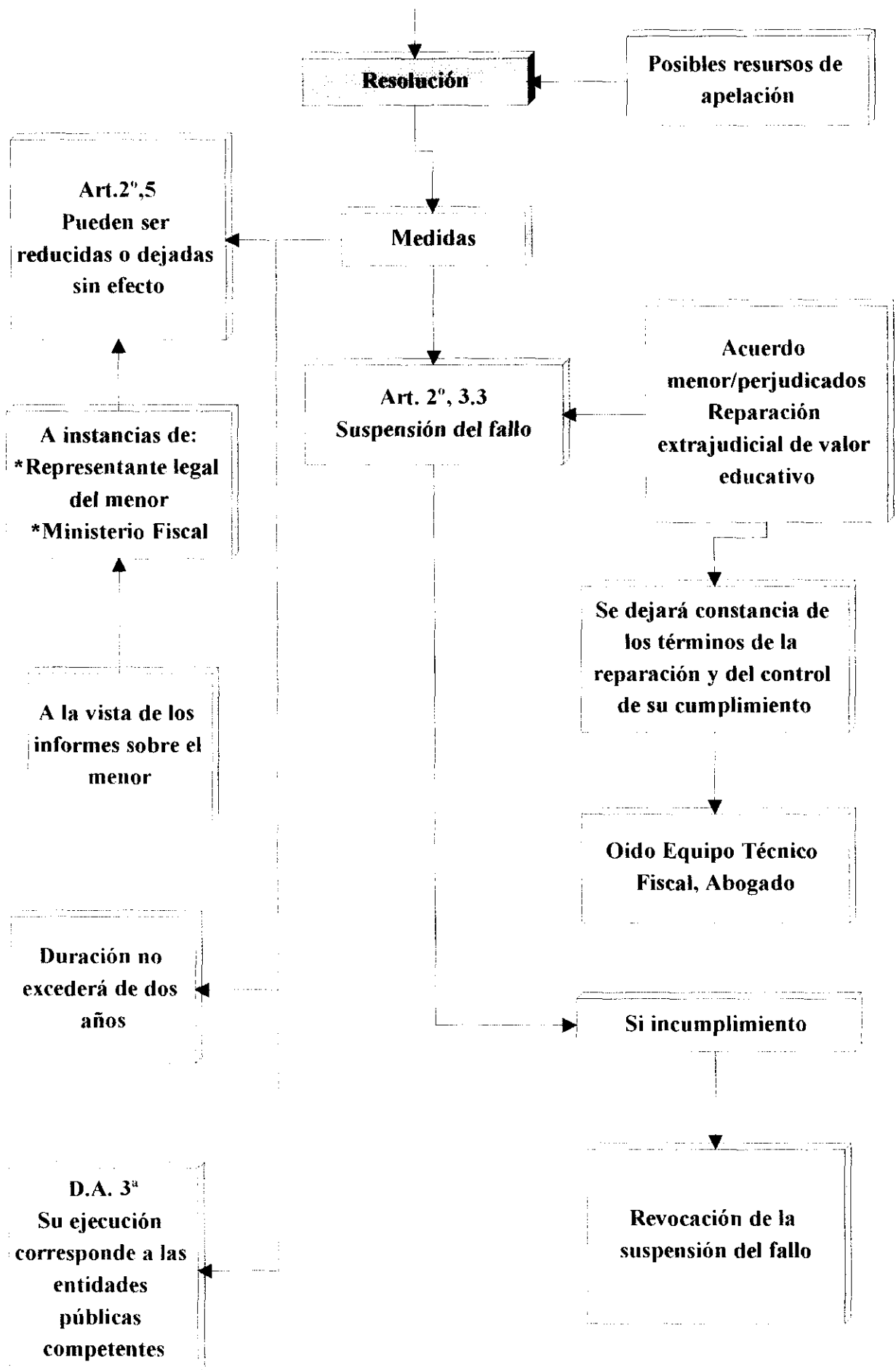
R. 4

Acuaciones de la Policía Judicial

Imputación de los hechos al menor







R. 16

Menor se manifiesta autor de los hechos

R. 16

Si menor, a pregunta del Juez, conforme con la medida solicitada por el Ministerio Fiscal

R. 16

Resolución

Art. 2º, 3.1

Juez:

***Podrá oír Equipo Técnico**

***Apreciará pruebas practicadas**

***Razones del menor, Fiscal, Abogado**

***Circunstancias, personalidad, necesidades**

Si juicio de faltas

Art. 2º, 3.2
De viva voz en el acto de la audiencia

Según forma
Art. 248.3 de la L.O.P.J.

Código Penal

