

Ararteko

Responsabilidad penal de los menores: una respuesta desde los derechos humanos



Colección «Jornadas sobre derechos humanos»



Ararteko

Responsabilidad penal de los menores: una respuesta desde los derechos humanos

**XX Cursos de Verano en San Sebastián
XIII Cursos Europeos - UPV/EHU 2001**

Colección «Jornadas sobre derechos humanos» n° 5



© ARARTEKO

Fotocomposición e impresión: Gráficas Santamaría, S.A.

Ilustración de cubierta: “*Niña triste*”. 1924/1925, de Carlos Sáenz de Tejada.

© de la fotografía. Ararteko.

Papel ecológico.

D.L: VI-433/2001.

ÍNDICE

| | |
|--|----------|
| AURKEZPENA / PRESENTACIÓN | 7 |
|--|----------|

| | |
|---|-----------|
| PRESENTACIÓN DE LA JORNADA EN LOS CURSOS DE VERANO DE LA UPV/EHU. RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS MENORES: UNA RESPUESTA DESDE LOS DERECHOS HUMANOS | 15 |
| <i>(Mercedes Agúndez Basterra – Ararteko en funciones)</i> | |

| | |
|--|-----------|
| PRINCIPIOS ORIENTADORES DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS MENORES | 31 |
| <i>(Esther Giménez-Salinas i Colomer – Vocal del Consejo General del Poder Judicial)</i> | |

| | |
|---|-----------|
| RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS MENORES: UNA RESPUESTA DESDE LOS DERECHOS HUMANOS | 57 |
| <i>(José Luis Segovia Bernabé – Profesor de la Universidad Pontificia de Salamanca / Criminólogo)</i> | |

| | |
|---|-----------|
| LA FISCALÍA EN LA LO 5/2000. ALGUNAS CUESTIONES EN LA INSTRUCCIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE MENORES | 81 |
| <i>(Luis Delgado Nevares – Fiscal del Juzgado de Menores de Vitoria/Gasteiz)</i> | |

| | |
|---|------------|
| APLICACIÓN EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO DE LA LEY DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS MENORES | 111 |
| <i>(Serafín Martín Corral – Coordinador del Equipo Psicosocial Judicial de la CAE)</i> | |

| | |
|--|------------|
| APLICACIÓN EN UN CENTRO EDUCATIVO (ANDOIU) DE LA LEY DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS MENORES EN LA CAPV | 133 |
| <i>(Javier Iturrospe López de Heredia – Trabajador social en el Centro Educativo Andoiu)</i> | |

AURKEZPENA

1997. urtean, Arartekoak argitalpen bilduma berri bat hasi zuen, “Jornadas sobre derechos humanos” izenekoa. Bilduma horretan argitaratzen dira EHUren Udako Ikastaroetako zenbait txosten eta komunikazio, hain zuzen, giza eskubideak aztertu eta eztabaidatzeko jardunaldietan aurkeztzen direnak. Izan ere, erakunde honek antolatzen ditu jardunaldiok.

Beste urte batzuetan egin dugun moduan, aurten ere gaurko ikuspegitik heldu nahi izan diogu giza eskubideen alor zabal horri. Horrela, 2001eko urtarrilean, adin txikikoen erantzukizun penala arautzen duen 5/2000 Lege Organikoa indarrean jarri zenean, gogoeta egiteko parada izan genuen “gazteen

PRESENTACIÓN

El año 1997 el Ararteko comenzó una nueva colección de publicaciones denominada “Jornadas sobre derechos humanos”. En esta colección se van publicando las ponencias y comunicaciones presentadas en las jornadas de estudio y debate sobre derechos humanos que la institución organiza en los Cursos de Verano de la UPV/EHU.

Como en ocasiones anteriores, también este año se ha pretendido abordar el amplio campo de los derechos humanos desde una perspectiva de cierta actualidad. Así, la entrada en vigor, en enero de 2001, de la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, proporcionó la oportu-

delinkuentzia” deritzanari gure gizartea ematen ari zaion erantzunaz.

Ararteko erakundeak lehen ere agertu zuen adin txikiko lege-hausleei emandako tratuak sortzen dion kezka, 1998an gai horretaz argitaratu zuen txosten berezian. Une hartatik aurrera, erakunde honek etengabe aztertu du ikusitako arazo nagusien bilakaera, eta zera egiaztatu ahal izan du: alderdi batzuei dagokienez, nolabaiteko eboluzioa gertatu dela, eta oraindik indarrean jarraitzen dutela txosten monografiko hartatik ateratako ondorio eta gomendio askok. Jardunaldiaren aurkezpenean, Ararteko andreak, iritzi horiek azaltzeaz gain, lege berriaren lehen balorazioa egiten du, eta agerian jartzen du tirabiran daudela lege horren hezteko xedea eta bere izaera penala.

Gai garrantzitsu hori atzera hartu eta bikain garatzen da jardunaldiko bi

nidad para reflexionar sobre la respuesta que nuestra sociedad está dando a la llamada delincuencia juvenil.

La preocupación de la institución del Ararteko por el tratamiento que reciben las y los menores infractores ya se había plasmado en un informe extraordinario sobre esa materia publicado en 1998. A partir de ese momento, esta institución ha realizado un seguimiento de los principales problemas detectados, lo que ha permitido constatar la evolución experimentada en algunos aspectos, así como la vigencia de muchas de las conclusiones y recomendaciones derivadas de aquel estudio monográfico. En su presentación de la jornada, la Ararteko expone estas consideraciones, además de realizar una primera valoración de la nueva regulación legal, en la que pone de manifiesto la tensión existente entre la finalidad educativa de la ley y su naturaleza penal.

Esta importante cuestión es retomada y brillantemente desarrollada en las dos ponencias

txosten nagusietan. Esther Giménez-Salinas irakasleak, zeina Aginte Judizialaren Kontseilu Goreneko kide eta adin txikikoei buruzko Zuzenbide penalean aditua baita, 5/2000 Lege Organikoaren ezaugarri orokorrak aztertzen ditu, oinarriko printzipioak batez ere. Esku-hartzearen helburua adin txikikoa heztea dela eta irizpide nagusia haren interesa babestea dela azpimarratu ondoren, guztiz on deritza hainbat printzipio erabiltzeari, adibidez, justizia konpontzailearen printzipioa, gutxieneko esku-hartzearena edo neurriak finkatu eta gauzatzeko malgutasunarena, eta gogoan hartzen du zenbateraino murriztu diren legezko joera horiek 7/2000 Legean egindako berrikuntzen ondorioz. Txostengileak zalantzan jartzen du legealdaketa hori egokia izan ote den, eta, batik bat, beharrezkoa ote zen. Aldaketa, jakina denez, adin txikikoen erantzukizun penala arautzeko legea indarrean jarri aurretik onartu zen.

José Luis Segovia irakasleak, bere aldetik, ikuspuntu

principales de la jornada. La profesora Esther Giménez-Salinas, vocal del Consejo General del Poder Judicial y reconocida experta en Derecho penal de menores, aborda las características generales de la Ley Orgánica 5/2000 y se centra en sus principios básicos. Tras destacar la naturaleza educativa de la intervención, así como el criterio rector de proteger el interés del menor, alaba la adopción de principios como el de justicia reparadora, de intervención mínima o la flexibilidad en la fijación y ejecución de las medidas, sin olvidar los recortes que en estas orientaciones legales han supuesto las reformas introducidas por la Ley 7/2000. La ponente cuestiona el acierto y, sobre todo, la necesidad de tal modificación normativa, aprobada con anterioridad a la entrada en vigor de la ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

Por su parte, el profesor José Luis Segovia, desde la

erabat kritikotik aztertzen du lege berria, eta horretarako baliagarri zaizkio, batetik, gatazka-egoeran dauden nerabeekin bititzeak eman dion eskarmentua, eta bestetik, abokatu, kriminologo eta unibertsitateko irakasle gisa egiten duen lana, eskarmentu horren aberasgarri. Gizarteak haur horietaz duen iritzia izugarri aldatu dela dio: arriskuan zeuden gizakitzat hartzen bazituen lehen, gizaki arriskutsutzat jotzen dituz orain. Beraz, egian esan, lege berriak alor penala zabaltzen du, eta bere xedea adin txikiko lege-hausleen berme juridikoak sendotzea den arren, gaizkile helduek prozesu penalean dituzten eskubideak adin txikikoei bermatuz lortu nahi du xede hori.

Kritika horiek eginagatik, txostengileak, paradoxa bada ere, lege berria defendatu behar du “bigunegi”tzat jotzen dutenen kontra, edo, areago, lege horren eraginez, adin txikikoek burututako delitu larriak ia ez direla zigortzen diotenen kontra.

experiencia proporcionada por la convivencia con adolescentes en situación de conflicto, enriquecida por su labor profesional como abogado, criminólogo y docente universitario, se enfrenta a la nueva ley con un enfoque claramente crítico. Explica cómo ha cambiado la percepción social de estos niños y niñas que, de seres en situación de peligro, han pasado a ser percibidos como sujetos peligrosos. En consecuencia, la nueva regulación supone en realidad una expansión del ámbito penal y, si bien constituye un intento de reforzar las garantías jurídicas de los menores infractores, elige la vía de asegurar a éstos los derechos que asisten a los delincuentes adultos en el proceso penal.

Estos planteamientos críticos no impiden que el ponente se encuentre en la paradoja de tener que defender la nueva ley frente a quienes la consideran excesivamente “blanda”, o la acusan, incluso, de provocar la casi total impunidad de los delitos graves cometidos por menores.

Jardunaldiaren bigarren zatiaren ardatza hauxe da: Euskal Herriko Autonomia Erkidegoan lege hori nola erabiltzen ari den aztertzea. Helburu horrekin, mahain-guru bat egin da, adin txikiko lege-hausleekin gehien jarduten duten sektoreetako hiru ordezkari hizlari hartuta.

Luis Delgado Gasteizko adin txikikoen epaitegiko fiskala da, eta kargu horrek legea nola erabiltzen den ikusteko aukera ematen dio. Ikuspegi horrexetatik hausnartzen du arau berriak Herri Ministerioari ematen dion zeregin nagusia. Arretaz aztertzen ditu lege hori abiaraztean pixkanaka agertzen ari diren arazoak. Bata bestearen atzetik aipatzen ditu zenbait gai, adibidez, lege horren hezteko helburuaren eta babesteko eskubidearen artean sor daitezkeen kontraesanak, edo adin txikiko bat atxilotzean kontuan hartu behar diren alderdi espezifikoa.

Serafín Martín Corralek, autonomia erkidegoan adin txikikoen epaileei aholku

La segunda parte de la jornada se centra en el análisis de la aplicación de la ley en la Comunidad Autónoma del País Vasco. Con ese objetivo, una mesa redonda ha reunido a tres representantes de los sectores que protagonizan la intervención con menores infractores.

Desde el observatorio de la práctica legal que le proporciona su cargo de fiscal del Juzgado de menores de Vitoria/Gasteiz, Luis Delgado reflexiona sobre el papel central que la nueva norma otorga al Ministerio Público, deteniéndose en aspectos problemáticos que la puesta en marcha de la ley está desvelando. Desgrana así cuestiones como las posibles contradicciones entre la finalidad educativa de la ley y el derecho a la defensa, o los aspectos específicos que han de tenerse en cuenta en la detención de una persona menor de edad.

Serafín Martín Corral, como coordinador del equipo psicosocial que asesora a los

ematen dien talde psiko-sozialeko koordinatzaile denez, oso zehatz azaltzen du zein eginkizun ematen dizkion lege berriak diziplina anitzeko organo horri. Egin-kizunok -ez ahaztu- erabaki-garriak dira adin txikiko lege-hauslearen ezaugarrietara ongien egokitzen diren neurriak ezartzerakoan. Era askotako proposamenak egin dira, betiere adin txikikoa hezi eta gizarteratzeko asmoz. Proposamen horiekin batera, talde teknikoaren ordezkariari oso garrantzitsuak iruditzen zaizkio artekaritza-lanak, bai adiskidetzeko, bai legez kontrako portaerak eragindako kaltea konpontzeko.

Zigor lege berria erabiltzeari buruzko azterketa honetan, ezinbestekoa zen epaile-erabakiak aplikatzen ari diren pertsonen ekarpena, harreman zuzena baitute adin txikikoekin. Javier Iturrospek Andoio heziketa zentroan egiten du lan, eta zentroa kudeatzen duen elkarteak onartutako aukerak eta jarraibide pedagogikoak azaltzen ditu. Zentro horren asmoa adin txikikoak

jueces de menores en la Comunidad Autónoma, explica con precisión las funciones que la nueva ley atribuye a dicho órgano multidisciplinar, y que -no se olvide- resultan determinantes a la hora de establecer las medidas más adecuadas a las características del menor infractor. Junto a la diversidad de las propuestas, siempre destinadas a la finalidad socioeducativa de la intervención, el representante del equipo técnico destaca la importancia de las labores de mediación dirigidas a lograr la conciliación o la reparación del daño causado por la conducta ilícita.

No podía faltar en esta revisión de la puesta en práctica de la nueva ley penal la aportación de quienes, en directo contacto con los y las menores implicados, están aplicando las medidas señaladas judicialmente. Javier Iturrospe, que desarrolla su labor profesional en el centro educativo de Andoio, expone las opciones y líneas pedagógicas adoptadas por la asociación que gestiona dicho cen-

hezkuntza-prozesu baten subjektutzat hartzea da, eta horietako bakoitzari arreta osoa eskaintzea. Halaber, familiak ere dagokion erantzukizuna bereganatzea lortu nahi du, eta erkidegoko baliabideekin koordinatzea.

Bukatzeko, jardunaldiko txosten guztietan agertu den ideia hau aipatzen du: adin txikikoen erantzukizun penalaritari buruzko legea egokia eta zuzena izan dadin, behar-beharrezkoa da administrazioak lege hori gauzatzeko baliabide onak eta nahikoak ematea (pertsonazkoak nahiz materialak).

Nerabegaroko portaera lege-hausleek nolabaiteko kezka sortzen dute jendearengan, nahiz eta halako portaerak garai eta gizarte sistema orotan agertu izan diren. Horregatik, pentsa daiteke gizakiaren heldutasun prozesuko aldi zehatz bati atxikita daudela. Alabaina, erakunde eskubide-bermatzaile honen

tro. La consideración del menor como sujeto del proceso educativo, dedicando una atención individualizada e integral a su persona, constituye la base de un proyecto que busca, asimismo, la corresponsabilidad de la familia y la coordinación con los recursos comunitarios.

Para terminar, este ponente insiste en una idea que se revela como una constante en todas las intervenciones de la jornada: la idoneidad y el acierto de la regulación legal de la responsabilidad penal de los menores depende directamente de la calidad y suficiencia de los recursos (tanto personales como materiales) que la Administración destine a su puesta en práctica.

Las conductas infractoras manifestadas en la adolescencia provocan cierta inquietud en la opinión pública, a pesar de que su omnipresencia en todo tiempo y sistema social permiten pensar que tales comportamientos resultan inherentes a un determinado estadio del proceso de maduración de la personalidad hu-

iritziz, gazteen delinkuentziak gizartean kezka sortzen badu, ez dira hartu behar huts-hutsik errepresiozkoak diren neurriak, sarritan ez baitira eraginkorrak izaten. Aldiz, kezka horrek patxadaz pentsarazi behar digu zeintzuk diren arazo hori konpontzeko modurik bidezkoenak, gizarteko desberdintasunak orekatzeko baliagarriak eta, gerora begira, eraginkorrenak. Dударik gabe, aipatu gaiek eragin handia dute gizartean, eta horien gaineko eztabaida publikoa pizten lagundu nahi dugu txostenok transkribatuz.

Vitoria/Gasteiz,
2001eko uztailaren 6a

mana. Pero, según el criterio de esta institución garantista, la preocupación social que la delincuencia juvenil despierta no debe dar lugar a medidas puramente represivas y, a menudo ineficaces, sino que ha de generar una reflexión serena sobre los modos más justos, compensadores de las desigualdades sociales y, a la larga, más efectivos de tratar ese fenómeno. La transcripción de estas ponencias pretende contribuir a fomentar el debate público sobre estas cuestiones de indudable trascendencia social.

Vitoria/Gasteiz,
6 de julio de 2001

Mercedes Agúndez Basterra
Jarduneko Arartekoa

**PRESENTACIÓN DE LA JORNADA
EN LOS CURSOS DE VERANO DE LA UPV/EHU**

**RESPONSABILIDAD PENAL
DE LOS MENORES:
UNA RESPUESTA DESDE
LOS DERECHOS HUMANOS**

MERCEDES AGÚNDEZ BASTERRA
ARARTEKO EN FUNCIONES

Desde hace ya cinco años, la institución del Ararteko viene organizando en los cursos de verano de la UPV/EHU una jornada dedicada a cuestiones relacionadas con los derechos humanos. Entre la multiplicidad de temas que presentan interés - interés surgido con frecuencia, y lamentablemente, de las vulneraciones, falta de desarrollo o ignorancia de tales derechos- hemos procurado elegir siempre cuestiones “de actualidad”.

Ambos requisitos se cumplen en la materia que hoy nos ocupa: resulta evidente que las personas menores de edad, que no han alcanzado todavía su madurez ni, por tanto, su plena autonomía individual, se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad. Su incapacidad para defender y ejercitar sus derechos, además de su patente debilidad frente a cualquier abuso, agresión o incluso mera desatención de las personas adultas de quienes dependen les convierten en seres humanos especialmente necesitados de protección. O, lo que es lo mismo, su dependencia obliga a la sociedad, en general, y al estado, en particular, a actuar como garantes de su desarrollo personal. En definitiva, los derechos de los menores constituyen una parte esencial e inescindible de los derechos humanos.

Por otra parte, el tema sobre el que vamos a reflexionar constituye en nuestro país una cuestión de actualidad, a causa de la entrada en vigor, en enero del corriente año, de la Ley orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

Con independencia de las valoraciones que puedan hacerse sobre su contenido, parece evidente que la aprobación de la norma legal citada ha supuesto un hito histórico. En cierta medida, el tratamiento a las niñas y niños en conflicto social había permanecido impermeable a los valores, derechos y garantías establecidos por la Constitución de 1978. En este ámbito seguía rigiendo la Ley de Tribunales Tutelares de Menores, elaborada en plena posguerra (1948), y los principios democráticos que inspiraron la transición política no se acogieron en dicho ámbito hasta 1991, cuando el Tribunal Constitucional declaró la incompatibilidad del art. 15 de dicha ley con las garantías penales consagradas por la Norma Fundamental. La Ley Orgánica 4/1992 trató de adaptar el procedimiento aplicable a los menores infractores a las normas que rigen el proceso penal en el estado democrático de derecho, pero su promulgación originó una llamativa situación de provisionalidad, que resultaba intolerable a partir de la entrada en vigor del Código Penal de 1995. Como es sabido, el nuevo Código equiparaba la mayoría de edad penal con la civil -esto es, la situaba a los 18 años-, aunque posponía la entrada en vigor de dicho precepto a la aprobación de una norma que regulase la responsabilidad penal de las personas menores de edad.

La situación existente chirriaba con la Constitución, pero también incumplía las normas y compromisos internacionales, surgidos, por ejemplo, de las *Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia a menores* (1985) -conocidas como “Reglas de Beijing”-, de la *Recomendación del Consejo de Europa sobre reacciones sociales a la delincuencia juvenil* (1987) y, en particular, de la *Convención sobre los derechos de la infancia*, de 20 de noviembre de 1989, ratificada por nuestro país un año más tarde.

En las circunstancias descritas, la Ley 5/2000 venía a cubrir un vergonzoso vacío legal. Pero no es ese su único significado. La nueva ley reguladora de la responsabilidad penal de

los menores (LRRPM) implica un notorio cambio en la orientación de la respuesta social a los niños y niñas que infringen el ordenamiento jurídico. La nueva forma en que la sociedad aborda esas conductas se refleja, incluso, en el nombre de las leyes: de tutela de los menores, se pasa a hablar de responsabilidad penal de éstos; de tribunales tutelares se pasa a juzgados -penales- de menores. Como ha advertido la doctrina, el cambio -ya iniciado con la ley 4/92- supone una modificación radical en la concepción moral y social del menor. “De considerarlo un *ser en peligro* y, consiguientemente, necesitado de protección y tutela, pasa a ser percibido como un *ser peligroso* y, por tanto, del que hay que defenderse”.

En definitiva, el legislador ha realizado una determinada opción, pero, desde luego, no era la única posible. En este sentido, conviene recordar -siquiera brevemente- los distintos modelos de intervención con menores infractores que existen en la actualidad.

En los países occidentales, pueden observarse tres modelos básicos de intervención: el de justicia juvenil, el de protección, y el de reparación y conciliación o de justicia restitutiva, con un fuerte predominio del primero sobre los demás. Ello se debe, en parte, a la más clara identificación de este modelo con los principios propugnados en los textos internacionales y, en parte también, a la fuerte reacción social que han despertado algunos casos aislados de comisión de crímenes graves por menores.

En este primer modelo de justicia juvenil, se aplican, coercitivamente, medidas que no se suelen calificar de penales, sino de sancionadoras, y se declara que su finalidad es eminentemente educativa. Ambos factores son, con mucha frecuencia, difícilmente conciliables, unas veces porque el tipo de medida aplicada requiere, para ser eficaz, la voluntad del sujeto (es el caso por ejemplo, de los tratamientos de desintoxicación), otras porque los adolescentes no perciben el

carácter educativo de la intervención cuando procede de una instancia judicial y se impone en un procedimiento no muy distinto del previsto en las normas procesales de enjuiciamiento criminal.

En el modelo de protección -cuyo más claro ejemplo en la actualidad es el escocés- las instancias responsables de intervenir son los servicios sociales, en colaboración con otros servicios del entorno comunitario. La autoridad judicial se pronuncia sobre la autoría y las circunstancias de comisión del hecho delictivo, pero los servicios sociales se encargan de adoptar las medidas que consideren más adecuadas a la promoción del bienestar del infractor y a su protección contra la situación de riesgo social que le ha llevado a manifestar esa conducta. Dichas medidas pueden llegar a ser incluso de internamiento en centro, aunque, en tal caso, requieren un refrendo judicial. Con todo, el sistema no da respuesta a los delitos muy graves, delitos de los que conocen siempre los tribunales.

Por último, el sistema de justicia restitutiva o reparadora es el de más reciente configuración y basa su intervención en la mediación, es decir, en la aplicación de un procedimiento tendente a alcanzar una conciliación entre la persona infractora y la víctima, y, en su caso, la reparación del daño. La mediación se ha potenciado considerablemente en los últimos años, y constituye incluso un elemento al que cabe recurrir en los otros dos modelos en determinadas fases del procedimiento. Se ha considerado la posibilidad de convertirla en la base del sistema de intervención con infractores menores de edad penal, en parte por buscar alternativas viables a los modelos de justicia y de protección que, a menudo parecen no aportar soluciones eficaces y, en gran medida, también, por tratarse de un sistema que otorga a la víctima y a la comunidad un verdadero protagonismo en el proceso. A la persona infractora le proporciona una posibilidad real de responsabilizarse de los perjuicios causados, adquiriendo un conocimiento directo del impacto que han tenido. El principal inconveniente que se suele atribuir a este

modelo, vigente en la actualidad en Nueva Zelanda y Australia, es su insuficiencia o posible falta de idoneidad para aplicarse en casos de delitos graves contra las personas.

Como decía, en los últimos años los países europeos han manifestado una preferencia por el sistema de justicia juvenil y, en muchos casos, por un endurecimiento de las intervenciones, observándose una preocupante tendencia a la consideración de soluciones eminentemente punitivas, y muy limitativas de derechos, que habían estado ausentes de los planteamientos aceptados en esta materia durante muchos años. Es un hecho que el número de internamientos ha aumentado considerablemente en algunos países, a veces como respuesta a la presión social ante la comisión de graves pero aislados crímenes, por personas menores de edad.

De todos modos, debe tenerse presente que en ningún país se aplican modelos puros, sino que suelen coexistir, a menudo de forma inarmónica, elementos de unos y otros. Las diferencias y contradicciones que se observan en la aplicación de los modelos derivan de la necesidad de dar respuesta a intereses y derechos con frecuencia opuestos: los de la víctima y los del cuerpo social, que hay que tratar de conciliar con los del infractor menor de edad. Si bien este último puede representar un peligro, también es cierto que, por su edad, el hecho de encontrarse en esa situación de riesgo le hace necesitado de protección por parte de la sociedad y de las administraciones competentes. Este es el núcleo del debate sobre la intervención en casos de delincuencia juvenil.

Volviendo a nuestro país, parece claro que se ha sumado a la tendencia occidental más proclive al sistema de justicia penal juvenil. De hecho, al recoger en su exposición de motivos los principios generales que la orientan, la Ley 5/2000 confirma su *naturaleza formalmente penal pero materialmente sancionadora-educativa del procedimiento y de las medidas aplicables a los menores*. Esa doble pretensión de proteger

castigando o de sancionar educando se plasma, asimismo, en el doble origen de las garantías que expresamente se reconocen en la misma exposición de motivos: se aseguran a los niños y niñas todas las garantías que derivan, por un lado, del respeto de los derechos constitucionales y, por otro, de las especiales exigencias del interés de los menores. A lo largo de la jornada de hoy tendremos ocasión de reflexionar sobre esta “orientación bipolar” que, en buena medida, constituye la característica esencial de la nueva ley. ¿Son compatibles ambos objetivos? ¿Es posible educar mediante la imposición coactiva de medidas represivas? ¿Tienen cabida las garantías penales, como la presunción de inocencia o el derecho a no declarar, en una intervención educativa?

Por otra parte, la ambivalencia puesta de relieve no es la única que puede apreciarse en el nuevo texto legal. En ocasiones, la vigencia de los principios generales proclamados en la exposición de motivos se ve recortada -cuando no abiertamente contradicha- por los preceptos recogidos en el articulado de la ley. Así, por ejemplo, uno de los criterios rectores que se establecen es la *flexibilidad en la adopción y ejecución de las medidas aconsejadas por las circunstancias del caso concreto*. Esta importante afirmación resulta plenamente coherente tanto con el objetivo educativo como con la primacía del *superior interés del menor*, interés que -según la propia ley- *ha de ser valorado con criterios técnicos y no formalistas por equipos de profesionales especializados en el ámbito de las ciencias no jurídicas*.

Además, para reforzar la orientación educativa de la norma y la atención a las circunstancias personales y necesidades específicas del menor, el Derecho penal de menores rechaza expresamente otras finalidades del sistema sancionador que están presentes en el Derecho penal de adultos. Se renuncia así a la finalidad retributiva -esto es, a que la sanción sea proporcional a la gravedad del hecho- y a la finalidad ejemplarizante o de intimidación de los destinatarios de la norma. Otra conse-

cuencia de la relevancia del interés del menor y de la vocación pedagógica de la ley consiste en la incorporación del principio de intervención mínima, que supone la no apertura del procedimiento penal -o la renuncia a éste sin imposición de sanción- siempre que el fin educativo pueda alcanzarse por otras vías, en particular mediante la reparación del daño causado o la conciliación entre el infractor y la persona perjudicada por el hecho.

Ahora bien, si analizamos el articulado de la ley, son muchos los preceptos que matizan, si no se oponen, a los criterios orientadores que acabo de mencionar. Así, por mencionar sólo un ejemplo, la exclusión de la diversidad de las medidas resulta muy llamativa en el art. 9.5, que obliga a imponer en los casos de *extrema gravedad* una medida de internamiento en régimen cerrado, complementada sucesivamente por otra de libertad vigilada. Esta renuncia a la prevención especial educativa en aras de una opción claramente retributiva e intimidatoria se ve agudizada por la ambigüedad y amplitud de la expresión *supuestos de extrema gravedad*. La ley incluía en ese concepto indeterminado, además de los delitos de asesinato, homicidio doloso y agresión sexual, todos los delitos de terrorismo y, en principio, los casos de reincidencia.

Como es sabido, la interpretación de este precepto se ha complicado notablemente con la reforma efectuada mediante la Ley Orgánica 7/2000, aprobada el 22 de diciembre de ese año. La regla fijada para los supuestos de extrema gravedad rige sólo para los casos en que se aprecie reincidencia, mientras que los mencionados delitos contra la vida y la libertad sexual, junto con todos aquellos delitos a los que el Código Penal imponga pena de prisión igual o superior a quince años, y todos los delitos de terrorismo -cualquiera que sea su gravedad- se sancionan según lo establecido en la nueva disposición adicional cuarta. Las medidas de internamiento en régimen cerrado señaladas por la Ley 5/2000 -de por sí graves- incrementan ahora su duración hasta cuatro años para los ado-

lescentes de 14 a 16 años, y hasta ocho de internamiento para los de 16 a 18 años. Ambos límites pueden elevarse hasta cinco y diez años, respectivamente, cuando el infractor sea responsable de más de un delito.

A la obligatoria imposición de un internamiento cerrado - de duración notablemente larga- se añade la imposibilidad de suspender o modificar la sanción impuesta hasta que se haya alcanzado, al menos, la mitad de su cumplimiento. Esta exasperación del rigor punitivo supone una reacción netamente retributiva, que no tiene en absoluto en cuenta la evolución personal del menor y, por tanto, que se opone frontalmente al principio de resocialización.

No voy a seguir examinando éstos y otros aspectos, cuando menos discutibles, de la ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores, ya que para ello vamos a contar en esta mesa con dos ponentes especialmente idóneos para dirigir nuestra reflexión: Esther Giménez Salinas y José Luis Segovia Bernabé. También vamos a tener una mesa redonda que se centrará en la aplicación de la nueva norma en el ámbito de nuestra comunidad autónoma.

No quiero dejar de señalar, sin embargo, que en cumplimiento de su función de defensa de los derechos de las personas frente a las posibles irregularidades de las administraciones públicas, a la institución que represento le interesa sobremanera conocer y controlar la aplicación de la Ley 5/2000 en el País Vasco. De hecho, como quizás se conozca, en 1998 el Ararteko presentó al Parlamento Vasco un informe monográfico sobre la *Intervención con menores infractores*, que en su día se concibió como un necesario complemento del informe que ya se había elaborado sobre *Menores en situación de desprotección*, ya que -como he dicho- ambos aspectos constituyen las dos caras de una misma moneda.

En dicho informe, se trató de analizar en su globalidad el sistema de intervención con infractores menores de edad, exa-

minando para ello algo más de cien expedientes judiciales de los tres juzgados de menores del País Vasco. Se estudió, asimismo, la aplicación real de cada una de las medidas previstas por la Ley (su naturaleza, frecuencia de aplicación, medios disponibles para su ejecución, etc.) y se visitaron los tres centros de internamiento existentes, lo que permitió sacar conclusiones y formular propuestas de mejora.

Sin pretender resumir aquí el contenido del informe, quiero destacar algunos aspectos que, desde una perspectiva garantista, resultaban de especial preocupación. Hay que añadir que anualmente hacemos un seguimiento de tales cuestiones, por lo que mencionaré también la evolución observada.

1. Las carencias de la legislación o del desarrollo normativo a la hora de establecer marcos claros de garantía. Además de la inexistencia, en aquel momento, de la ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores, pusimos de relieve que la Administración vasca no había ejercido aún su competencia de desarrollo normativo en la regulación de cuestiones básicas de la intervención: los requisitos que deben reunir los centros y servicios que ejecutan las medidas, los mecanismos de control de tales servicios... En la actualidad esa regulación, que supondría un incremento de garantías para los usuarios del sistema, sigue sin elaborarse.
2. El excesivo tiempo que, con frecuencia, transcurre entre los hechos y la ejecución de las medidas. Desde una perspectiva pedagógica, nadie discute la importancia de que la respuesta a unos hechos condenables sea lo más rápida posible. En el informe se denunció que, en bastantes casos, el tiempo transcurrido entre los hechos y la ejecución de la medida adoptada era excesivamente largo. En el análisis que el año pasado realizamos sobre datos de 1999 se comprueba que sigue siendo

necesario reducir el tiempo que va de los hechos a la adopción de la medida. Como media transcurre un año entre el hecho y la ejecución de la sanción, aunque el tiempo que pasa desde la adopción hasta que empieza a cumplirse es razonablemente corto.

3. Las carencias observadas respecto a la garantía de los derechos de estas personas. Desde un enfoque garantista, resultaban preocupantes algunos aspectos observados, por lo que suponían de dificultad objetiva para el pleno ejercicio de los derechos de estas personas menores. Así, por ejemplo: las condiciones de su estancia en las dependencias policiales y judiciales; la falta de información o la utilización de un lenguaje ininteligible para los propios menores; las deficiencias en los mecanismos de queja o de reclamación en los centros; ciertas deficiencias estructurales en algunos centros de internamiento... Aunque se han observado mejoras en varios de los aspectos señalados, sigue habiendo problemas. Así, este año el Departamento de Justicia ha admitido las limitaciones del centro de Ortuella, así como las dificultades que la ubicación del centro de Aramaio provoca para la utilización de recursos comunitarios. Por otra parte, la destrucción del nuevo centro de Zumarraga ha frustrado las expectativas de contar con una red suficiente para hacer frente a las potenciales demandas de internamiento de la Comunidad.
4. Las importantes diferencias que se dan en la práctica judicial entre los diferentes juzgados. Evidentemente, cada juzgado de menores es plenamente competente para tomar aquellas decisiones que, dentro del marco legal establecido, considera más convenientes en cada caso. Es normal, por tanto, que haya diversidad entre unos juzgados y otros. No obstante, se observan diferencias notables en cuestiones clave como, por ejemplo, las tasas de intervención, la proporción entre me-

diciaciones y medidas, las frecuencias de aplicación de los diferentes tipos de medidas, la proporción de las medidas en medio abierto sobre el total de las adoptadas... Aunque esta realidad se vuelve a poner de manifiesto en los datos de 1999, el respeto a la independencia de los órganos judiciales exige que sean ellos quienes analicen las causas de tales diferencias.

5. La escasa utilización de algunas medidas previstas por la Ley y de gran potencialidad para conseguir los objetivos educativos y socializadores. La ley en vigor contempla una amplia gama de medios y de medidas para la intervención con los infractores menores: desde la mediación a la amonestación, pasando por medidas que se desarrollan en medio abierto (como libertad vigilada o los servicios en beneficio de la comunidad) y otras de internamiento. Sin embargo, los datos aportados por el análisis de las prácticas judiciales reflejan una realidad menos diversificada: algunas medidas se utilizan mucho y otras, a pesar de sus potencialidades, apenas se utilizan. En ocasiones, la infrautilización de determinadas medidas parece justificarse en la carencia de medios para poder ejecutarlas correctamente. De todos modos, en los últimos años se observa un notable incremento de las diversas modalidades de mediación, conciliación y reparación, lo que se considera muy positivo.
6. La escasa implicación de los sistemas ordinarios en la respuesta a estos menores de edad. En el informe de 1998 se puso de manifiesto que la coordinación entre los servicios de intervención con menores infractores y los servicios generales u ordinarios (de educación, de salud, servicios sociales...) resultaba claramente insuficiente, a pesar de las evidentes ventajas que la implicación de las redes comunitarias implicaría en la atención a los niños y niñas en situación de conflicto. En

nuestro último informe al Parlamento Vasco volvimos a insistir especialmente en las dificultades que se encuentran para la correcta escolarización de estos adolescentes y recordamos que nos encontramos en un tramo de edad que corresponde plenamente a la educación obligatoria y que, por tanto, es competencia y responsabilidad del Departamento de Educación del Gobierno Vasco.

7. A partir de los datos incluidos en la Memoria del Servicio de Justicia Juvenil del Gobierno Vasco se pueden destacar algunas características de los menores que han sido objeto de imposición de medidas, y que tienen que ver con su mayor o menor “vulnerabilidad”. Nos referimos, por ejemplo, a su pertenencia a grupos minoritarios; su no escolarización real; su situación de desprotección familiar o protección institucional; o su grado de reincidencia.

Se trata de una realidad poco conocida, pero que es preciso analizar. Si nos fijamos, por ejemplo, en la medida más drástica y más restrictiva de la libertad -el internamiento en centros- vemos que de las 51 medidas de internamiento aplicadas en 1999, que se corresponden en realidad con 40 menores (33 chicos y 7 chicas), en 33 de ellas (esto es, en el 65% de los casos) el menor o la menor objeto de la medida pertenecía a algún grupo minoritario: 30 pertenecían al pueblo gitano y 3 eran de origen magrebí. Es decir, más de la mitad de los y las menores que han estado internados en 1999 pertenecen al pueblo gitano. Indudablemente es un tema sobre el que es preciso reflexionar.

Hay otras muchas cuestiones dignas de ser sometidas a un debate y una reflexión en profundidad. Espero que hoy podamos hacerlo. Para finalizar, quiero señalar simplemente dos puntos que me gustaría que se abordasen a lo largo de la jornada:

Por una parte, me preocupa el tratamiento que la ley da a los menores implicados en delitos de terrorismo o de colaboración con bandas armadas, sobre todo a partir de la reforma realizada en diciembre de 2000. Es indudable que la situación provocada por el terrorismo de ETA y por las conductas englobadas en la llamada *kale borroka* resulta absolutamente insoportable. Los graves y frecuentes ataques a la vida, a la libertad y a otros derechos fundamentales afectan a sectores de la sociedad cada vez más amplios y, aunque el dolor y el sufrimiento recaen de modo especialmente intenso en algunas personas, sus consecuencias se generalizan, imposibilitando la convivencia libre y pacífica. En estas circunstancias, los poderes públicos están obligados a poner todos los medios necesarios, eficaces y legítimos para terminar con ese sufrimiento, pero -según nuestro criterio- el camino emprendido por la reforma no se orienta en esa dirección. Se trata de una ley excepcional -y como todas ellas, de carácter expansivo-, que se ha introducido subrepticamente en la legislación ordinaria de menores, y que contradice principios esenciales de ésta, como el interés del menor, la finalidad educativa o la flexibilidad en la determinación de las medidas. A nuestro entender, la reforma se enmarca dentro del llamado Derecho penal simbólico, más preocupado por el efectismo que por la eficacia preventiva. Pensamos que no contribuye a inculcar a los y las adolescentes el respeto a la vida y la libertad de todas las personas. La exacerbación de la respuesta represiva no fortalece el Estado de Derecho, sino que, por el contrario, demuestra cierta desconfianza en su capacidad para vencer al terrorismo.

Por otra parte, no quiero terminar sin hacer una breve referencia a los derechos de las personas que resultan perjudicadas por un hecho ilícito cometido por un menor de edad. Se ha acusado a la nueva ley de olvidar y menospreciar los derechos de las víctimas. Sinceramente pienso que eso no es del todo cierto. A pesar de las evidentes dificultades de conciliar intereses a menudo contrapuestos, la norma otorga bastante papel a

la persona que ha sufrido el delito a la hora de esclarecer éste y de tratar de obtener una reparación del daño, siempre sin olvidar que la finalidad de la ley es educativa y no estrictamente represiva. Realmente no se concede a la víctima el protagonismo que merece, ni se le ofrecen cauces para expresar sus necesidades o sus vivencias, pero este no es un problema de la ley, sino del propio sistema penal en su conjunto. Y aunque la solución no resulte fácil, desde luego no va a venir de excesos retributivos ni de un incremento del rigor punitivo en la intervención con estos infractores, que -no lo olvidemos-, son ante todo adolescentes necesitados de atención y de tutela.

Sin más precedentes, no me queda sino agradecer su presencia aquí y desear que la jornada de estudio que celebramos resulte lo más fructífera posible.

**PRINCIPIOS ORIENTADORES
DE LA RESPONSABILIDAD
PENAL DE LOS MENORES**

ESTHER GIMÉNEZ-SALINAS I COLOMER
Vocal del Consejo General del Poder Judicial

1. INTRODUCCIÓN

La Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, es una de las leyes penales de mayor importancia del país. Tras la aprobación del Código Penal de 1995, quedaba una “asignatura pendiente” y era la Justicia Juvenil, que no fue abordada por el nuevo Código Penal. Desde 1980 se llevaba anunciando la tan necesaria reforma que sólo fue modificada parcialmente por la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, promulgada como consecuencia de la Sentencia del Tribunal Constitucional 36/1991, de 14 de febrero, que declaró inconstitucional el artículo 15 de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores, texto refundido de 1948.

La ley tenía una *vacatio legis* de un año, es decir, que las administraciones competentes tenían todo un año por delante para adecuar los medios materiales y personales a las exigencias de la nueva ley. Unas lo hicieron mejor que otras, si bien, como suele pasar, se dejó casi todo para el último momento. Al final se levantaron voces que pedían una prolongación de la entrada en vigor, cosa que afortunadamente no se hizo. Así las cosas, la ley entró en funcionamiento sin que, a mi juicio, se produjeran grandes problemas. Ciertamente, los juzgados se vieron algo desbordados por las normas de derecho transitorio y la fiscalía tenía que asumir su nuevo papel en la instrucción. También aquí se produjeron importantes diferencias por comunidades autónomas, pero no queda otro remedio que aceptar las diferentes sensibilidades entre unas y otras, así como las

distintas políticas en torno a la infancia que a lo largo de estos años han venido desarrollando.

La ley fue, en general, muy positivamente valorada, se consideraba de una enorme trascendencia, resaltando determinadas características de ella. Recibió una especial consideración el haber incluido en una regulación única y completa los aspectos sustantivos, procesales y de ejecución, contribuyendo con ello a proporcionar una perspectiva sistemática del tratamiento de menores, cosa que hasta la entrada en vigor de la ley no se había producido nunca.

2. CARACTERÍSTICAS GENERALES

En la exposición de motivos se establece de una forma clara y contundente que, aun siendo una ley de naturaleza penal, responde a una filosofía bien distinta. En efecto, al margen de respetar los distintos tratados internacionales, como base fundamental de la filosofía de la ley, se le reconoce una naturaleza especial. Así, en el apartado 7 de la exposición de motivos se establece que *“tiene ciertamente la naturaleza de disposición sancionadora, pues desarrolla la exigencia de una verdadera responsabilidad jurídica a los menores infractores, aunque referida específicamente a la comisión de hechos tipificados como delitos o faltas por el Código Penal y las restantes leyes penales especiales. Al pretender ser la reacción jurídica dirigida al menor infractor una intervención de naturaleza educativa, aunque desde luego de especial intensidad, rechazando expresamente otras finalidades esenciales del derecho penal de adultos, como la proporcionalidad entre el hecho y la sanción o la intimidación de los destinatarios de la norma”*. Con este apartado diríamos que se rompen los cimientos del derecho penal clásico. En efecto, evitar básicamente la proporcionalidad entre el hecho y la sanción significa que no siempre frente a un hecho grave se impondrá una sanción grave, pero no al revés. Así lo reconoce expresamente el artículo 8. Sin

embargo, posteriormente el art. 9 rompe con esta regla general, ya que para algunos casos se establece que el juez obligatoriamente impondrá una medida privativa de libertad de un mínimo de un año¹.

Con respecto a la prevención general, la exposición de motivos deja bien claro que la intimidación del destinatario de la norma no forma parte de los fines del derecho penal juvenil, sino que éste se orienta básicamente a la educación del menor. Afirmar con una tal rotundidad la exclusión de un fin tradicionalmente tan importante, significa un cambio muy importante y una clara apuesta por una respuesta basada en la educación en lugar de la represión. Así podemos entender que en este campo la opción político-criminal que se ha tomado es la de primar por encima de todo los criterios de prevención especial. Hay que reconocer que la opción del legislador ha sido valiente y decidida, en unos tiempos donde con frecuencia por parte de la opinión pública se reclaman otros caminos.

Pero esto que quedó muy claro en la exposición de motivos y luego en desarrollo normativo, fue cambiado por una ley posterior, la 7/2000, que modificó la 5/2000 sin que ésta hubiera entrado en vigor.

Como hemos mantenido en otras ocasiones, no es que la ley fracasara, no es que pudiera decirse que no respondía a las expectativas creadas, simplemente ni siquiera había entrado en vigor. Y así, por ejemplo, se vieron agravadas las penas, sin poder asegurar que la reforma era necesaria.

La modificación de la Ley 5/2000 tenía, sin duda, un denominador común con otras medidas legislativas: la preocupa-

1 Ésta ha sido una larga discusión en el campo del Derecho comparado. ¿Cómo equilibrar la respuesta, pero dejando un amplio abanico para encontrar la sanción más adecuada? Los distintos países europeos han encontrado fórmulas para paliar las respuestas designadas a hechos idénticos, sin que hasta el momento se hayan encontrado respuestas satisfactorias. Algunos países se acercan más al derecho penal común, siendo la respuesta más formalista, otros tienen un abanico de respuesta más amplio.

ción -compartida por todos- de perfeccionar la respuesta del Estado de Derecho ante la proliferación de conductas relacionadas con el terrorismo, que afectan muy gravemente al funcionamiento regular de las instituciones democráticas. Solamente que la forma de responder a este fenómeno no era compartida por todos igual.

En las situaciones extremas, en los momentos de mayor crispación, cuando la ciudadanía, frente a una sensación de impotencia, reclama ciertas actuaciones de los poderes públicos, estos deben abordar estas cuestiones con especial sensibilidad y prudencia. Con frecuencia hemos mantenido que no se puede legislar a golpe de acontecimiento y que precisamente cuando más grave es la situación, con mayor serenidad hay que afrontarla.

Que el terrorismo ha sido uno de los más graves problemas en estos últimos tiempos, no cabe duda alguna. El problema es que con frecuencia acudimos a una modificación legislativa cuando nos encontramos frente a una ausencia de una respuesta adecuada. Modificar las leyes es una tentación demasiado fuerte, frente a la sensación que el ciudadano puede percibir “de que no se está haciendo nada”. Pero el derecho penal, como hemos dicho tantas otras veces, no es una varita mágica que pueda arreglar todos los problemas. Con harta frecuencia una ágil y pronta respuesta de la Policía y de la Administración de justicia son a veces el camino más adecuado, junto naturalmente a medidas políticas y sociales de carácter mucho más amplio.

La Ley 5/2000, que regulaba la responsabilidad del menor, no había entrado en vigor, y ya era modificada por la 7/2000. La mayoría de los profesionales del ámbito, estaban en contra de dicha modificación, por entender que en el campo de los jóvenes no era necesario ni un mayor endurecimiento de las sanciones ni el enjuiciamiento por la Audiencia Nacional a los jóvenes que hubieran cometido un delito de terrorismo.

Básicamente, la modificación de la ley se estructura sobre los siguientes grandes principios:

- a) Exclusión de la Ley Orgánica 5/2000 a los mayores de 18 años y a los menores imputados de delitos de terrorismo.
- b) Establecimiento de determinadas especialidades para el caso de menores de 18 años imputados en la comisión de los referidos delitos de terrorismo consistentes en las que se recogen en el número 2 de la nueva disposición adicional cuarta. Se dice en la exposición de motivos *“que no se trata en consecuencia de excepcionar la aplicación de la Ley 5/2000 a estos menores, ni tampoco de aplazar o graduar la entrada en vigor de la misma, sino de establecer las mínimas especialidades necesarias para que el enjuiciamiento de las conductas de los menores responsables de delitos terroristas se realice en las condiciones más adecuadas a la naturaleza de los supuestos que se enjuician y a la trascendencia de los mismos para el conjunto de la sociedad, manteniendo sin excepción todas las especiales garantías procesales que para los menores ha establecido la Ley 5/2000 y para que la aplicación de las medidas rehabilitadoras, especialmente valiosas y complejas respecto de conductas que ponen radicalmente en cuestión los valores más elementales de la convivencia, pueda desarrollarse en condiciones ambientales favorables con apoyos técnicos especializados y un tiempo suficiente para hacer eficaz el proceso rehabilitador”*.

Así, los principales cambios son:

- El juez competente de estos hechos será un juez Central de Menores de la Audiencia Nacional.

- La prolongación de los plazos de internamiento en centro cerrado, que se elevan hasta un máximo de 5 años para los menores de 16 años y de 10 para los menores de 18.
- La ejecución de la detención preventiva de las medidas cautelares de internamiento y de las medidas impuestas en la sentencia se llevarán a cabo en los establecimientos y con el control del personal especializado que el Gobierno ponga a disposición de la Audiencia Nacional, en su caso, mediante convenio con las Comunidades Autónomas.

Y, finalmente, los menores de estas edades no se podrán beneficiar de las posibilidades de modificación, suspensión o sustitución de las medidas, tal como prevén los artículos 14, 40 y 51, sino que habrá que esperar a que transcurra al menos la mitad de la medida de internamiento impuesta.

Los problemas que suscita esta reforma son múltiples, y a la hora de escribir estas líneas no hemos podido constatar todavía su necesidad, ya que sólo son dos los casos que hasta el momento han sido puestos a disposición de la Audiencia Nacional.

Más preocupante ha sido, a nuestro juicio, el efecto “tóm-bola” que ha contaminado en parte la ley en su totalidad. Así, la discusión en torno a la duración máxima de la sanción de internamiento es de nuevo un problema de política criminal. El legislador debe decidir su duración mínima y máxima en función no sólo de la hipotética amenaza que vive la sociedad, sino también en función del criterio del interés superior del menor. Si cinco años son mucho o poco, o si ocho son suficientes, es un criterio muy difícil que se ha de discutir y en el que sin duda entran posturas de una política criminal más humanista o, al contrario, pervive por encima la idea de una justicia retributiva. Ciertamente, no existen demasiados argumentos

científicos y al final depende también de una posición personal respecto a la “necesidad de pena”².

Así las cosas, hemos visto agravadas las penas antes de la entrada en vigor de la ley y sin poder asegurar si la reforma era necesaria. Este aumento, como no podía ser de otra manera, se ha extendido también a los delitos más graves cometidos por menores, es decir, a los previstos en los artículos 138, 139, 179 y 180 y a aquellos otros sancionados en el Código Penal con pena de prisión igual o superior a quince años. Afecta pues, no sólo al terrorismo, sino también a los delitos más graves, tales como homicidio, asesinato o violación y aquellos con penas superiores a 15 años.

3. PRINCIPIOS BÁSICOS DE LA NUEVA LEY

3.1 Naturaleza penal

La presente ley tiene una naturaleza formalmente penal, pero materialmente sancionadora educativa, tanto en el procedimiento como en las medidas aplicables al menor. A lo largo de toda la ley priman los criterios educativos y de valoración del interés del menor, por encima de los puramente sancionadores. Ello no es obstáculo para que en todo momento se le reconozcan todas las garantías derivadas de los derechos constitucionales y de los expresamente reconocidos a los menores de edad. Asimismo, se parte del principio de responsabilidad del menor. Una responsabilidad distinta del adulto y que lleva aparejadas unas consecuencias jurídicas totalmente diferentes, pero en cualquier caso se parte del criterio de responsabilidad del menor frente a sus hechos.

2 Silva Sánchez, J.M. “La política criminal ante el hecho penalmente antijurídico cometido por un menor de edad. En: La intervención educativa en el ámbito judicial con jóvenes de 16 a 18 años. Studia Jurídica nº 8. Consejo General del Poder Judicial, Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia, Centre d’Estudis Jurídics i Formació Especialitzada. Barcelona, 1994.

Tras las dos sentencias del Tribunal Constitucional citadas anteriormente, no hay duda de que estamos ante un sistema de garantías adecuado a la pretensión procesal, asegurándose que la imposición de la sanción se efectuará tras vencer la presunción de inocencia.

3.2. El principio de intervención mínima

Siempre que hablamos de derecho penal acudimos al principio de intervención mínima, aunque después los códigos penales o las sucesivas reformas no siempre lo respeten. En este caso, una discusión previa al debate parlamentario fue la de excluir las faltas en el derecho penal de menores. La conclusión a la que se llegó es que era preferible acudir a la denominada “diversion” o soluciones extrajudiciales a través de la aplicación del principio de oportunidad. En este sentido, se establece de una forma amplia la posibilidad de no apertura del procedimiento o de renuncia a éste en determinados supuestos, esencialmente si el menor está dispuesto a reparar el daño causado. Como hemos dicho en anteriores ocasiones, esto es en realidad una solución a medio camino para la descriminalización de determinadas conductas. En efecto, si es posible llegar a una solución extrajudicial, mejor sería no haber tenido ni siquiera que acudir a la justicia penal. Pero de esta forma hacemos un doble camino, llegamos a los tribunales para que éstos decidan que es posible suspender el procedimiento si existen y son viables otras posibilidades.

Mucho se ha discutido³ si estamos de nuevo en fórmulas parecidas a las de la justicia privada y los riesgos que compor-

3 Giménez-Salinas, E. “La mediación y la reparación. aproximación a un modelo” En: “La mediación penal” *Justícia i Societat* n° 19. Págs. 15 a 30. Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia. Centre d’Estudis Jurídics i Formació Especialitzada. Barcelona, 1999.

ta la aplicación del principio de oportunidad⁴. Sin embargo, con los controles oportunos y bajo el respeto al principio de legalidad, que no se opone al de oportunidad, creemos que es un camino acertado. De hecho, en el Pacto sobre la Justicia⁵ se establece que sería necesario también en el Derecho penal de adultos.

3.3. Justicia reparadora

A la Ley de Menores se incorporan en su totalidad los principios de la justicia reparadora, como una de las mejores fórmulas para alcanzar la reeducación del menor. En efecto, en todos aquellos casos que resulte viable, y esta posibilidad llega incluso hasta el ámbito de la ejecución, se busca potenciar la conciliación con la víctima, y en su defecto el compromiso de reparar el daño causado directa o indirectamente. La idea de que estamos frente a un derecho penal distinto cobra aquí toda su amplitud.

En efecto, el sistema penal tradicional aleja al delincuente de su posición natural frente a la víctima. Asimismo, las sanciones que normalmente se imponen incrementan la pasividad e indiferencia del delincuente hacia la víctima. En general podría decirse que anulan el ya poco sentido de la responsabilidad que acostumbran a tener, tanto con respecto a la víctima como a la sociedad en general. La conciliación víctima delincuente es una fórmula que nace dentro del derecho penal y que, por tanto, está sujeta a sus normas, aunque no en su totalidad. Pero sobre todo reclama la oportunidad de una participación activa de la víctima. La atención a la víctima no es una

4 López Barja de Quiroga, J. “La Tercera Vía” En: “La mediación penal” Justicia i Societat nº 19. Págs.109 a 121. Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia. Centre d’Estudis Jurídics i Formació Especialitzada. Barcelona, 1999.

5 Propuestas para la reforma de la Justicia sobre la Base del Libro Blanco de la Justicia y de las sugerencias formuladas por las Salas de Gobierno. Aprobado en el Pleno extraordinario de los días 18 y 19 de julio de 2000.

cuestión de invertir los términos, a mayor atención a la víctima, más represión para el delincuente. Es simplemente reconocer que el moderno derecho penal tiene que tener en cuenta tres elementos: autor, víctima y sociedad, y, por consiguiente, aceptar la reparación en dicho marco.

3.4. Flexibilidad en la adopción y ejecución de las medidas

La ley recoge una amplia gama de medidas susceptibles de ser impuestas a los menores. Un repaso a la legislación comparada nos demuestra cómo han sido recogidas todas las medidas existentes para los jóvenes. Las medidas están ordenadas según la restricción de derechos de mayor a menor gravedad. En algunos casos es ciertamente dudoso o al menos cuestionable la mayor o menor gravedad, como sería, por ejemplo, el caso de la amonestación, que se considera más grave que la privación del permiso de conducir. Ahora bien, a excepción de las más graves (internamiento en centro cerrado) o de las más leves, el juez goza de una amplia discrecionalidad tanto en la elección de la medida como en su duración, con la limitación de que no podrá imponer una medida que suponga una mayor restricción de derechos ni por un tiempo superior a la medida solicitada por el Ministerio fiscal. El juez deberá, asimismo, motivar en sentencia el porqué de la elección de una medida determinada, su duración, contenido y objetivos a alcanzar con ella.

3.5. Cumplimiento en el propio territorio y competencia de las entidades autonómicas en materia de ejecución

La ley ha querido establecer uno de los principios básicos reconocidos en todos los tratados internacionales, y es que el menor cumpla la medida impuesta en el lugar más cercano a su domicilio habitual, evitando en todo momento el desarraigo.

Con ese fin, la ley otorga las competencias a las comunidades autónomas, que ya venían desempeñando dicha función para los menores de dieciséis años. Uno de los aspectos fundamentales es que la mayoría de sanciones que no implican internamiento sólo se pueden ejecutar con la participación de la comunidad. En este sentido, uno de los mayores retos de la ley es la participación de la propia sociedad en la integración del menor. El éxito o el fracaso en la ejecución de la ley vendrá básicamente configurado en la posibilidad de aplicar sanciones alternativas a la privación de libertad y que la medida de internamiento sea realmente el último recurso. Concebir así el Derecho penal de menores es un nuevo reto frente a las clásicas sanciones. La posibilidad de que la respuesta penal venga mayoritariamente del cumplimiento de las sanciones en el seno de la comunidad, significa no sólo un derecho penal más respetuoso con la dignidad humana, sino un fuerte intento de comprometer a la propia sociedad en el problema de la delincuencia, eliminando la idea de que el “aislamiento” y “encierro” son la respuesta única y principal.

4. COMPETENCIA OBJETIVA Y SUBJETIVA

4.1. Competencia objetiva: competencia de los jueces de menores

Los jueces de menores tienen la competencia para conocer aquellos delitos y faltas cometidos por menores y en su caso jóvenes. Sus competencias son el enjuiciamiento y el fallo, así como el control de la ejecución, no así la instrucción, que corresponde al Ministerio fiscal.

Queda definitivamente fuera la posibilidad de enjuiciar conductas irregulares o la asunción de materias de protección que corresponden a la Administración y, en su caso, a los juzgados civiles.

4.2. Competencia subjetiva y responsabilidad penal

La Ley Orgánica que regula la Responsabilidad Penal de los Menores se aplicará a aquellos que estén comprendidos entre los 14 y los 18 años (arts. 3 y 4).

Tal como dice Octavio García, *“el primer problema que plantea la nueva regulación es la de determinar el fundamento de la respuesta que se da a los menores de catorce años o más que realicen comportamientos criminales y que no se da por debajo de dicha edad”*⁶.

El artículo 3 establece el régimen para los menores de catorce años, a quienes no se les exige responsabilidad penal. Cuando un menor de dicha edad comete un delito, si se considera necesario, se le aplicarán únicamente medidas de protección. Para los menores de catorce años, sí cabe hablar ya de imputabilidad, aunque disminuida, pues no son motivables en los mismos términos que los adultos⁷.

Los jóvenes como personas en “tránsito” al mundo adulto sí responden de sus hechos, es decir, son responsables, pero de una forma diferente que los adultos. Precisamente porque están en un período de formación de la personalidad, en un período de adquisición de pautas de comportamiento, tienen una capacidad de culpabilidad disminuida. La consecuencia principal es que, si bien son considerados responsables conforme a la Ley 5/2000, solamente se les podrá aplicar alguna de las medidas contempladas en dicha ley, en ningún caso y bajo ningún concepto se les podrán aplicar las penas o medidas comprendidas en el Código Penal. Por consiguiente:

6 Pérez García, O. “Justicia de Menores: una Justicia Mayor” (En prensa), marzo 2001. Publicaciones del Consejo General del Poder Judicial.

7 Giménez-Salinas, E. “La mayoría de edad penal en la Reforma”. En: Política criminal y reforma penal. Homenaje a la memoria del Prof. Dr. Juan del Rosal. Madrid, 1993.

- Menores de 14 años son considerados inimputables.

Cabe, en todo caso, aplicar medidas de protección re-
vistas en el Código Civil y otras disposiciones vigen-
tes. La fijación de la edad en 14 años obedece básica-
mente a criterios de política-criminal, hubiera podido
ser 12, como en la Ley Orgánica 4/92, 13, como el an-
teproyecto del Gobierno, o 15, como propugnaban al-
gunos especialistas. No es, pues, una cuestión técnica a
debatir si son maduros o no a una determinada edad,
sino la decisión de hasta qué edad se está dispuesto a
prescindir de una intervención penal.

Los países de nuestro entorno cultural lo sitúan básica-
mente entre los 13 y 14, siendo no obstante mayoritario
este último.

- Menores entre 14-18 años. Inimputabilidad atenuada.
Se les considera responsables conforme a la ley Orgá-
nica 5/2000. La ley distingue entre los tramos de eda-
des 14-16 y 16-18, por entender que la plena responsa-
bilidad penal debe adquirirse de forma escalonada. De
esta manera, la consecuencia jurídica es diferente se-
gún la edad del menor.
- Mayores de 18 y menores de 21. Imputabilidad con po-
sibilidad de que se les aplique la Ley del Menor. La
posible aplicación de la Ley Orgánica 5/2000 a los
menores de 21 se encuentra recogido en el artículo 4,
con los siguientes requisitos: comisión de una falta o
un delito menos grave sin violencia o intimidación en
las personas, ni grave riesgo para la vida o integridad
de éstas, no haber sido condenado en sentencia firme
por hechos delictivos cometidos tras cumplir los 18 años
y, por último, que las circunstancias personales y el gra-
do de madurez del joven hagan aconsejable el recurso a
la Ley de responsabilidad Penal del Menor. Esta posi-
bilidad de aplicar el Derecho penal de menores a la franja

de jóvenes tiene sus antecedentes en el Derecho penal alemán.

En efecto, conforme al artículo 105 del Derecho penal juvenil alemán, podrá aplicarse a los jóvenes entre 18 y 21 años cuando:

- a) Apreciando la personalidad global, ésta tenga un grado de desarrollo moral y psíquico equiparable a la de un menor.
- b) Cuando se trate de una falta juvenil.

Existe un principio de acuerdo de la interpretación de lo que debe ser una apreciación global, ya que no existe el “joven típico” con el que pueda compararse el grado de desarrollo.

Con el paso del tiempo se ha ido creando una interpretación jurisprudencial⁸ donde la excepción se ha convertido en norma general, y así, si en el año 55 sólo el 20% era remitido a la jurisdicción de menores, en la actualidad casi el 65% de los jóvenes comprendidos entre 18 y 21 son juzgados por la jurisdicción de menores.

¿Cómo se analiza el grado de madurez?

En Alemania⁹ los criterios y escalas para decidir el estadio de madurez, elaborado por la Escuela de Psiquiatría Juvenil de la Universidad de Marburg, son los siguientes:

1. Planificación realista de la vida.
2. Independencia en relación con los padres.
3. Independencia en relación con las personas de igual edad/compañeros.
4. Actitud seria hacia el trabajo.

8 Rössner, D. “El Derecho penal de menores en Alemania con especial consideración de los adolescentes” Pág. 324. En: Legislación de Menores en el siglo XXI: análisis de derecho comparado. Estudios de Derecho Judicial nº 18. Madrid, 1999.

9 Rössner, D. Ob. cit. Pág. 325.

5. Apariencia externa.
6. Superación realista de la vida cotidiana.
7. Edad de los amigos.
8. Capacidad vinculatoria.
9. Integración de amor y sexo.
10. Situación de ánimo consistente y predecible.

En lo que afecta a nuestro país, lamentablemente, la disposición transitoria única de la Ley Orgánica 9/2000, de 22 de diciembre, suspende la aplicación de este precepto por un plazo de dos años desde su entrada en vigor. Sin entender claramente las razones del legislador, creemos que ha sido una gran oportunidad desaprovechada.

5. LA CONSECUENCIA JURÍDICA: LAS MEDIDAS

Las medidas están recogidas en el artículo 7 y ordenadas de mayor a menor según la restricción de derechos. Un primer grupo lo constituyen las medidas de internamiento con la distinción entre centro cerrado, semiabierto y abierto. Tal como explica la exposición de motivos:

“Las medidas de internamiento responden a una mayor peligrosidad, manifestada en la naturaleza peculiarmente grave de los hechos cometidos, caracterizados en los casos mas destacados por la violencia, la intimidación o el peligro para las personas. El objetivo prioritario de la medida es disponer de un ambiente que provea de las condiciones educativas adecuadas para que el menor pueda reorientar aquellas disposiciones o deficiencias que han caracterizado su comportamiento antisocial, cuando para ello sea necesario, al menos de manera temporal, asegurar la estancia del infractor en un régimen físicamente restrictivo de su libertad. La mayor o menor intensidad de tal restricción da lugar a los diversos tipos de internamiento a los que se va a aludir a continuación. El internamiento, en todo caso, ha de proporcionar un clima de seguridad perso-

nal para todos los implicados, profesionales y menores infractores, lo que hace imprescindible que las condiciones de estancia sean las correctas para el normal desarrollo psicológico de los menores.”

También se regula el internamiento terapéutico para aquellos que presenten anomalías, alteraciones psíquicas o un estado de dependencia de bebidas alcohólicas o drogas tóxicas o alteraciones en la percepción.

Cabe destacar aquí, de todas maneras, que esta medida sólo se podrá imponer cuando el delito cometido esté castigado con pena de prisión en el Código Penal, y además no se podrá exceder más en el tiempo.

A continuación están toda una gama de medidas en medio abierto, ordenadas de mayor a menor intensidad, según la restricción de derecho.

Como excepción, cabe citar la permanencia de fin de semana en un centro abierto o en su domicilio, considerando como menos grave la asistencia a un centro de día. Esta medida, que ya estaba regulada en la Ley 4/92 con el nombre de “breve internamiento de uno a tres fines de semana¹⁰, ha sido escasamente aplicada y puesta en tela de juicio por su ausencia de valor educativo.

Como medida en medio abierto más importante, cabe citar la libertad vigilada, contemplada ya en la Ley 4/92 y de una importante aplicación durante estos años.

Ciertamente, en la comunidad autónoma de Catalunya, la Ley de Protección de Menores, de 13 de junio de 1985, creaba ya la figura del Delegado de Asistencia al Menor, para llevar a término la libertad vigilada¹¹. Se quería de esta manera dotar

10 Aguirre Zamorano, P. “Justicia de Menores: una Justicia mayor” (En prensa), marzo 2001 Publicaciones del Consejo General del Poder Judicial.

11 Giménez-Salinas, E. y De la Cuesta Arzamendi, J.L. “Situación actual y perspectivas de futuro del tratamiento de los infractores juveniles en España”. Homenaje a Casabó Ruiz.

de nuevas funciones al Delegado de Libertad Vigilada y aproximarlo más a la vertiente educativa. Así, se definía como una figura “puente” entre el menor, su familia y su entorno social, ayudándole a superar los factores que determinaron la infracción cometida. La libertad vigilada ocupa hoy un importante lugar en la praxis¹².

Decía Pío Aguirre de esta medida: *“esta medida está llamada a ser con este u otro nombre la medida reina de la Jurisdicción de Menores, está incluida en la mayoría de los sistemas judiciales de menores europeos, aunque con distintas acepciones y diferentes contenidos a como las entendemos en nuestro país, ya la reguló la Ley de 1948. La eficacia de la medida depende del propio menor, de su familia, de la existencia en las Comunidades Autónomas de equipos de Libertad Vigilada y de que exista la suficiente comunicación entre estos y el Equipo Técnico del juzgado. Esta medida se aplica cada día más, pues no produce desarraigos del menor de su familia y de su entorno social. Tiene como finalidad una intervención sociopedagógica individualizada y de control de los menores sujetos a ella. El objetivo principal sería el menor, pero también habría que intervenir en el medio familiar del mismo, en el grupo de iguales del joven (siempre que sea posible) y con los equipos y servicios del barrio. Es conveniente que, aunque este equipo de libertad vigilada cuente con varias personas, como por ejemplo: educadores, psicólogos, asistentes sociales, etc., la asignación de cada caso se haga nominalmente a unos de estos profesionales y sea esta la persona física encargada del control del menor y a su vez de dar cuenta al juez del seguimiento de la medida mediante informes periódicos¹³”*.

Como medida importante está también el trabajo en beneficio de la comunidad, también incorporado en el Código Pe-

12 Giménez-Salinas, E. “Comentaris als articles 9.27 i 9.28 sobre l'Estatut d'autonomia de Catalunya”. Publicacions de l'Institut d'Estudis Autònomic de Catalunya. Barcelona, 1988.

13 Aguirre Zamorano, P. ob. cit.

nal para los adultos. Como principios básicos, debe contarse con el consentimiento del menor, no debe interferir en el horario laboral o escolar, debe realizarlo próximo a su lugar de residencia y, de alguna forma, sería interesante que el tipo de trabajo estuviera en conexión directa o indirecta con el delito cometido. Y así se cita, por ejemplo, el trabajo en hospitales para aquellos jóvenes que han conducido bajo la influencia de bebidas alcohólicas; o reparación de escuelas, iglesias, etc. si han cometido actos de vandalismo, etc.

Por último, están ya las medidas de carácter aislado, como la amonestación o la privación del permiso de conducir o del derecho a obtenerlo, que no necesitan un seguimiento.

Con la modificación de la Ley 7/2000, de 22 de diciembre, se introdujo la inhabilitación absoluta, que no tiene ningún carácter educativo y, desde luego, es mucho más grave que muchas otras. Por lo demás, es la primera vez que una medida de estas características se incorpora a la jurisdicción de menores.

5.2. Reglas para la aplicación de las medidas

Éste es uno de los puntos esenciales en la jurisdicción de menores. En efecto, la ley no construye un catálogo cerrado, sino tan sólo una lista gradual. Se prevé, pues, un marco flexible para las medidas, valorando para su aplicación, no sólo los hechos, sino también la personalidad, la situación, las necesidades del menor y su entorno familiar y social. Las medidas pueden aplicarse de forma simultánea o sustituirse a lo largo de la ejecución. Las reglas para la aplicación de las medidas vienen recogidas en el art. 9.

Existen, no obstante, unas limitaciones. Así, cuando los hechos sean constitutivos de faltas:

“Cuando los hechos cometidos sean calificados de falta, sólo se podrán imponer las medidas de amonestación, permanencia de fin de semana hasta un máximo de cuatro fines de

semana, prestaciones en beneficio de la comunidad hasta cincuenta horas, y privación del permiso de conducir o de otras licencias administrativas...”

Y para el internamiento en régimen cerrado:

“Las medidas de internamiento en régimen cerrado sólo podrán ser aplicables cuando en la descripción y calificación jurídica de los hechos se establezca que en su comisión se ha empleado violencia o intimidación en las personas o actuado con grave riesgo para la vida o la integridad física de las mismas.”

“En el caso de personas que hayan cumplido los dieciséis años en el momento de la comisión de los hechos, el plazo de duración de las medidas podrá alcanzar un máximo de cinco años, siempre que el delito haya sido cometido con violencia o intimidación en las personas o con grave riesgo para la vida o la integridad física para las mismas, y el Equipo Técnico en su informe aconseje la prolongación de la medida. En estos supuestos, la medida de prestación en beneficio de la comunidad podrá alcanzar las doscientas horas y la permanencia de fin de semana, dieciséis fines de semana.” Con estas medidas agravadas, que solo se pueden aplicar al mayor de dieciséis años, parece que la ley convierte al equipo técnico en una especie de acusación particular y no regula, en cambio, que la prolongación de las medidas la tiene que pedir el Ministerio fiscal, aunque quizás no hiciera falta, en virtud del Principio Acusatorio ya comentado; los informes de los equipos deben ser siempre no vinculantes.

La regla quinta supone una excepción importante a la regla general, pues establece que:

“Excepcionalmente, cuando los supuestos previstos en la regla anterior revistieran extrema gravedad, apreciada expresamente en la sentencia, el juez habrá de imponer una medida de internamiento de régimen cerrado de uno a cinco años de

duración, complementada sucesivamente por otra medida de libertad vigilada con asistencia educativa hasta un máximo de otros cinco años. Sólo podrá hacerse uso de lo dispuesto en los arts. 14 y 51.1 de esta Ley una vez transcurrido el primer año de cumplimiento efectivo de la medida de internamiento. Todo ello sin perjuicio de lo previsto en la disposición adicional cuarta.”

La medida de libertad vigilada deberá ser ratificada mediante auto motivado, previa audiencia del Ministerio fiscal, del letrado del menor y del representante de la entidad pública de protección o reforma de menores, al finalizar el internamiento, y se llevará a cabo por las instituciones públicas encargadas del cumplimiento de las penas, conforme a lo establecido en el art. 105.1 del vigente Código Penal.

A los efectos de este artículo, se entenderán siempre supuestos de extrema gravedad aquellos en los que se aprecie reincidencia.

Aquí el verdadero problema es que, una vez modificado este artículo mediante la disposición final cuarta introducida por la Ley 7/2000, de 22 de diciembre, sólo se considera supuesto de extrema gravedad la reincidencia, ya que los delitos muy graves como homicidio o asesinato, y aquellos definidos como delitos terroristas, tienen una regulación agravada por dicha transitoria, tal como se ha explicado en la primera parte del artículo.

No va a ser nada fácil la aplicación de la reincidencia. Así, si partimos de la definición del Código Penal según la definición del artículo 22.8: *“Hay reincidencia cuando el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo título de este Código, siempre que sea de la misma naturaleza”*.

Lo cierto es que, con la nueva redacción, este precepto es de imposible aplicación, ya que un joven de 16-17 años carece

de antecedentes penales. Varias serían las interpretaciones que aquí se podrían hacer con respecto a la posible apreciación de la reincidencia, sin embargo nosotros preferimos optar por la hipótesis de que la reincidencia del art. 9 viene definida por el 4.2.2º, es decir, haber sido condenado en sentencia firme una vez cumplidos los 18 años; por lo tanto, afectaría únicamente a los mayores de dicha edad. Ello es tanto como privar de toda relevancia a la reincidencia, con miras a decretar el internamiento obligado que plantea la regla 5ª del art. 9.

Junto a ello hay que destacar la disposición adicional cuarta introducida en el art. 2º 3 de la Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre, que aclara los supuestos que se entienden de extrema gravedad.

“1. Lo dispuesto en el art. 4 de la presente Ley Orgánica no será de aplicación a los mayores de dieciocho años imputados en la comisión de los delitos a que se refiere esta disposición adicional.

2. A los imputados en la comisión de los delitos mencionados en el apartado anterior, menores de dieciocho años, se les aplicarán las disposiciones de la presente Ley Orgánica, con las siguientes especialidades:

a) La competencia para conocer de los delitos previstos en los arts. 571 a 580 del Código Penal corresponderá al Juzgado Central de Menores de la Audiencia Nacional, cuyos autos y sentencias podrán ser objeto de recurso de apelación ante la Sala correspondiente de la propia Audiencia. Las sentencias dictadas en apelación por la Audiencia Nacional serán recurribles en casación conforme a lo dispuesto en el art. 42 de esta Ley Orgánica. El Gobierno promoverá la necesaria adecuación de la estructura de la Audiencia Nacional, conforme a lo previsto en la disposición final segunda, apartado 1, de esta Ley Orgánica.

b) Los procedimientos competencia de la Audiencia Nacional no podrán ser objeto de acumulación con otros procedi-

mientos instruidos en el ámbito de la jurisdicción de menores, sean o no los mismos los sujetos imputados.

c) Cuando alguno de los hechos cometidos sea de los previstos en esta disposición adicional y el responsable del delito fuera mayor de dieciséis años, el juez impondrá una medida de internamiento en régimen cerrado de uno a ocho años, complementada, en su caso, por otra medida de libertad vigilada, hasta un máximo de cinco años, con el cumplimiento de los requisitos establecidos en el párrafo segundo de la regla 5ª del art. 9 de esta Ley Orgánica. En este supuesto sólo podrá hacerse uso de las facultades de modificación, suspensión o sustitución de la medida impuesta a las que se refieren los arts. 14, 40 y 51.1 de esta Ley Orgánica, cuando haya transcurrido, al menos, la mitad de la duración de la medida de internamiento impuesta.

Si los responsables de estos delitos son menores de dieciséis años, el juez impondrá una medida de internamiento en régimen cerrado de uno a cuatro años, complementada, en su caso, por otra medida de libertad vigilada, hasta un máximo de tres años, con el cumplimiento de los requisitos establecidos en el párrafo segundo de la regla 5.a del art. 9 de esta Ley Orgánica.

No obstante lo previsto en los dos párrafos anteriores, la medida de internamiento en régimen cerrado podrá alcanzar una duración máxima de diez años para los mayores de dieciséis años y de cinco años para los menores de esa edad, cuando fueren responsables de más de un delito, alguno de los cuales esté calificado como grave y sancionado con pena de prisión igual o superior a quince años de los delitos de terrorismo comprendidos entre los arts. 571 a 580 del Código Penal.

Cuando se trate de los delitos previstos en los arts. 571 a 580, el juez, sin perjuicio de otras medidas que correspondan con arreglo a esta Ley Orgánica, también impondrá la medida de inhabilitación absoluta por un tiempo superior entre cuatro y quince años al de la duración de la medida de internamiento

en régimen cerrado impuesta, atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito, el número de los cometidos y a las circunstancias que concurran en el menor.

d) La ejecución de la detención preventiva, de las medidas cautelares de internamiento o de las medidas impuestas en la sentencia se llevará a cabo en los establecimientos y con el control del personal especializado que el Gobierno ponga a disposición de la Audiencia Nacional, en su caso, mediante convenio con las Comunidades Autónomas.

e) La ejecución de las medidas impuestas por el juez Central de Menores o por la Sala correspondiente de la Audiencia Nacional será preferente sobre las impuestas, en su caso, por otros Jueces o Salas de Menores.

f) Los hechos delictivos y las medidas previstas en esta disposición prescribirán con arreglo a las normas contenidas en el Código Penal.

g) La referencia del último inciso del apartado 4 del art. 17 y cuantas otras se contienen en la presente Ley al juez de Menores se entenderán hechas al juez Central de Menores en lo que afecta a los menores imputados por cualquiera de los delitos a que se refieren los arts. 571 a 580 del Código Penal.

Disposición añadida por art. 2º 3 LO 7/2000 de 22 diciembre.”

6. VALORACIÓN FINAL

Como ya hemos dicho en las líneas precedentes, la nueva Ley 5/2000 merece una valoración positiva. Su puesta en marcha significa sin duda un importante reto, y otra manera de responder a la delincuencia. La ley opta por un camino claramente educativo, en lugar de represivo. ¿Qué sucederá, no obstante, en la práctica? ¿Serán los jueces y fiscales y el resto de operadores jurídicos capaces de asumir el nuevo reto? ¿Hemos

tenido la suficiente capacidad de comunicación con la sociedad?

Con frecuencia nos preguntamos si hemos sabido trasladar a la sociedad que hay otra manera de entender el Derecho penal. Que no estamos frente a un “Derecho penal light”, fácil o poco serio. Sino que hay un intento de implantar una nueva filosofía, otra manera de comprender la reacción penal.

Ciertamente, no corren “buenos vientos” para estas corrientes político-criminales. La reciente tendencia en Estados Unidos de una mayor punición y el aumento de la privación de libertad no son los mejores presagios. Una buena ojeada al importante aumento de la población penitenciaria en la mayoría de los países de nuestro entorno cultural corrobora esta intervención. En efecto, según las estadísticas del Consejo de Europa, ha habido un importante aumento del uso de la privación de libertad y, como consecuencia de ello, la mayoría de prisiones están muy por encima de su capacidad de ocupación¹⁴.

A nuestro entender, deberíamos dar a la ley un margen mínimo de dos años, para saber si tras su entrada en vigor ha aumentado, disminuido o permanece igual la delincuencia juvenil. Solamente en el caso de que se demostrara que esta ley ha supuesto un importante incremento de la delincuencia juvenil estaríamos legitimados a modificarla. Por el contrario, si disminuye o incluso permanece igual, tendríamos que aceptar que si infligiendo menos dolor se obtienen resultados parecidos, la ley de momento podría considerarse un acierto.

Si fuéramos capaces de conseguir algún resultado positivo con respecto a los jóvenes, o como mínimo crear una cultura que les permitiera afrontar la llegada al mundo adulto mejor preparados, seguro que habríamos iniciado un buen camino en la línea de una justicia más próxima, más humana y, por ende, más justa.

14 Bulletin Penitenciaire, 1998. Consejo de Europa.

**RESPONSABILIDAD PENAL
DE LOS MENORES:
UNA RESPUESTA DESDE
LOS DERECHOS HUMANOS**

JOSÉ LUIS SEGOVIA BERNABÉ

*Profesor de la Universidad Pontificia de Salamanca
Criminólogo*

I - PRENOTANDOS

- a) *El lugar social* desde el que se formulan las reflexiones. Un barrio de la periferia de Madrid, en contacto directo con la chavalería en medio abierto y en convivencia casera con ellos durante muchos años, ejerciendo la abogacía, la criminología y después el sacerdocio y la docencia. Mi perspectiva, en decir de Bloch, no es la “justicia de los tronos” sino la de las “bajuras”.
- b) Una *perspectiva crítica*. Si al entrar en la Iglesia, uno se quita el sombrero pero no la cabeza, como señalaba Chesterton, introducirse en el ámbito del derecho supone hacerlo con idéntica actitud, si bien siempre abierta, dialogante y respetuosa con otras diferentes, máxime, cuando, como es el caso, estamos doctrinalmente en minoría absoluta.
- c) Parto de importantes *cambios en el imaginario social*: del niño en peligro a proteger, al niño peligroso del que hay que defenderse; del predominio de la libertad al reinado de la seguridad; del comunitarismo al individualismo; de la militancia al voluntariado light; de la solidaridad a las solidaridades indoloras a la carta; del sin ánimo de lucro al sinónimo de lucro, del tiempo liberado al tiempo libre y un largo etcétera que no hago sino apuntar.

- d) La fuente de los *derechos humanos*, esa infatigable aventura en pos de la dignidad (ésta siempre viaja delante y hay que apresurar el paso para no perderla) surge de los dos sentimientos morales que nos sacaron de las cavernas: la *compasión* (ponerse en el lugar del dolor del otro, dinámica siempre descendente que se aproxima al doliente y me ayuda a hacerme cargo de su desventura), y la *indignación* ante lo injusto evitable que sigue trayectoria ascendente y tiene como destinatario al poder, que debe remover las condiciones para que la justicia, la igualdad y la libertad sean efectivas. Cuando de la compasión pasamos al emotivismo momentáneo y la indignación la tornamos tolerancia cero, empezamos el retorno a la caverna. Sin olvidar que los derechos humanos constituyen un imperativo absoluto que debe ser respetado no sólo por los estados sino también por los particulares. Si este horizonte es fundamental para quien no quiera abdicar de la dignidad de persona, qué duda cabe que el mundo de los niños, especialmente de quienes padecen cualquier suerte -o mala suerte- de exclusión es terreno abonado para el ejercicio noble de estos dos hábitos morales. Hablar de infancia es referirse a lo que está por llegar. Quizá sea verdad lo que dice José Antonio Marina, que “*la dignidad humana no está en el pasado sino en el futuro. O sea en el alero.*”¹⁵
- e) La LO 5/2000 ha caído en la misma trampa que casi todo el aparato penal. Vincula en origen la idea de justicia a la del castigo. Acaba convirtiendo la respuesta penal en una especie de trasunto del divino castigo, que es siempre la pena. No se acerca a la Justicia Restaurativa y consagra una vez más la Justicia Vindicativa desde una dogmática jurídica más atenta a

15 MARINA, J.A., *La lucha por la dignidad*, Barcelona, 2000.

los principios que a las consecuencias. En el fondo, según como se mire, no se ha subido la edad penal a 18, se ha bajado la misma a los 14: el menor ha dejado de ser inimputable para ser responsable criminalmente. No es lo mismo, lo veremos, la imprescindible responsabilidad ética, la responsabilización educativa, que la penal.

- f) No se puede confundir *derechos* con *protección*. No hay una correlación lineal entre ambos conceptos, positivos, en principio los dos. No todo incremento de derechos supone un aumento de la protección efectiva a un colectivo. El reconocimiento de los derechos que corresponde al criminal adulto no tiene que significar necesariamente una mayor protección jurídico-social de la infancia en desventaja. A veces los adultos no asumimos nuestras propias responsabilidades (generar seguridades y límites) y nos consolamos mediante la dación de derechos sin sus correlativos deberes.

II - ALGUNAS RAZONES CONTRA LA INCRIMINACIÓN DE LOS NIÑOS

a) **Garantías, sí, pero no precisamente las del criminal adulto**

Es cierto que las garantías son necesarias en cualquier procedimiento. No puede ser de otro modo. También lo es que la obsoleta legislación de 1948 contenía demasiada arbitrariedad judicial, un exceso de moralina, poco rigor jurídico y, obviamente, nada de talante constitucional. Pero, con todo, ¿por qué la única forma de introducir determinadas garantías constitucionales es a costa de introducir al niño en un sistema que, como el penal, es el más cruento, el menos dúctil, el más violento de los Derechos, aquel que, como señala Ferrajoli, “*aun rodeado de límites y de garantías, conserva una intrínseca bru-*

alidad que cuestiona su legitimidad moral y política”, ¿por qué aplicárselo precisamente a los más vulnerables, a los cachorros de nuestra especie, cuando conocemos las serias contraindicaciones y efectos secundarios que indefectiblemente provoca en nuestros adultos? ¿Es el abordaje penal el único enfoque garantista? Sobre todo, cuando se quiera o no, el centro obsesivo del sistema penal vigente no es otro que el castigo del culpable, y ello muy por encima de la realización de la justicia, la defensa de la víctima, la reparación del daño, o incluso la defensa de los intereses de la colectividad. Nuestro modelo de justicia, en el fondo no tan evolucionado, absolutiza el castigo, a modo de catarsis colectiva en torno a la violencia practicada con el chivo expiatorio que dreña los afanes vindicativos. Castigo, pues, a modo de una especie de trasunto de justicia divina mal entendida, que se afirma en el “castigo de los malos”. Conceptos necesitados de urgente reformulación colectiva desde un enfoque más humanista, ilustrado y comunitarista. Por el contrario, tanto el art. 24 de la Constitución que habla de las garantías, del derecho a la defensa, a la presunción de inocencia, etc., como el art. 117, referido a los jueces y tribunales como garantía jurisdiccional, para nada exigen la naturaleza penal del proceso. Nada demandaría que las garantías tengan que ser *precisamente* las del criminal adulto. Cabía un tipo de proceso que en verdad tuviera en cuenta las peculiares características de los niños a los que se dirige. “Esos locos bajitos” son bastante más que adultos en miniatura y, por cierto, andan más necesitados de cauces efectivos que garantizan los *otros* derechos: al libre desarrollo de la personalidad, a la vivienda digna, a una familia en condiciones de estabilidad socioeconómica, al acceso a la cultura, a que los poderes públicos remuevan las condiciones para que la justicia y la igualdad sean efectivas, etc. Algo de eso tiene que ver la función del Ministerio Público en la tutela del interés social.

b) Es un paso atrás en la minimización del Derecho penal¹⁶

Si el empeño de los avanzados sistemas penales consiste precisamente en despenalizarse, en *civilizarse*, en buscar fórmulas mínimamente penalizadoras, ¿por qué empeñarnos en introducir a los más vulnerables, a los niños, en esta maquinaria de violencia institucional, en vez de buscar soluciones más civilizadas, más dúctiles, menos cruentas que, precisamente, su incorporación al Derecho penal? En la misma línea, en cuanto al *quantum* de la condena, no conseguimos adivinar las bondades del nuevo sistema cuando, en determinados supuestos, pueden imponerse penas privativas de libertad más graves que con el Código de Franco, que posibilitaba rebajar uno dos grados la pena ex art. 65 ACP.

c) Constituye un elemento irresponsabilizador del menor

A nuestro modo de ver, una de las más funestas consecuencias del sistema penal es la desresponsabilización ética que provoca en el destinatario del castigo, por más que las proclamas legales invoquen otra cosa. Lo peor del sistema penal no es la privación de libertad -también compromete seriamente la libertad, incluso más, una Comunidad Terapéutica para tratamiento de la drogodependencia. Sin embargo, en el primer caso se des-responsabiliza y en el segundo se ayuda a personalizar y a asumir la conducción de la propia vida. A una persona puede ser legítimo privarle temporalmente de libertad ambulatoria,

16 En jóvenes la desjudicialización no genera niveles más altos de reincidencia en comparación con los que siguieron incursos en un proceso estrictamente judicial. Por ello, cabe reconsiderar la reciente orientación de ser más severos que ha adoptado la política de justicia juvenil. Vid. Minor, K., Hartmann, D., Terry, S. (1997) "Predictors of Juvenile Court Actions and recidivism", *Dins Crime and Delinquency*, 43, núm. 3, citado en *Butlletí de Difusió de Recerques Socials i Criminològiques* nº 12/1999. En la misma revista y con similares conclusiones se menciona el estudio de Bishop, D. y otros (1996): "The transfer of Juveniles to Criminal Court: Does it Make a Difference?", *Dins Crime and Delinquency*, 42, núm. 2.

pero jamás se puede privar a un sujeto de responsabilidad ética, mucho menos a un niño. La incriminación, por esa confusión nefasta entre pedagogía y derecho, con toda la parafernalia del proceso penal y su utillaje doblegador de la voluntad acaba privando de responsabilidad ética. Queda el castigo como administración de dolor tarifado, pero sin efectos benéficos sobre el destinatario de la punición. Menos cabe esperar cuando desde el principio se le reconoce el derecho a mentir. Un abogado que se precie urdirá su defensa en el terreno de las medias verdades, sino en el de las más completas mentiras, tratando de hacer titubear a la víctima e inducir al juez a creer la versión más ventajosa para el joven cliente. El “teatrillo” del proceso - con sus testigos que se presupone dicen verdad, el acusado que se presupone miente, el fiscal que pide más de la cuenta para dejarse una “reserva” para el pacto, la defensa que pide menos...- todo contribuye a que el derecho a no declarar en contra, a ser considerado inocente en términos jurídicos, acabe siendo mutado en inocencia moral, y la respuesta, por ende, punitiva, cruel y violenta con frecuencia a destiempo, sea entonces experimentada como una vejación injusta. Y en todo esto, ¿metemos a los chavales de 14 años? Con abogados que engañan y jueces y fiscales que enseñan las ventajas de mentir con la cobertura de derechos procesales... Nada más violentador de menores que un sistema así entendido, que acaba privando no sólo, sino, sobre todo, de responsabilidad ética y capacidad para gobernar la propia vida.

d) A la postre, deja desprotegidos a los que más tendría que proteger

En efecto, después de intentar seducirnos con un garantismo de corte individualista y burgués, resulta que deja sin tan generosa protección a los más vulnerables. ¿Qué ocurre con un niño de 13 años que roba o que mata? Con una invocación general al ámbito educativo y familiar y la cesión de competencias al

ente administrativo correspondiente -una vez más, hipertrofia de la administración y esclerosis de control judicial- se resuelve la papeleta. ¿No tiene derecho a ser defendido? ¿Cómo se regula el proceso ante el órgano administrativo? ¿Qué medidas puede imponer en ese ámbito? ¿por cuánto tiempo?... Son demasiadas preguntas que dejan bien a las claras que la filosofía subyacente es la del control social, como se reconoce en la exposición de motivos que ventila todas estas cuestiones, justificando la laguna normativa, con una referencia al tipo de “infracciones irrelevantes” que cometen los niños de menos de 14 años y a la “escasa alarma social” que producen. Ambas referencias centradas en el hecho en sí y su trascendencia pública, sin ninguna correlación, ni relativa, con el interés superior del menor. Las latencias de la norma quedan, en nuestra opinión, al descubierto.

Quede pues claro que *no consideramos que la incorporación de la infancia en conflicto social al derecho penal constituya un avance en materia de derechos humanos*.¹⁷ El horizonte penal, con todo el garantismo que se quiera, no deja de ser un ámbito de difícil maridaje con la pedagogía, y formulado en un momento en que prima el neoretribucionismo no dejará de mostrar abiertamente su verdadera naturaleza. Las sucesivas reformas a la LO 5/2000 (LO 7/2000 y LO 9/2000) objetivan un peligroso deslizamiento hacia espacios frontalmente contrarios a la naturaleza materialmente sancionadora y educativa que dice tener y, desde luego, constituyen una explícita burla del “interés superior del menor” en aras de otros intereses más populares.

17 Un desarrollo más pormenorizado en RÍOS, J.C., y SEGOVIA J.L., *La infancia en conflicto social*, Madrid, Cáritas Española, 1999 y los mismos autores en Ministerio fiscal, VI-2000: *La Ley de responsabilidad Penal de los Menores. Cambio de paradigma: del niño en peligro al niño peligroso*, Madrid, Ministerio de Justicia, 2000.

III - EL COLMO: TENER QUE DEFENDER LA LEY ESTANDO EN CONTRA

Así está el patio. Con la que está cayendo, el famoso principio “tolerancia cero” cobra cada día más defensores y con la complicidad de los medios de comunicación, poco dados al matiz y al argumento, se han prodigado ataques contra la ley cada vez más sorprendentes. Incluso el “Movimiento contra la Intolerancia” ha hecho suya la reivindicación de una mayor ampliación de los principios estrictamente penales en este procedimiento de menores, sumándose al coro de los que reclaman a la joven norma “más mano dura”.

Si por algo venimos criticando a la ley es por su dureza, tanto formal, introduciendo a la infancia en el ámbito cruel del Derecho penal, como material, con medidas (léase penas) que pueden perfectamente superar en extensión las imponibles con el Código Penal de adultos. Sin embargo, por más que quienes conocen la ley saben de su rigor, sorprendentemente no es esta la impresión de la calle. La improvisación con que se ha venido haciendo todo, la falta de previsión a la hora de articular formación, recursos y dispositivos para hacer efectiva la ley, unido a alguna falta de competencia de operadores jurídicos han trasladado a la opinión pública la imagen de una ley “blanda” que deja poco menos que impunes los delitos más cruentos. El caso del adolescente de la katana o las niñas de Andalucía han servido para, sin el menor rigor informativo (y elementales distinciones entre medidas cautelares previas y medidas en ejecución de sentencia judicial), trasladar a los ciudadanos la idea de una ley inane.

Tan clamorosa ha sido la desinformación que, nosotros, abiertamente contrarios al horizonte penal de la nueva norma, hemos tenido que hacer no pequeños esfuerzos para poco menos que defenderla de sus detractores frente a las acusaciones de blandenguería con la infancia infractora.

Es por ello por lo que, sintiéndolo mucho, antes señalar algunos aspectos especialmente delicados en materia de derechos fundamentales de la infancia, no dejaré de señalar aspectos positivos de la norma, al menos para que se cumpla aquello de aquel enfermo en Lourdes: “virgencita, virgencita que me quede como estaba”.

Desde luego no puede ignorarse la cascada de normas producida en el último decenio frente a un generalizado clamoroso silencio precedente. Siguiendo la estela de la Convención de los Derechos del Niño de 20 de noviembre 1989 y la Carta Europea de los Derechos del Niño (Resolución del Parlamento Europeo de 8 de julio de 1992), la española LO de Protección Jurídica del Menor 1/96, y la consiguiente normativa en las distintas nacionalidades y regiones del estado, ha acabado por universalizar los derechos humanos de la infancia, asegurando la protección no sólo a los pobres y abandonados, sino a todos los niños y niñas, al margen incluso de la nacionalidad. Esto supone un avance del que no podemos dejar de felicitarlos. El carácter no territorial de los derechos del menor es un logro feliz que ha obligado en idéntica dirección garantista a la mismísima Ley de Extranjería.

Sin embargo, desde una perspectiva más amplia, no todo es avance. El art. 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948, señala: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia tienen el deber de comportarse fraternalmente los unos con los otros”. Se podría añadir sin violencia alguna al Libro del Génesis y decir Palabra de Dios... Y ahora un artículo cualquiera el 13.1 “Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado”. Sin comentarios. Veamos el art. 25 “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; (...) la

infancia tiene derecho a cuidados y asistencias especiales. Comparamos el tono ético, propositivo, con el gemido menor de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, p. ej. el 34.3 “...La Unión reconoce y respeta el derecho a una ayuda social y una *ayuda de* vivienda para asegurar una existencia digna a todos aquellos que no dispongan de recursos suficientes, según las modalidades establecidas por el Derecho comunitario y las legislaciones y *las prácticas nacionales*”¹⁸. La práctica nacional elevada a criterio hermenéutico para reconocer un derecho¹⁹

Ciertamente en los últimos siglos hemos avanzado, pero también es verdad que al tiempo que se vislumbran nuevas generaciones de derechos humanos, se corre el peligro de devaluar el contenido de los más básicos. Del derecho a la vivienda sin más, a la ayuda de vivienda. Del imperativo ético a la práctica del país como horizonte interpretador.

Aterrizando en la Ley 5/2000, deben destacarse *los principios inspiradores*. Una cosa buena es que la exposición de motivos no se ha tocado en la azarosa tramitación final, aunque se hayan modificado sustancialmente normas que contravienen algunos de los motivos expuestos.

En concreto, hay que destacar el conocido principio del “interés superior del menor” que, por vez primera, es explicitado en clave no estrictamente jurídica ni formalista “Interés que ha de ser valorado con criterios técnicos y no formalistas por equipos de profesionales especializados en el ámbito de las ciencias no jurídicas”²⁰. Todo un interesante criterio hermenéutico que facilitará mucho las cosas en situaciones de conflicto. En esa misma dirección no puede sino alabarse la referencia a las circunstancias personales, familiares y sociales del menor como

18 La cursiva es siempre nuestra.

19 Pareciera que si la práctica nacional consiste en tener a los sin techo durmiendo en la calle, decae la intensidad de dicho derecho.

20 Exposición de motivos, núm. 6.

criterio fundamental a la hora de seleccionar una medida o concretar su forma de ejecución. Luego señalaremos las rebajas de este principio por razones de prevención general.

Del mismo modo, es de alabar la introducción del principio de oportunidad reglada, que permite salirse del proceso y evitar su estigmatización en varios momentos y las posibilidades conferidas al Ministerio fiscal de desistir en la incoación (art. 18), proponer sobreseimiento por conciliación o reparación a la víctima (art. 19), suspender el fallo (art. 40), dejar sin efecto, suspender o sustituir las medidas (art. 51) en cualquier momento de su ejecución.

Muy importante para minimizar los daños colaterales de la actuación penal es la introducción del principio de flexibilidad a la hora de elegir²¹, dentro de ciertos límites, la medida más adecuada, modificarla sobre la marcha o, incluso, suspenderla²².

Igualmente supone un avance explicitar el control judicial sobre la ejecución de las medidas (competencia de las entidades autonómicas), como se hizo en el ámbito de adultos con el juez de Vigilancia Penitenciaria.

También quisiéramos destacar la apertura a la multidisciplinariedad que introduce y, desde luego, la posible participación de instancias extrajudiciales (colectivos de barrio y sus actores ex art. 27.6).

Diferenciar tramos de edad nos parece igualmente correcto en atención a las diferencias madurativas tan importantes en

21 Art. 7.3: “Para la elección de la medida o medidas adecuadas... se deberá atender de modo flexible, no sólo a la prueba y valoración jurídica de los hechos, sino especialmente a la edad, las circunstancias familiares y sociales, la personalidad y el interés del menor...”

22 Art. 14.1: “El juez (...) podrá en cualquier momento dejar sin efecto la medida impuesta, reducir su duración o sustituirla por otra, siempre que la modificación redunde en el interés del menor y se exprese suficientemente a éste el reproche merecido por su conducta.”

edades tan dispares²³. También consideramos positiva la posibilidad de aplicar esta legislación a jóvenes de hasta 21 años. No en vano, la plenitud de facultades jurídicas se obtiene a los 25²⁴.

IV - ALGUNAS CUESTIONES PREOCUPANTES

Se percibe desde el primer momento que se trata de un extraño híbrido entre los dos proyectos de ley inmediatamente anteriores, aunque con clara victoria para el enfoque incriminador. Frente a la exposición de motivos del proyecto inicial del PP, de explícita “naturaleza no penal”, y el alternativo del PSOE, “estrictamente penal”, señala explícitamente la exposición de motivos de la LO 5/2000 que estamos ante una norma de “naturaleza *formalmente penal*, pero *materialmente sancionadora-educativa*”. Ha salido vencedor el enfoque criminalizador, aunque se procura disimular con lenguaje “light”. En el fondo es un derecho penal más suave, de formas más dúctiles, más flexible que el de adultos... pero penal a fin de cuentas, y en algunos casos, como veremos, más restrictivo que el de adultos. Dejando de lado nuestra crítica al horizonte penal de la Ley, a la vista de su escaso resultado, como es palmario, nos centraremos en algunos aspectos concretos que pueden ser relevantes para el tema que nos ocupa.

Por ejemplo, podemos empezar señalando algunas disfunciones como que en la detención del menor, en ausencia de representante legal, se otorgue dicha representación al Ministerio fiscal encargado precisamente de la instrucción del procedimiento. Ello supone una “cierta esquizofrenia entre los representantes de la misma institución (Ministerio fiscal), la

23 Como anécdota de la falta de sosiego que ha presidido la tramitación parlamentaria en sus últimas fases, leemos en la Exposición de Motivos: “...dos tramos, de catorce a dieciséis, y de diecisiete a dieciocho...” Por tanto, concluimos, los que tengan dieciséis años... ¡¡¡¡impunes!!!

24 Cfr. Art. 175.1 del C. Civil.

cual se rige orgánicamente por los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica”²⁵. Todavía complica más las cosas en una eventual asistencia a la exploración del menor detenido la circunstancia de que el fiscal sea -¡además!- el director de la Policía judicial.

Precisamente porque deseamos minimizar lo penal, está bien que la LO 5/2000 no acepte la pretensión de venganza a través de la acusación particular. Por eso, no deja de chocarnos el dar entrada a las víctimas en el proceso en los casos de violencia o intimidación o grave riesgo para la integridad física de las personas, si hubieran sido cometidas por mayores de 16 años (art. 25). Ello introduce elementos no deseados en el enjuiciamiento de un menor. La acusación particular es siempre, dígase como se diga, vehiculación de la venganza de parte. Todo menos educativo y responsabilizador.

Como acabamos de señalar, la pretensión de adaptar la respuesta sancionadora a las concretas circunstancias del menor y en su interés es más que correcta, pero corre el riesgo de convertirse en un postulado teórico y a veces de imposible cumplimiento, como es en los casos de hechos de extrema gravedad cometidos por jóvenes entre 16 y 18 años (art. 9.5), que con la reforma 7/2000 agrava la dureza de su tratamiento jurídico incluyendo la reincidencia, obviando todo lo educativo y ampliando el círculo de los supuestos de terrorismo a otros supuestos sancionados con pena superior a 15 años (disp. adicional 4^a)²⁶.

25 DOLZ LAGO, M.J., *La nueva responsabilidad del menor*, Valencia, 2000.

26 Disposición adicional 4^a modificada por la LO 7/2000: A los mayores de 18 y menores de 21 no se les aplicará el art. 4 en casos de homicidio, asesinato, agresión sexual y delitos de terrorismo. Para todas las edades la competencia para conocer de los delitos del art. 571 al 580 (terrorismo) es de la Audiencia Nacional. En estos casos, para mayores de 16 años se “impondrá” medida de internamiento de 1 a 8 años, con libertad vigilada de hasta cinco años más; pudiéndose sólo aplicar las posibilidades del art. 14 (modificación de medida), 40 (suspensión del fallo) y 51.1 (modificación, sustitución, suspensión) cuando haya transcurrido la mitad de la duración de la medida impuesta. En idéntico supuesto, competencia de la Audiencia Nacional, pero para

En efecto, en la nueva redacción del art. 9, 5º, la expresión “habrá de imponer” impide el arbitrio judicial y fuerza, por encima de las circunstancias del menor, a agravar la sanción. Esto es, se ha de renunciar apriorísticamente al interés superior del menor para aplicar formalísticamente la ley. En estos casos, procede siempre el internamiento y además con un mínimo legal de un año. De ahí no es difícil concluir que la obligación de encerrar al menor obedece a planteamientos retributivos, más que otro tipo de consideraciones del menor... Una vez más, el niño es de peor condición que el adulto, al ser obligado a permanecer encerrado un mínimo de un año -o hasta la mitad de condena-. Un adulto podría tener un tercer grado al día siguiente de ingresar en prisión ex art. 72 Ley Orgánica General Penitenciaria y art. 104, 3º del Reglamento Penitenciario.

Por otra parte, las medidas antiterroristas permiten imponer hasta 8 años para mayores de 16 y de cuatro a mayores de 14 con modificación de las reglas 3º, 4º y 5º del art. 9. Ello en combinación con el art. 15, 2º (cumplimiento en centro penitenciario a partir de los 23 años) asegura medidas de cárcel de adultos tal cual²⁸, lo cual se separa de todas las bondadosas declaraciones de principios afirmadas por la Ley, para asomar el horizonte punitivo que venimos denunciando.

Dígase lo mismo de la 9, 5º de reincidencia, en que el juez “habrá de imponer” “régimen cerrado de 1 a 5 años. Todo ello

menores de 16 el internamiento habrá de ser (“impondrá”) de 1 a 4 años, más libertad vigilada de hasta tres años. No obstante, la medida de internamiento en régimen cerrado podrá alcanzar 10 años, para mayores de dieciséis, y 5 años para menores de esa edad, cuando fuesen responsables de más de un delito, alguno de los cuales fuese grave y sancionado con pena igual o superior a 15 años de los delitos de terrorismo comprendidos entre los arts. 571 y 580 CP. En estos supuestos “impondrá” inhabilitación absoluta entre 4 y 15 años. La prescripción se acomoda a las normas del CP y no a las específicas de la LO 5/2000.

27 VAELO, E., *La Ley: Algunos aspectos sustantivos de la LO reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, nº 5330, jueves 14 de junio de 2001.

28 Cf. PANTOJA, F., Ministerio fiscal, 2000-VI: *Naturaleza jurídica de la LO 5/2000*, Madrid, 2000, p. 19.

deja bien a las claras que la renuncia a la retribución y a la proporcionalidad²⁹ son rotundamente falsas sin paliativos. Entre otras cosas porque no puede obviarse que la regla 5ª de las Reglas de Beijing establece expresamente que la respuesta a los menores delincuentes “será en todo momento proporcionada a las circunstancias del delincuente y del delito”, lo que unido a la explícita introducción del principio de proporcionalidad en el art. 49 de la Carta de Niza para el proceso penal, no deja lugar a muchas dudas: se trata de piadosos deseos o catarsis de mala conciencia. El deslizamiento hacia el Derecho penal puro y duro está servido.

Una crítica no pequeña desde la perspectiva de los derechos es la falta de predeterminación normativa en lo que respecta a las infracciones durante la ejecución. Si bien esta parte es una “cuasi-copia” del Reglamento Penitenciario, viola frontalmente la doctrina del Tribunal Constitucional (cf. STC 305/93). En efecto, se echa en falta una regulación legal de las faltas, no se enumeran comportamientos que son considerados graves o leves... generando una enorme inseguridad jurídica en tema tan delicado. Puestos a ser garantistas, no se comprende la no explicitación de un expediente contradictorio como el de adultos en el RP³⁰.

Contra alguna praxis, no puede olvidarse que el art. 60 de la LORPM impide la sanción aislamiento en celda. La sanción de “separación”, que es algo bien distinto, exige permanencia, desde luego no permanente (art. 60.6) en habitación de análogos características... Además, tampoco se olvide que el art. 67

29 Dice con total falsedad la Exposición de Motivos, núm. 7: “...rechazando expresamente otras finalidades esenciales del Derecho penal de adultos, como la proporcionalidad entre el hecho y la sanción o la intimidación de los destinatarios de la norma”. Por otra parte, una cierta proporcionalidad es exigencia incluso pedagógica: debe haber una adecuada correlación entre el desvalor de la acción y la intervención posterior.

30 TORRES ANDRÉS, J.M., *La Ley: La jurisdicción de menores. Control de ejecución*, 2000-VI, Madrid, 2000, pp.143 y ss.

de las Reglas de Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad dispone taxativamente que: “Estarán estrictamente prohibidas todas las medidas disciplinarias que constituyan un trato cruel, inhumano o degradante, incluidos los castigos corporales, el encierro en celda oscura y las penas de aislamiento o de celda solitaria, así como cualquier otra sanción que pueda poner en peligro la salud física o mental del menor”.

Para completar el cuadro de agravios e imprevisiones, la LO 9/2000 (¡¡horror!!, una Ley Orgánica modificada por otros antes de entrar en vigor!!!) explicita que no serán de aplicación los preceptos relativos a jóvenes de 18 a 21 años, hasta el 2003 en los mismos supuestos. El límite de 18 es función más que de elementos subjetivos del joven de los objetivos marcados por la naturaleza del ilícito. Todo ello revela el predominio de razones de prevención general y retributivas sobre otras más centradas en la prevención especial tan anunciada a bombo y platillo.

Problemático es el tratamiento de la responsabilidad civil solidaria y objetiva de los padres, aun cuando no hubiera concurrido en ellos dolo ni negligencia. En el caso de padres con hijos con problemas comportamentales o de salud mental, la situación es asfixiante. Carentes de centros de salud mental, refractarios a mantenerse en tratamiento farmacológico, si mantienen encerrados a los hijos condenan a los padres y si los dejan salir les responsabilizan de sus fechorías. Conozco media docena de situaciones auténticamente terribles en que los padres no saben por donde tirar sin apoyo de nadie.

Finalmente, puestos a pedir, desde la perspectiva de los derechos humanos, ¿por qué los juzgados de menores no entienden de cuestiones de protección que han quedado desjudicializadas y entregadas a las administraciones que pueden hacer lo que no se puede con una res: llevárselo del propio domicilio de su dueño sin orden judicial: tutela automática del

menor por desamparo sin previo control judicial. Las facultades de protección desjudicializadas a priori. No tengo claro que esto constituya un avance en materia de derechos humanos, en los que el control de la posible arbitrariedad administrativa por un poder independiente, como se supone es el judicial, aporta un plus garantista. A juicio de algunos, el art. 97 de la LOJP³¹ deja un portillo abierto a retomar mas competencias³².

Efectivamente, desde el campo de la exclusión, siempre nos ha resultado chocante cómo la Policía precisa de orden judicial para entrar en un domicilio y hacerse cargo, p.e., de un objeto robado y, sin embargo, la trabajadora social puede llevarse un niño, merced a la cobertura simplemente administrativa de la tutela automática. Sin duda, la circunstancia de que la mayor parte de las tutelas automáticas y consiguiente suspensión de patria potestad recaiga sobre familias pobres, a las que en no pocos casos se ayudó poco a salir de su indigencia, está en la base de una desjudicialización tan descarada de la suspensión del derecho del niño a educarse en el microclima familiar sin perturbaciones.

Incluso las mejores leyes están abocadas al fracaso si carecen de recursos. La improvisación, la cicatería, la falta de planificación son especialmente imperdonables en una norma que ha disfrutado de un año de vacación antes de entrar en vigor. Es más, para vergüenza de los poderes públicos, ha habido que dejar una parte de la Ley sin vigencia, suspendida, ¡durante dos años más! En tan alta estima y consideración se tiene a nuestros jóvenes. Si esto se ha hecho con la infancia que “molesta”, no hay que ser muy lúcido para adivinar qué grado de

31 “Corresponde a los Jueces de Menores el ejercicio de las funciones que establezcan las leyes para con los menores que hubiesen 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*”.

32 Así lo ve también CARDENAL, M.R., Ministerio fiscal: *La jurisdicción de menores y su competencia*. VI 2000, Madrid, 2000.

despreocupación existirá con respecto a los niños y niñas menos visibles pero más precariamente carenciales. fiscales que no son de la carrera fiscal, auxiliares de los juzgados tomados precipitadamente de bolsas de trabajo sin experiencia alguna en este ámbito, convocatoria de oposiciones para equipos técnicos meses después de entrar en vigor la norma, improvisación de recursos, precipitaciones de última hora y un alocamiento generalizado que sólo se explica por el escaso interés político que suscita este ámbito.

Finalmente, no podemos desdeñar que aparece en el horizonte una multiplicación de privatizaciones en materia de medidas de privación de libertad que, a nuestro juicio, no redundará en una mayor protección de los derechos de los menores (véase en Madrid los centros clausurados a una empresa privada que gestionaba internados). Hacemos nuestras las palabras cualificadas de Esther Giménez-Salinas, cuando en su comparecencia ante la Comisión de Justicia e Interior del Congreso de los Diputados³³, durante la tramitación de la ley señaló su oposición a una privatización de la gestión de los centros de internamiento en que se cumplen medidas privativas de libertad.

Sin embargo, al hilo de la nueva norma y coincidiendo con el adelgazamiento de las políticas de protección social, se ha abierto la puerta, sin previo y sosegado debate ético y político, a las que podemos llamar cárceles privadas. Ello supone, entre otras cosas, sustituir la relación jurídico-pública de una especial relación de sujeción (la que existe entre la Administración que ejecuta la medida privativa de libertad y el particular internado) por otra jurídico privada entre la empresa y la persona privada de libertad. Aún más importante nos parece que, en el pacto social que tenemos consensuado, los ciudadanos hemos cedido el monopolio de la violencia al Estado, hemos delega-

33 Comparecencia de 17 de marzo de 1999: "Creo que habría que limitar que la medida privativa de libertad no pueda estar nunca gestionada por instituciones privadas".

do la venganza en los tribunales y la ejecución fáctica de las penas al ámbito de la Administración pública. Delegar funciones de custodia personal involuntaria a entidades privadas, por muy sin ánimo de lucro que se digan, nos parece una quiebra unilateral del pacto y un dislate del que empezaremos a darnos cuenta a no tardar mucho si nos empeñamos en ese camino. Es empezar a confundir peligrosamente lo público y lo privado, el interés general y el particular.

V - CONCLUSIÓN

Entre el Derecho Penal y la Pedagogía existe un divorcio difícilmente superable. El primero, digámoslo sin rodeos, se articula en torno a la noción del castigo, más o menos cruento, más o menos tarifado, pero siempre suministro de ciertas dosis de dolor al castigado. Ejerce una función catártica de la sed vindicativa de la comunidad, en un intento de drenaje de la violencia colectiva que se hace discurrir por los cauces previamente delimitados por la norma. Por su parte, la segunda procura educar y se centra en el educando en un intento de iniciación saludable en el arte de saber vivir desde el desarrollo de sus aptitudes y capacidades. Ambos hablan de responsabilidades, pero de muy diferente modo. El Derecho punitivo trata de responsabilizar, penalmente, claro; esto es, de hacer recaer sobre el niño ese sentimiento de venganza de modo proporcionado y racional. Para ello, a pesar de los nefastos resultados que ha dado con adultos y de los sucesivos intentos de minimizar su campo de actuación, se le introduce de lleno en el terreno, hasta ahora expedito de niños, de la imputabilidad penal. La Pedagogía, por su parte, trata de responsabilizar éticamente, esto es, hacer posible que esa persona eminentemente moldeable, vulnerable y en desarrollo que es siempre el menor se haga paulatinamente cargo y se encargue de su propia vida y de las consecuencias de sus actos. Según hacia qué lado se incline la LO 5/2000 tendemos unos resultados u otros. La LO 7/2000

no permite augurar nada bueno de este difícil equilibrio entre lo punitivo y lo educativo.

El resultado final del conflicto entre una ley, pensada con la mejor buena intención, y una presión social que intenta injustificadamente deslegitimarla y hacerla involucionar:

a) De cómo siga evolucionando el imaginario social del niño

De lo desarrollado se nos evidencia un cambio de paradigma. Hemos pasado de un imaginario social en el que el niño era un ser vulnerable y digno de protección por parte del entorno adulto responsable, a otro en el que el niño es percibido como un ser peligroso del que urge defenderse y al que atribuimos derechos pero, al tiempo, hurtamos efectiva protección. Ello supone una devaluación efectiva del contenido de los derechos de la infancia, por más que formalmente pueda suponer una ampliación del abanico de éstos (la falacia es que ahora le añadimos los derechos del criminal adulto).

Se ha realizado de este modo una mutación de papeles de muy graves consecuencias: al niño se le convierte en adulto para responder ante el sistema penal y el adulto se infantiliza des-responsabilizándose de sus obligaciones. La LO 5/2000, con no poca buena voluntad -aunque haya ido perdiéndola en la tramitación parlamentaria y en sucesivas y urgentes reformas incluso antes de entrar en vigor: LO 7/2000 y LO 9/2000- presenta todas las ambigüedades de esa transición de modelos. No quiere renunciar a lo educativo y se multiplica en afirmaciones bien intencionadas de protección del superior interés del menor, pero mantiene demasiados tics incriminadores.

b) De los recursos que efectivamente se pongan en juego y lo prioritario que sean las políticas genéricas de menores.

Para evitar efectos reactivos reaccionarios, es preciso contar con recursos sociales específicos e inespecíficos, y apoyo a los niños y a sus familias, así como políticas de calidad de vida, lucha contra la exclusión y protección social. La impro-

visación y la falta de inversiones que permitan aplicar el amplio elenco de medidas propuestos por la norma (y que en sí no merecen reproche alguno en cuanto a su contenido) puede acabar provocando el fracaso estrepitoso de la ley, justificando una nueva vuelta de rosca en la línea retribucionista que limitará el campo efectivo de protección de los menores.

Estas políticas de integración del menor se deberían colgar de un auténtico plan de choque contra la exclusión social, como se viene demandando desde distintos foros de la ONU y la Unión Europea sin demasiado eco entre nuestros políticos. Lamentablemente los niños y los pobres no son una prioridad política ni para el gobierno ni para la oposición. Un remedio, no tan demagógico, a tanta despreocupación de los adultos, quizá pudiera consistir en otorgar el derecho al voto a partir de los 14 años: si los consideramos responsables ante el derecho más duro y menos dúctil (el penal), ¿por qué no habrían de serlo también políticamente, cuando ya están entrenados desde la escuela a elegir sus representantes y pactar las reglas de sus juegos?

c) De la sensibilidad de los operadores jurídicos a la hora de poner en marcha la ley, de interpretarla desde parámetros educativos (en ocasiones, por paradójico que resulte, jueces y fiscales son más abiertos que la media social). No pocas de las pelotas están en el alero del Ministerio fiscal, que consolida un papel procesal que podría trasladarse al ámbito de adultos. Cómo articulará el ejercicio de su triple pretensión procesal³⁴ y con qué prioridades exige todavía un tiempo de rodaje. La conexión entre los dispositivos públicos y el ámbito de las ONG y el tejido social solidario constituyen retos al que algunas fiscalías se están entregando con no pequeños frutos.

34 La triple pretensión del Ministerio Público a juicio de PANTOJA, o.c, 14: Pretensión *sancionadora*, venciendo la presunción de inocencia; la *educativa* a través de la postulación de la medida; y la *indemnizatoria* a favor de las víctimas.

Finalmente, es preciso recuperar la cordura. No podemos legislar a toque de emotivismo y presión de los medios de comunicación social sin excesiva capacidad de matizar los mensajes por lo que se refiere a la parroquia infanto-juvenil. No podemos obviar la distorsionada imagen de la Ley que se ha venido dando. La vinculación en el imaginario social a las ideas de impunidad, exceso de contemplaciones e indefensión de las víctimas carecen de justificación. Una serie de concausas, que sería prolijo analizar aquí (y que tienen más que ver con incompetencias profesionales y carencia de recursos), han servido, al hilo de unas poquísimas pero tremendas tragedias para colocar a la ley el sambenito de excesivamente blanda. Tanto y tan injustificado ha sido el linchamiento que ha padecido esta jovencísima norma por sus presuntas bondades que, quienes manifiestamente pensábamos lo contrario, optamos por callar provisoriamente ante el miedo de coadyuvar al derrumbe de una norma y su sustitución por otra contrarreformada aún peor. Como ha pasado con la Ley de Extranjería o la modificación de última hora de la misma 5/2000 para endurecerla pocos días antes de su vigencia, acabaremos diciendo aquello de “virgencita, virgencita, que me quede como estaba”. Ojalá nos equivoquemos. Si no, el tiempo mostrará la inanidad tanto de quienes proclaman las bondades educativas de la norma como de quienes la acusan de blandenguería.

**LA FISCALÍA EN LA LO 5/2000.
ALGUNAS CUESTIONES
EN LA INSTRUCCIÓN
DEL PROCEDIMIENTO
DE MENORES**

LUIS DELGADO NEVARES
Fiscal del Juzgado de Menores de Vitoria/Gasteiz

1. NATURALEZA DE LA LEY. POSICIÓN CENTRAL DEL MINISTERIO FISCAL

1.1. ¿Por qué la ley; o, de otro modo, naturaleza de la ley?

Conforme al art. 19 CP, los menores de dieciocho años no serán responsables criminalmente con arreglo al CP; cuando un menor de dicha edad cometa un hecho delictivo podrá ser responsable con arreglo a lo dispuesto en la ley que regule la responsabilidad penal del menor. En este sentido, el art. 1 de la LORPM señala que “esta Ley” se aplicará para exigir responsabilidad de las personas mayores de 14 y menores de 18 por la comisión de hechos tipificados como delito o falta.

Ante la comisión de un delito o falta por un menor, se impone una medida, que tiene carácter, sin duda, sancionatorio (pensar en el internamiento); a través de un proceso que es penal, con los mismos actores: policía, fiscal, juez; con un procedimiento similar: instrucción (que se da al fiscal, la primera especialidad en relación con el proceso de mayores), que termina en acusación (siendo el fiscal, en principio, el único que puede ejercitar la acción penal; segunda especialidad), juicio, sentencia; y con las mismas garantías, en especial la presunción de inocencia. Se trata de ley penal, “formalmente penal”.

Pero el fin de la ley no es reprender, sino educar (idea que está en toda la ley, y que se explicita de modo claro en la exposición de motivos). No es exactamente una novedad, en tanto el art. 25 CE se refiere al fin preventivo, resocializador, de la pena; pero viene remarcada por la ley sobre la base del supre-

mo interés del menor. Es ley materialmente “sancionatoria educativa”; con primacía de este último aspecto. De modo que la ley permite no abrir el procedimiento, o abrirlo y archivarlo, sin llegar a la medida, aunque esté plenamente determinado el hecho y autor: la ley introduce el principio de oportunidad frente al de legalidad (la tercera especialidad).

1.2. La posición del fiscal es clave y singular.

- Dirige el procedimiento: instruye, acusa. Con expresión de esos dos aspectos: sancionador y educativo.
 - En la instrucción: investiga el hecho, el objeto; pero también la medida adecuada; siempre en interés del menor y de acuerdo con sus circunstancias personales, familiares, sociales.
 - Base de su acusación (alegaciones): determina los hechos y la medida; siempre en interés del menor, de acuerdo con esas circunstancias. En principio es el único que ejercita la acción penal, no hay acusación particular; precisamente para evitar el aspecto vindicativo de éste, para evitar la presión de un acusador particular.

Es decir, en posición singular, esquizofrénica, acusa al menor pero en su interés³⁵ Corresponde al Ministerio fiscal la defensa de los derechos que a los menores reconocen las leyes, así como la vigilancia de las actuaciones que deban efectuarse en su interés y la observancia de las garantías del procedimiento, para lo cual dirigirá personalmente la investigación de los hechos y ordenará que la Policía judicial practique las diligen-

35 A esta posición esquizofrénica, a las especialidades de la LORPM se refiere Luis María Delgado López; El Ministerio Fiscal como garante de los derechos del menor; Congreso Internacional de Derecho de Familia celebrado en Alicante en mayo de 2000, páginas 13 y siguientes.

cias necesarias para la comprobación de aquellos y de la participación del menor en los mismos (art. 6 LORPM).

- Es él quien hace efectivo el principio de oportunidad; no incoando, archivando.

1.3. De modo que interesa destacar

- La doble finalidad de la ley, sancionar y, sobre todo, educar
- Las especialidades del proceso con respecto al de mayores (1):
 - la instrucción se otorga solo al fiscal
 - que, asimismo, es el único que puede ejercitar la acción penal,
 - no estando, para hacerlo, encorsetado por el principio de legalidad.

1.4. Se hará referencia a alguna de las cuestiones que se plantean en la instrucción del procedimiento, en especial a la detención.

2. ALGUNAS CUESTIONES EN LA INSTRUCCIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE MENORES

2.1. La instrucción

2.1.1. ¿Qué? ¿Quién?

Como en todo proceso penal, dos objetivos tiene la instrucción en el expediente de menores; con ciertos matices, derivados de su especialidad. La clave la marca el art. 23.1 LORPM, que ha de ponerse en conexión con el art. 299 LECr

- Averiguar, investigar la perpetración de los hechos y valorar la participación del menor en ellos para expresarle el reproche su conducta. Todas, las adversas y las favorables al menor, para dar base a la posible acusación. Averiguar los hechos y hacerlos constar, esto es, preparar las pruebas que se manejarán en el juicio oral. Pero también conocer las concretas circunstancias personales, familiares, sociales del menor, con objeto de determinar las medidas de contenido educativo y sancionador adecuadas a las circunstancias del hecho y de su autor y, sobre todo, al interés del propio menor valorado en la causa. Punto 2.2, Diligencias de instrucción.
- Asegurar la persona del menor a los fines del expediente. Punto 2.3, Medidas cautelares.

Tales diligencias de instrucción son practicadas, ya está dicho, por el fiscal; auxiliado por la Policía en lo que se refiere a la investigación de los hechos y de la participación del menor; por el equipo técnico en cuanto a las medidas.

Algunas medidas, las restrictivas de derechos fundamentales no pueden ser adoptadas por el fiscal y habrán de serlo por el juez de menores.

Tiene asimismo intervención el propio menor, por medio de su abogado. Quizás el perjudicado; art. 25 LORPM.

Interesa hacer una referencia a la posición del menor en la instrucción del expediente.

2.1.2. Derechos del menor; art. 22.

El art. 1.3 LORPM establece, en general, que las personas a las que se aplique la presente Ley gozarán de todos los derechos reconocidos en la CE y en el ordenamiento jurídico, particularmente en la LO 1/96 de Protección Jurídica del Menor,

así como en la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, y en aquellas normas sobre protección de menores contenidas en los tratados válidamente celebrados.

El art. 22 LORPM los concreta para el momento de la instrucción...

- Desde el mismo momento de la incoación del expediente...
- El menor tendrá los derechos a que se refiere ese art. 22.1. Algunos son trasunto del art. 24 CE y del art. 118 LECr, que recoge el derecho de defensa en el ámbito del proceso penal; por eso cae en el mismo error que éste. Otros son específicos del proceso de menores, pensando en esa finalidad educativa que prima en la ley.
- El derecho de defensa [art. 22.1 a), b), c) LORPM]
 - Art. 24 CE “Asimismo, todos tienen derecho (...) a la defensa y asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos (...) a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables (...)”. El derecho básico, centro de gravedad es el derecho a no declarar contra sí mismo, el derecho a ser informado de la acusación está pensado en función de éste de negarse a declarar, el cual, a su vez queda garantizado por los derechos de asistencia y asesoramiento de abogado.
 - Art. 22.1 LORPM. La Ley (al igual que el art. 118 LECr) no se refiere al derecho a no declarar contra sí mismo, aunque no existe cuestión en aceptarlo, dado su reconocimiento constitucional. Sí se refiere a los otros derechos, con ciertas especialidades. Y así, el menor tiene derecho:

1. A ser informado por el juez, el Ministerio fiscal, o agente de Policía de los derechos que le asisten [art. 22.1 a) LORPM].
2. A designar un abogado que le defienda o a que le sea designado de oficio (a tal fin, el secretario, una vez se haya incoado el expediente, requerirá al menor en los términos del art. 22.2 LORPM), y a entrevistarse reservadamente con él, incluso antes de prestar declaración [art. 22.1 b) LORPM].
3. Por medio de él tiene derecho a conocer el expediente (tantas veces como lo solicite, en un plazo de 24 horas; art. 23.2 LORPM); en especial, el informe del equipo técnico, del que, el fiscal habrá de darle copia (art. 27.5 LORPM). Y a intervenir en las diligencias que se practiquen durante la investigación preliminar (y en el proceso judicial) y a proponer y solicitar, respectivamente, la práctica de diligencias [art. 22.1 c) LORPM]; (en la fase de instrucción) en los términos previstos en el art. 26 LORPM.

El derecho a intervenir en las diligencias de instrucción parece que debe ser matizado por lo dispuesto en el ATC 148/99, al menos en relación con la declaración de testigos. En el auto citado (referido a la LO 4/92) se resuelve sobre la alegación de vulneración del derecho de defensa en el supuesto en el que el letrado del menor no fue citado al interrogatorio de los testigos en trámite de instrucción. Partiendo del reconocimiento del derecho de interrogatorio de los testigos, señala el TC que este derecho no

comporta que su ejercicio deba ser llevado a cabo precisamente en el momento en que se produce la declaración de aquéllos, sino que basta con que pueda ejercitarse en algún momento del proceso, normalmente en el acto del juicio oral; al tratarse de un proceso de menores, en la audiencia. No acreditándose que se imposibilite el interrogatorio de los testigos a lo largo de todo el proceso, no se evidencia indefensión.

- Otros derechos, específicos.
 - A la asistencia afectiva y psicológica en cualquier estado y grado del procedimiento, con la presencia de los padres o de otra persona que indique el menor, si el juez de menores autoriza su presencia. Y a la asistencia de los servicios del equipo técnico adscrito al juzgado de menores [art. 22.1 e) y f) LORPM].
 - A ser oído por el juez o tribunal antes de adoptar cualquier resolución que le concierna personalmente (por ej., al adoptar cualquiera de las medidas cautelares) [art. 22.1 d), LORPM concreción del art. 9 LO 1/96 y del art. 12.2 de la Convención sobre los Derechos del Niño].

El art. 17 LORPM concreta los derechos del menor detenido; se verán al hilo de la detención. Quizás la cuestión más interesante esté en poner en relación este art. 22 LORPM con el art. 17 LORPM, que se refiere a los derechos del menor detenido; si los derechos del menor detenido deben verse, o no, a la luz de este art. 22 LORPM, más genérico. Se verá en aquel ámbito.

2.2. Diligencias de instrucción practicadas por el Ministerio fiscal; arts. 16 y 23.1

Habrán de practicarse (sólo) las imprescindibles para esclarecer la participación del menor en el hecho presuntamente constitutivo de delito o falta y la medida o intervención educativa más adecuada en su caso³⁶.

De este modo

- Cuando las diligencias practicadas en el atestado y, normalmente siempre que el procedimiento se inicie por denuncia, el fiscal practicará por sí u ordenará a la Policía las diligencias encaminadas a determinar los hechos y la participación del menor en ellos (art. 789.3 LECr aquí traído; arts. 6, 16.2 LORPM). El fiscal podrá practicar cualesquiera de las diligencias de investigación reguladas en la LECr (las del título V del libro II).
- Desde luego, con objeto de determinar las circunstancias personales, familiares, sociales concretas del menor, requerirá del equipo técnico la elaboración de informe en los términos previstos en el art. 27 LORPM.

Sobre las primeras: estas cuestiones.

- La declaración del menor
 - ¿Es necesaria en todo caso?
 - Sobre los principios generales del proceso penal, la respuesta habría de ser afirmativa... La primera diligencia que habría de practicarse, una vez incoado el expediente, es la declaración del menor, con el fin de oírle, de permitirle dar explicación sobre lo ocurrido (en paralelo a lo dis-

36 Circular de la FGE 1/00, página 54. Sobre el modo de valorar esa necesidad, ver Circular 1/00, páginas 55 y 56.

puesto por el art. 789.3 y 4 LECr para el procedimiento abreviado). En este mismo sentido, la LO 4/92 preveía como obligatoria la comparecencia del menor ante el juez de menores. Ello supuso, sin embargo, problemas prácticos... la práctica pone de manifiesto que el trámite de la comparecencia es “en muchos caso engorroso, dilatador, no aporta nada y supone una duplicidad de actuaciones”³⁷.

- Quizás para evitar esos problemas, la LO 5/00, en contra de lo que ocurría con la LO 4/92, solo prevé la obligatoriedad de la declaración cuando sea solicitada por el letrado del menor; art. 26.2 LORPM. Pero lo prevé como obligatorio en ese caso, para preservar el derecho de defensa, permitir al menor que se explique; o, si se quiere, la LORPM deja en manos del abogado el ejercicio del derecho de defensa en este ámbito.
- Ahora bien, si se admite, como hace la Circular 1/00 de la FGE³⁸ la posibilidad de juicio en ausencia del menor, podría darse la circunstancia de que contra él se impusiera una medida sin haberle oído ni una sola vez.

37 Fiscales de Menores de Madrid; La ley reguladora de la competencia de menores y el procedimiento de los juzgados de menores; Actualidad Penal 10/8, 14/03/93, página 149.

38 Circular de la FGE 1/00, páginas 90 y 91. Vigente la LO 4/92, la Instrucción 1/93, teniendo presente la regla 14, párrafo inicial de la ley, señalaba como presupuesto ineliminable para la celebración de la vista la presencia del menor, declarando que no había lugar a la aplicación supletoria de aquellos preceptos de la LECr que permiten celebrar el juicio en ausencia del acusado; frente a esta interpretación, el ATC 148/99, admitió el juicio en ausencia del menor declarando aplicable, “mutatis mutandi”, la regulación del juicio de faltas al proceso de menores en este aspecto.

- Forma. Precisamente por no ser preceptiva, pocas reglas prevé la Ley; puede traerse la regla del art. 17.2. LORPM sobre la declaración de detenidos (aunque ello pudiera ser discutible); asimismo, las reglas de la LO 4/1992; y, desde luego, sin perjuicio de aplicar supletoriamente la LECr.
 - Ya no ante el juez de menores, sino ante el fiscal.
 - El menor ya conoce que se ha abierto expediente contra él; y tiene abogado (art. 22.2 LORPM). Se le cita para la declaración, a la que habrá de asistir con quien ejerza la patria potestad, tutela o guarda (en su defecto en presencia de representante del MF, distinto del instructor; art. 17.2 LORPM).
- El menor tiene los mismos derechos que cualquier imputado (art. 22 LORPM; art. 118 y concordantes LECr). Por ello, antes de la declaración, el fiscal le informará en lenguaje claro y sencillo, adecuado a su edad, de los hechos objeto de la diligencia, así como de su derecho a no prestar declaración y a no reconocerse autor de los hechos (párrafo 4º, regla 6ª LO 4/1992).
- Mayores problemas plantea el valor de esta declaración del menor; en concreto, si tal declaración puede ser valorada como prueba de cargo por el juez, vía art. 714 LECr Las SSTs de 28 de febrero, 20 de julio, 27 de diciembre de 2000 aclaran que las declaraciones a que se refiere el art. 714 LECr son las realizadas, una vez iniciado el sumario, ante el juez de instrucción... El legislador solo permite al tribunal juzgador acudir a las diligencias del sumario en los casos de los art. 714 LECr y valorarlas como pruebas de cargo, en virtud de la garantía de imparcialidad que representa la figura del juez de instruc-

ción y sobre la base de que dichas diligencias, además, se han llevado a cabo con absoluto respeto a las exigencias constitucionales. No cabe dudar del más escrupuloso respeto por el fiscal de las exigencias constitucionales (vid. art. 6 LORPM). Pero el fiscal es parte, parte imparcial (en clásica definición de la posición del fiscal en el proceso penal) pero parte, con lo que parece que cae, al menos en parte, la primera de las exigencias a que se refiere el TS. La cuestión es más honda, y lleva a la necesidad de definir la figura del fiscal en el proceso de menores, algo que el legislador no ha hecho³⁹.

- Reconocimientos en rueda. Sobre la idea de que deben evitarse salvo cuando sean estrictamente necesarias, es cuestión quién deba realizarla.
 - En el procedimiento... En principio, el fiscal, aunque “si se profundiza en la cuestión, se llegará a un criterio distinto. La diligencia de reconocimiento en rueda es irreproducible en la audiencia por su propia naturaleza. Participa, por ello, en cierta medida, de las características de la prueba anticipada que necesariamente está reservada al juez (ver Circular 1/89 de la FGE sobre el procedimiento abreviado). Por tanto, se entiende que tal diligencia ha de ser practicada por el juez de menores”⁴⁰.

39 José Luis Gómez Arroyo se refiere a la naturaleza administrativa de la función del fiscal en la instrucción en el proceso de menores; Consideraciones sobre el secretario judicial en la sección de menores de la fiscalía; Diario La Ley nº 5270 y 5271. El auto de 18 de marzo de 1997 dictado por la S. 1ª de la AP de Burgos califica las diligencias de instrucción del fiscal como “meramente administrativas”. (38)

40 Fiscales de menores de Madrid; obra citada, página 146. Frente a la idea de la necesidad de que la rueda de reconocimiento sea practicada ante el juez, Almudena Lastra de Sintés señala, con cita del auto de 25 de abril de la AP de Madrid, la posibilidad de que sea el fiscal quien la practique; La fase de investigación. La actuación instructora. Las soluciones extrajudiciales; Estudios Jurídicos del Ministerio fiscal VI-2000, página 229. En la práctica, tal diligencia viene siendo realizada por el fiscal.

- Si se realiza policialmente, habrá de solicitarse autorización previa... al juez o, al menos, al fiscal. Se debe, no obstante, evitar su práctica en la Policía, en tanto diligencia judicial. Y ello, sin perjuicio de la posibilidad de reconocimiento fotográfico.
- Careos. En consonancia con la excepcionalidad de la prueba de careo en la LECr, indica el art. 25.V LORPM que la prueba de careo se practicará (sólo) cuando resulte fundamental para la averiguación de los hechos o la participación del menor en ellos. Más aún si afecta al menor o a testigos menores de edad (lo que no es infrecuente), en cuyo caso habrá de tenerse en cuenta lo dispuesto en los arts. 455 y 713 de la LECr, modificados por LO 14/99⁴¹.

2.3. Medidas cautelares personales

Se trata de asegurar la persona del menor a los fines del expediente. Una medida cautelar previa, la citación. Si no basta, la (privativa de libertad) de detención. Quizás otras medidas. De éstas interesa hacer una referencia a la detención.

2.3.1. La detención

La Ley solo se refiere, en su art. 17 a los derechos del menor detenido. Es necesario, por tanto, completar tal regulación con la prevista en la LECr.

¿Quién?

Según lo dispuesto en la LECr:

41 Sobre la cuestión, Coral Arangüena Fanego; La reforma de la LECr en materia de prueba testifical y careos con menores de edad; Revista de Derecho Penal, Lex Nova, nº 2; páginas 64 a 66.

- Cualquier persona puede (tiene derecho) a detener al menor que se hallare en alguno de los casos previstos en su art. 490.
 - A quien intentare cometer un delito en el momento de ir a cometerlo, y al delincuente in fraganti.
 - Al que se fugare...
 - Estando detenido o preso por causa pendiente.
 - De la cárcel en que estuviere esperando su traslación al establecimiento penal o lugar en que deba extinguir condena que se hubiere impuesto por sentencia firme.
 - Al ser conducido a ellos o hallándose en ellos.
 - Al procesado o condenado en rebeldía.
- La Autoridad (el Ministerio Fiscal, según el art. 5 EOMF) o agente de la Policía tendrán obligación de detener (art. 492 LECr) a:
 - Quien esté en alguno de los supuestos anteriores.
 - Quien esté en alguno de los supuestos previstos en el art. 492.
 - El procesado por delito con pena superior a la de prisión (menor) de tres años: o inferior si sus antecedentes o las circunstancias del hecho hicieran presumir que no comparecerá cuando sea llamado por la autoridad judicial, salvo que preste en el acto fianza bastante.
 - La persona respecto de la cual existen motivos bastantes para creer que tuvo participación en un hecho que presente caracteres de delito, si como en el caso anterior, hay base para presumir que no comparecerá, y no preste fianza.

- El funcionario de la Policía judicial no puede detener por simples faltas, a no ser que el presunto culpable no tuviere domicilio conocido ni diere fianza bastante a juicio de aquél (art. 495 LECr).

Tal regulación de la LECr, ya de por sí bastante estricta, es necesario restringirla aún más...⁴²

- No hay cuestión en admitir la detención en los supuestos a que se refiere el art. 490 LECr.
- Sí es necesario restringir los del art. 492 LECr...
 - A los delitos graves, penados con pena de prisión superior a tres años.
 - A los delitos menos graves, en supuestos de especial habitualidad.
- Desde luego, no es posible detener por simples faltas.

El funcionario de Policía judicial que no pueda detener a una persona por estar comprendida en estos supuestos, deberá tomar nota del nombre, apellidos y demás circunstancias bastantes para identificar a la persona que debería ser detenida (art. 493 LECr). No parece que exista problema, en su caso, en aplicar el art. 20 de la LO 1/92, de Seguridad Ciudadana.

Forma

La detención, dice el art. 17.1 LORPM (paralelo al art. 520.1 LECr) se practicará de la forma que menos perjudique al menor. Lo que se refiere, dice Teresa Gisbert⁴³ no solo a la forma material de llevar a cabo la detención, posible utilización de

42 Almodena Lastra de Inés; obra citada, página 218, cita como fundamento las normas internacionales, el art. 37 b) de la Convención sobre Derechos del Niño, según el cual, "la detención (...) se utilizará tan solo como medida de último recurso y durante el periodo más breve que proceda" y normas concordantes. En este sentido las Instrucciones dadas a la Ertzaintza y Policía local por las fiscalías del País Vasco.

43 Teresa Gisbert; Las medidas cautelares -en la LORPM-; Curso sobre la LO 5/00, Madrid, 3 al 6 y 11 al 13 de junio de 2001.

grilletes, fuerza,... sino también a los signos externos de la misma y al necesario respeto a la intimidad y al honor del menor, mediante la utilización de vehículos policiales sin distintivos propios, agentes de Policía de paisano, no intervención en la puerta del domicilio del menor o en el interior del colegio, instituto,...

En especial, ...

- Mientras dure la detención (art. 17.3 LORPM)...
 - Recibirán los cuidados, protección y asistencia social, psicológica, médica y física que requieran, habida cuenta de su edad, sexo y características individuales. Cabe plantearse la posibilidad de entender comprendida en la asistencia psicológica una entrevista del menor con sus padres (en presencia policial, por tiempo limitado); siempre que ello no suponga entorpecimiento de las investigaciones.
 - Deberán hallarse custodiados en dependencias adecuadas y separadas de las que se utilicen para los mayores de edad; en el mismo sentido, el art. 54.1 LORPM señala que (...) la detención (...) se ejecutará en centros específicos, diferentes de los previstos en la legislación penitenciaria para la ejecución de las condenas penales y medidas cautelares privativas de libertad impuestas a los mayores de edad. Que podrá ser un centro de reforma, si la detención fue ordenada por el fiscal, si está bajo su custodia tras haber sido puesto por la Policía a disposición de la fiscalía de menores (ver Instrucción 1/93 de la FGE). ¿Y en las propias dependencias de la Policía? En la práctica, aunque no es posible la detención en un centro de reforma, así viene admitiéndose.
- La detención no podrá durar más tiempo del previsto en la Ley; esta cuestión merece una atención especial...

Tiempo

Según el art. 17.4 LORPM, (paralelo al art. 17.2 CE) la detención de un menor por funcionarios de la Policía no podrá durar más tiempo

- del estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos... límite intrínseco...
- y, en todo caso, dentro del plazo máximo de veinticuatro horas, el menor detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición del Ministerio fiscal ...límite extrínseco ...que podrá ser ampliado por el juez de menores en los casos del art. 520 bis LECr (al que se remite expresamente el art. 17.4 de la ley; remisión que no deja de plantear problemas, ahora se verá).
 - La regla general habrá de ser la de que el menor sea puesto en libertad.
 - Y solo habrá de ser puesto a disposición del fiscal en casos de delitos especialmente graves (por ej., homicidio, asesinato, agresión sexual, abuso sexual, detención ilegal, robo con armas o con lesiones, tráfico de drogas de los arts. 369 y 370 CP), en supuestos de grave reiteración delictiva y en aquellos otros en que existan fundadas sospechas de que el menor tratará de sustraerse a la acción de la justicia⁴⁴.

Cuando el detenido sea puesto a disposición del Ministerio fiscal, dentro de las cuarenta y ocho horas a partir de la detención (art. 17.5 LORPM)...

- habrá de resolver, sobre el desistimiento o sobre la incoación del expediente.

⁴⁴ En este sentido las Instrucciones dadas a la Ertzaintza y Policía local por las fiscalías del País Vasco.

- poniendo al menor a disposición del juez de menores competente instando del mismo las oportunas medidas cautelares.
 - Teresa Gisbert⁴⁵ critica la redacción del segundo inciso, en tanto el fiscal, que instruye el expediente, de estimarlo procedente, lo que hace es solicitar del juez la adopción de alguna medida cautelar, y si éste la adopta es, entonces, cuando queda efectivamente a su disposición. El matiz es importante, en tanto está planteando la posibilidad de que el juez de menores pueda prorrogar la detención más allá de las 48 horas de que dispone el fiscal; en definitiva, si es aplicable o no el art. 497 LECr...
 - Sobre el art. 28 LO 5/00... La ley nada dice del plazo en el que se deba celebrar la comparecencia para pedir el internamiento. La Circular 1/00 de la FGE⁴⁶ señala el plazo de 72 horas a que se refiere el art. 497 LECr. La circular está admitiendo, así, la posibilidad de que el juez de menores pueda detener al menor más allá de las 48 horas a que se refiere el art. 17.5 LORPM, cuestión cuanto menos discutible... Es necesario poner en relación el art. 28 de la ley con el art. 17.4 y 5 de la LORPM y, a su vez, éstos con el art. 17.2 CE y con el art. 497 LECr, todos ellos sobre la regulación del tiempo de detención.
 - El punto de partida, necesariamente ha de ser el art. 17.2 CE, que prevé que la detención preventiva no podrá durar más tiempo del estricta-

45 Teresa Gisbert; Análisis del procedimiento. Sus fases. Las demás partes en el proceso; Estudios Jurídicos del Ministerio fiscal VI-2000, página 174.

46 Circular de la FGE 1/00, página 53.

mente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos (límite intrínseco) y, en todo caso, dentro del plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición judicial (límite extrínseco).

- Se discutió si ese límite de setenta y dos horas lo es el máximo de la detención o el máximo de la detención por la Policía judicial, pudiendo el juez prorrogarla por otras setenta y dos horas conforme al art. 497 LECr. Pues bien, a pesar de que parece una interpretación más acorde con la CE la primera de ellas, la práctica ha impuesto la segunda, sin que exista pronunciamiento en contra por parte de los tribunales.
- La LORPM señala un plazo de detención por el fiscal, como máximo de 48 horas (art. 17.5 LORPM); y, a su vez prevé que en la comparecencia de su art. 28 podrán solicitarse pruebas que puedan practicarse en el acto o en el plazo máximo de 24 horas, en el que, obviamente, el menor estará detenido... ¿No parece lógico pensar que la detención judicial no pueda ir más allá de esas 24 horas, de tal modo que el menor no estuviera detenido nunca más allá de las 72 horas señaladas por el art. 17.2 de la CE? Desde este punto de vista, no sería aplicable el art. 497 LECr, en contra de lo señalado por la Circular 1/00 de la FGE.
- La decisión del legislador de establecer un plazo de detención de 48 horas (por debajo del de 72 horas) es loable, por garantista, pero, sin duda va a traer problemas prácticos, sobre todo en las detenciones realizadas en fin de semana y en fiscalías pequeñas (Vitoria).

- Se planteaba la cuestión sobre la necesidad de que, tanto el fiscal como el juez de menores estuviesen continuamente de guardia; ambas cuestiones han sido resueltas. La primera de ellas en la Instrucción 2/00 de la FGE, que se refiere a la posibilidad de que las guardias de menores sean desempeñadas, ya por los fiscales de menores, ya por los fiscales del resto de la fiscalía; la segunda, por Acuerdo de 10 de enero del Pleno del CGPJ, que prevé, caso de que no exista servicio de guardia propio y se suscite su necesidad fuera de las horas de audiencia del juzgado de menores, la posibilidad de que el juez de instrucción sustituya al juez de menores a la hora de adoptar las medidas cautelares.
- Ello, no obstante, no resuelve todos los problemas, si tenemos en cuenta que es posible que, en el caso previsto en el art. 17.2 in fine de la ley, otro fiscal deba estar presente en la declaración del menor detenido. Más aún si el menor interesa la incoación del procedimiento de habeas corpus; desde luego el fiscal que informe en él habrá de ser distinto que el instructor del expediente, pero ¿podrá serlo el que ha estado presente en la declaración? ¿Cuántos fiscales tiene que haber de guardia?
- Por otro lado, es discutible la posibilidad de sustitución del secretario del juzgado de menores por el secretario del juzgado de instrucción de guardia⁴⁷.

Derechos (art. 17.1, 2 y 3 LORPM, en regulación paralela al art. 17.3 CE y el art. 520. 2 y siguientes LECr).

Establece el art. 17 de la ley los derechos a ser informado y a la asistencia de abogado recogidos también en el art. 22 de la

⁴⁷ La cuestión la plantea José Luis Gómez Arroyo; A vueltas con el régimen sustitutorio de los secretarios judiciales.

ley; y el derecho a negarse a declarar, no recogido expresamente en el art. 22 de la ley, lo cual no implica que no se reconozca al menor imputado. Salvo en esto, las regulaciones son paralelas. Pero en el art. 17 LORPM está el hecho específico de la privación de libertad del menor imputado, lo cual origina una situación más pesada para éste, por eso se prevén medios de defensa específica frente a la privación de libertad. Son el derecho a que sea inmediata y comprensible la información de las causas de detención y sus derechos, entre los cuales está la asistencia de abogado, pero no como un derecho que se deja en manos del detenido (al modo como el art. 22 de la ley lo deposita en el imputado), sino como derecho que se garantiza.

El centro de gravedad es el derecho a no declarar; el derecho a ser informado está pensado en función de este derecho a no declarar; el cual, a su vez, queda garantizado por los derechos de asistencia y asesoramiento de abogado y los demás señalados en la ley.

- Derecho a ser informado: Todo menor detenido será informado, en lenguaje claro y comprensible y de forma inmediata, de los hechos que se le imputan, de las razones de la detención y de los derechos que le asisten, especialmente de los reconocidos en el art. 520 LECr.
- Derecho a no declarar:
 - Derecho a guardar silencio no declarando si no quiere, a no contestar alguna o algunas de las preguntas que le formulen o a manifestar que solo declarará ante el fiscal.
 - Derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable.
- Derecho de asistencia y asesoramiento por un abogado. Otros derechos.

- Derecho de asistencia y asesoramiento por un abogado. Derecho irrenunciable salvo lo dispuesto en el art. 520.5 LECr: renunciable si la detención lo fuere por hechos susceptibles de ser tipificados exclusivamente como delitos contra la seguridad del tráfico (para lo que habrá de tenerse en cuenta la especial naturaleza del tipo recogido en el art. 380 CP y lo dispuesto en el art. 383 CP); la renuncia habrá de hacerse en presencia del representante legal del menor o de su guardador de hecho o de derecho (a quienes, como ahora se verá, es necesario notificar la detención). Con este contenido...
 - [Asistencia] + Principalmente su presencia: toda declaración del detenido se llevará cabo en presencia de un letrado (art. 17.2 LORPM, ab initio). + Pero también cabe solicitar, en su caso, que se informe al detenido de sus derechos y que se proceda al reconocimiento médico del art. 520.2 f) LECr [art. 520.6 a) LECr]; solicitar del fiscal o funcionario que hubiera practicado la diligencia en que hubiere intervenido, una vez terminada ésta, la declaración o ampliación de los extremos que considere convenientes, así como la consignación en el acta de cualquier incidencia que haya tenido lugar durante su práctica [art. 520.6 b) LECr].
 - [Asesoramiento] Entrevistarse reservadamente con el detenido al término de la práctica de la diligencia en que hubiere intervenido [art. 520.6 c) LECr]; con el fin obvio de que le asesore.
- Y estos derechos...
 - + Derecho a que se notifique inmediatamente el hecho de la detención y el lugar de custodia a los representantes legales del menor y [también,

no alternativamente, como prevé el art. 520.2 d) LECr] al Ministerio Fiscal; tal notificación al fiscal puede realizarse vía fax. Los que ejerzan la patria potestad, tutela o guarda del menor –de hecho o de derecho–, salvo que, en este último caso, las circunstancias aconsejen lo contrario, estarán presentes en la declaración del menor; en defecto de estos últimos, la declaración se llevará a cabo en presencia del fiscal, representado por persona distinta del instructor del expediente (art. 17.2 LORPM). Almudena Lastra de Inés critica el precepto, por cuanto exige la necesaria presencia de un representante del Ministerio Fiscal, en ciertos casos, en la declaración policial, en tanto que supone un desconocimiento por el legislador de la función constitucional y del Estatuto del Ministerio fiscal⁴⁸. Por su parte, Teresa Gisbert⁴⁹ no entiende que el fiscal que deba estar presente sea persona distinta al instructor, pues si bien parece que lo que se pretende es mantener la imparcialidad del fiscal instructor haciéndolo coincidir en una persona distinta de aquel otro que debe decidir sobre si solicita o no el internamiento del menor, parece mucho más positivo que sea el propio fiscal que va a instruir el procedimiento quien explore al menor, pues la inmediatez de la exploración, la forma de responder del menor, su actitud proporcionan al fiscal una información valiosísima. + Si el menor detenido es extranjero, el hecho de la detención se notificará a las correspondientes autoridades consulares cuando el menor tuviera su residencia habi-

48 Almudena Lastra de Inés; obra citada, páginas 219 y 220.

49 Teresa Gisbert; última obra citada, página 172.

tual fuera de España o cuando así lo solicitaran el propio menor o sus representantes legales (¿y el Ministerio fiscal?)

- Derecho a ser asistido gratuitamente por un intérprete cuando se trate de menor extranjero que no comprenda o no hable el castellano [art. 520.2 e) LECr].
- Derecho a ser reconocido por el médico forense o su sustituto legal y, en su defecto, por el de la institución en que se encuentre, o por cualquier otro dependiente del Estado o de otras administraciones públicas [art. 520.2 f) LECr].

Ha de plantearse la relación entre los arts. 17 y 22 LORPM. En concreto, ¿ha de reconocerse al menor detenido el derecho a la entrevista reservada con el abogado, incluso antes de prestar declaración? La respuesta parece que ha de ser negativa, si bien la cuestión es muy discutida⁵⁰.

- Desde una interpretación gramatical. El art. 22 LORPM otorga al menor esos derechos “desde el mismo momento de la incoación del expediente”, es decir, desde el decreto de incoación del fiscal, no desde un momento anterior. Por otro lado, es cierto que el art. 22 se refiere al agente de Policía, cuya actuación, en ciertas ocasiones, será la detención del menor; pero no necesariamente será ésa su actuación, más aún si se limita la posibilidad de detener como aquí se ha hecho.
- Desde una interpretación sistemática.
 - Tanto la CE como la LECr como la LORPM se refieren al derecho de defensa en dos ámbitos distintos, estableciendo dos regulaciones que, si bien pa-

50 Así, Almudena Lastra de Inés; obra citada, página 233... reconoce el derecho a la entrevista previa con letrado incluso en la declaración policial.

ralelas y, en gran modo similares, tienen ciertas diferencias.

- En general, se refiere la CE al derecho de defensa, en su art. 24, al hilo del derecho a la tutela judicial efectiva,... “sin que en ningún caso pueda producirse indefensión”; “asimismo, todos tienen derecho (...) a la defensa y asistencia de Letrado”. La LECr concreta la regulación de este derecho en su art. 118, que, tras reconocer en su párrafo primero que “toda persona a quien se impute un acto punible podrá ejercitar el derecho de defensa, actuando en el procedimiento”, prevé, en su párrafo tercero, que para ejercitar este derecho, “las personas interesadas deberán ser (...) defendidas por Letrado”. La LORPM, en su art. 22.
- En concreto, para las personas detenidas, la CE regula el derecho de defensa en su art. 17.3, en el que se establece que se garantiza la asistencia de un abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la ley establezca. Esa ley es el art. 520 LECr, que prevé la asistencia letrada como preceptiva, exceptuando lo dispuesto en su apartado 5. La LORPM lo regula en su art. 17, que se remite, ya está visto, expresamente al art. 520 LECr.
- Llama, sin embargo, la atención que en este caso la Ley, al contrario de lo que ocurre en la CE y en la LECr, otorgue una mayor protección al menor imputado que al menor detenido. Ello puede tener su explicación en la tramitación parlamentaria de la ley: el art. 22 LORPM no existía en el inicial proyecto del Gobierno, debiéndose su redacción a una enmienda del Grupo Socialista en el Congreso, que,

sin embargo, refería el precepto al menor imputado. En la redacción definitiva se habla del menor expedientado. Parece que la voluntad del legislador es reconocer tales derechos únicamente al menor contra el que se haya abierto expediente (17).

- La importancia de la cuestión debe, sin embargo, relativizarse...
 - El TC entiende que la negativa a la entrevista previa no vulnera el derecho de defensa, ya que al concederse con posterioridad a esa declaración policial y con carácter previo a la declaración judicial, cualquier vulneración anterior cometida en dependencias policiales quedaría subsanada⁵¹.
 - Sobre todo, conforme indican las SSTS de 28 de febrero, 20 de julio, 27 de diciembre de 2000 (referidas más arriba; ver declaración del menor) no pueden valorarse las manifestaciones (incriminatorias) prestadas ante la Policía (aun en presencia de un letrado) luego desdichas ante la autoridad judicial (el fiscal en este caso).

Es posible la suspensión de los derechos en los casos previstos en el art. 55.2 CE; en especial en las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas y elementos terroristas. A la que se refieren los arts. 520 bis y 527 LECr, también aquí aplicables según el art. 17.4 de la ley; siendo el juez de menores quien deba adoptar las resoluciones judiciales previstas en dicho precepto. La aplicación de la legislación antiterrorista a los menores, sin embargo, no está exenta de problemas, alguno casi irresoluble. La Circular de la FGE 2/01

51 Algunas de estas ideas pueden encontrarse en la página web www.Fiscalía.org, en el Foro sobre menores.

intenta dar solución a las cuestiones planteadas, en algunos casos quizás forzando la interpretación de la ley⁵².

- En relación con la prórroga de la detención: ¿Cómo es posible que la Policía la solicite con una antelación de 24 horas si el tiempo máximo de detención es precisamente de 24 horas? Salvado este escollo, ¿cómo salvar el plazo de 48 horas a que se refiere el art. 17.5 LO 5/00?
 - La circular soluciona el primero de los problemas, entendiendo que la remisión directa que hace el art. 17.4 LORPM al art. 520 bis LECr supone una derogación del régimen general de detención de menores establecido en aquel precepto en lo que se refiere al plazo máximo de la detención policial y a su posible prórroga. Por ello, en los supuestos específicos del art. 520 bis LECr se ha de entender que la detención gubernativa tiene una duración máxima ordinaria de 72 horas, parificándose el tratamiento del detenido adulto y del menor.
 - No se refiere, sin embargo, la circular a la segunda de las cuestiones ¿cómo salvar el plazo de 48 horas a que se refiere el art. 17.5 LO 5/00? Se entra, de este modo, en un callejón sin salida.
- ¿Cómo conjugar la incomunicación con los derechos que la LO 5/00 reconoce al menor? Señala la circular, en interpretación sistemática de los arts. 17 LORPM y 520, 520 bis y 527 LECr que el menor:
 - No podrá designar un letrado de su elección, por lo que el letrado que le asista será de oficio; lo que no plantea problemas.

52 Circular de la FGE, páginas 22 y 23, 26 a 28. Un intento de solución ya había sido aportado por Jesús María Izaguirre Guerricagoitia; La aplicación al menor de edad de la legislación procesal antiterrorista a la luz de la Ley de Responsabilidad Penal del Menor; Diario La Ley nº 5240, 5 de febrero de 2001.

- No podrá entrevistarse reservadamente con su abogado, ni antes ni después de la declaración. Ahora bien, el art. 527 LECr se refiere exclusivamente a la entrevista posterior y la LORPM no prevé excepción al derecho a la entrevista previa. ¿Cuál es la base legal para excluir la aplicación de la LORPM en este aspecto?
 - No podrá comunicar a sus familiares o a otra persona de su elección el hecho de la detención y el lugar de custodia. Subsisten, sin embargo, la obligación legal de notificar dichas circunstancias a quienes ejerzan la patria potestad, la tutela o la guarda de hecho del menor. Y el derecho del menor a que estas personas asistan al menor durante la detención, en los términos del art. 17.2 LORPM.
- Por fin, señala la circular que el régimen excepcional de prórroga e incomunicación no es aplicable al delito de apología del terrorismo, aunque haya sido reincorporado al Código Penal por la LO 7/00 en el art. 578, como parte integrante de la sección “De los delitos de terrorismo”. La excepción obedece a que el delito apología del terrorismo no se identifica con los delitos de naturaleza terrorista a efectos de la aplicación del art. 520 bis LECr, de acuerdo con la doctrina fijada en la STC 199/87, de 16 de diciembre. En el mismo sentido se pronuncia la circular en relación con el delito de humillación o menosprecio a las víctimas del terrorismo, tipificado también en el art. 578 CP.

Reseñas fotográficas y huellas⁵³

Se realizará una reseña completa en aquellos delitos que entrañen gravedad y/o reincidencia por parte de los autores, siempre que se considere necesario para esclarecer el delito o

⁵³ Instrucciones dadas a la Ertzaintza y Policía local por las fiscalías del País Vasco.

facilitar las diligencias de investigación del delito cometido o de otros delitos que pudieran haber sido realizados por los mismos autores. En los casos de robo con violencia y/o intimidación se realizará una reseña fotográfica para la identificación del autor en reconocimiento fotográfico; en los de robo con fuerza, una reseña dactilar para contraste con posibles rastros lofoscópicos localizados durante la inspección ocular en el lugar de los hechos.

Los álbumes que contengan las reseñas fotográficas de los menores deben estar separados del resto y ser utilizados únicamente si existe necesidad por el hecho de que los autores sean menores de edad.

Habeas Corpus (art. 17.6 LORPM)

Dos reglas, sobre competencia y procedimiento:

- El juez competente será el juez de instrucción del lugar donde el menor se hallare privado de libertad; si no constare, el del lugar donde se produjo la detención, y, en defecto de los anteriores, el del lugar donde se hayan tenido las últimas noticias sobre el paradero del menor detenido. En su caso, el juez central de instrucción.
- Cuando el procedimiento sea instado por el propio menor, la fuerza pública responsable de la detención lo notificará inmediatamente al Ministerio Fiscal, además de dar curso al procedimiento conforme a la LO reguladora.

**APLICACIÓN
EN LA COMUNIDAD
AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO
DE LA LEY
DE RESPONSABILIDAD PENAL
DE LOS MENORES**

SERAFÍN MARTÍN CORRAL

Coordinador del Equipo Psicosocial Judicial de la CAE

I - EL EQUIPO TÉCNICO

A - Características que marca la Ley y su organización en la CAE

Desde 1988, junto a la incorporación de jueces especializados a los juzgados de menores que poco antes, en 1985, habían sustituido a los antiguos tribunales tutelares de menores, se produjo también la adscripción de forma permanente a estos juzgados de los denominados equipos técnicos, formados por psicólogos, trabajadores sociales y educadores. La Ley Orgánica 4/1992, antecedente inmediato de la Ley Orgánica 5/2000, reconocía expresamente la existencia de tales equipos y prefiguraba ya algunas de sus funciones.

Actualmente, la Ley 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, determina pormenorizadamente cuáles son las funciones que se le atribuyen al equipo técnico y los momentos procesales en los que se va a requerir su presencia e intervención.

El apartado 7 de la exposición de motivos de esta ley señala que *“en el Derecho penal de menores ha de primar, como elemento determinante del procedimiento y de las medidas que se adopten, el superior interés del menor. Interés que ha de ser valorado con criterios técnicos y no formalistas por equipos de profesionales especializados en el ámbito de las ciencias no jurídicas, sin perjuicio desde luego de adecuar las medidas a principios garantistas generales tan indiscutibles como el prin-*

cipio acusatorio, el principio de defensa o el principio de presunción de inocencia.”

Este punto define, por tanto, cuál ha de ser el principio rector de las intervenciones y valoraciones del equipo técnico en los diferentes momentos que se le requiera, bien sea para una actuación asistencial al menor, bien en el asesoramiento al fiscal y al juez, o en la mediación.

En la propia ley se distinguen dos tipos de dependencia del equipo técnico: una funcional y otra orgánica. Se especifica una dependencia funcional del Ministerio fiscal, aunque es evidente que ésta se acompaña de otra del juez de menores, puesto que éste podrá solicitar también la realización de diferentes informes de asesoramiento no sólo en la fase postsentencial de ejecución de las medidas, sino en el desarrollo del propio procedimiento.

Respecto a la dependencia orgánica, encontramos que en la CAE los diversos equipos técnicos, de psicólogos, trabajadores sociales y educadores, asesores en temas de su especialidad a los órganos judiciales, fueron transferidos al Gobierno Vasco en 1996, pasando a depender de la Consejería de Justicia.

Posteriormente, desde hace unos dos años, siguiendo el principio de racionalización de los servicios de la Administración pública, se modificó la adscripción que tenían cada uno de esos profesionales a un único órgano judicial, y pasaron a componer el Equipo Psicosocial Judicial. Este equipo constituye hoy en día el servicio que atiende las solicitudes relativas a su campo de especialidad proveniente de cualquier órgano judicial de la CAE. Está compuesto por psicólogos, trabajadores sociales y educadores, y organizado en tres equipos, ubicado cada uno de ellos en Bilbao, San Sebastián y Vitoria.

Son estos profesionales, por lo tanto, quienes, actuando como equipo técnico en los casos que marca la Ley 5/2000,

dan respuesta a los requerimientos que se les hacen en materia de responsabilidad penal de los menores.

En la disposición final tercera punto 5 de la ley, se advertía que *“El Gobierno a través del Ministerio de Justicia, sin perjuicio de las competencias asumidas por las Comunidades Autónomas, y en el plazo de seis meses desde la publicación de la presente Ley en el Boletín Oficial del Estado, adoptará las disposiciones oportunas para la creación de los cuerpos de psicólogos, educadores y trabajadores sociales forenses.”*

Sin embargo, el Gobierno no sólo no ha dado respuesta a ese mandato que conllevaba un reconocimiento y regulación de los equipos y de los profesionales que los forman, sino que en las modificaciones legales que se introdujeron antes de que comenzara a estar vigente la ley (LO 9/2000) fue suprimida dicha disposición. Por lo tanto, tenemos que la LO 5/2000 confiere a estos técnicos un importante número de intervenciones, les asigna nuevas funciones e incrementa su responsabilidad en todas las actuaciones; pero, por otra parte, ha dejado su rol, la regulación y la distribución de funciones en la indefinición. Esto ha dado lugar a conocidos problemas en alguna comunidad autónoma, debido, entre otros motivos, por ejemplo, a la falta de regulación del necesario sistema de guardias.

En la CAE se ha ido produciendo una regulación paulatina del funcionamiento de los equipos, según requiere la realización de las nuevas funciones, aunque se ha prescindido hasta ahora también de su constitución como cuerpos forenses. Se ha racionalizado el servicio por medio de ese nuevo modelo de organización y la fijación de un sistema de coordinación.

Mediante una valoración de los puestos de trabajo, anterior a la aplicación de esta ley, se aprobó una RPT que reconoce las funciones y tareas de estos profesionales. Tales valoraciones se hallan actualmente en revisión, una vez iniciada la aplicación de la nueva ley por las nuevas exigencias que conlleva, así como por el paso de un convenio laboral específico a la

integración en el Convenio de Colectivos Laborales de la Administración de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

Han transcurrido seis meses desde la implantación de la Ley 5/2000, y el consiguiente incremento de nuevas funciones y tareas y el elevado volumen de trabajo producido han exigido también el incremento del número de profesionales que forman estos equipos con otros de refuerzo, y se ha implantado un sistema de guardias para atender las incidencias que se presentan fuera de la jornada laboral. En este sentido, confluyen algunas características que condicionan la dinámica y forma de trabajo de estos equipos. Por una parte, actualmente la mayoría de los profesionales que los componen son interinos y los apoyos que se han incorporado debido a las exigencias de la nueva legislación lo han hecho en calidad de refuerzos, con contrataciones de seis meses, a la espera de que se consoliden tales plazas como vacantes. Esto exige procesos de adaptación que no se aprovechan, así como la incertidumbre asociada a las dudas de continuidad. Entre los profesionales fijos, que en su día superaron la oposición correspondiente, se espera, como ya se refiere, una revisión de valoraciones de los puestos de trabajo acorde a las nuevas funciones y exigencias.

Todo esto supone que los equipos psicosociales se encuentran también con una serie de características en la composición interna que naturalmente condicionan su dinámica. Para favorecer la dinámica de cohesión y formación de grupo, se están llevando adelante varias iniciativas. A través de los coordinadores se propicia la transmisión de información en todos los sentidos y se está generando una coordinación activa entre los equipos, con el fin de desarrollar formas y criterios comunes de actuación. Por otra parte, desde comienzos del presente año se ha empezado a desarrollar también una formación específica para los propios equipos que supone una profundización común en presupuestos teóricos y técnicos, y ocasiones de debate entre todos sus miembros. De otro lado, está constituida una comisión, denominada de protocolos, formada por miem-

bros de todos los equipos y por los tres grupos profesionales, que es la responsable de ir elaborando documentos y protocolos de actuación comunes.

B - Funciones básicas

Las funciones del equipo técnico que regula la ley pueden ser sintetizadas en tres núcleos básicos de actuación:

- dando respuesta a las solicitudes de asistencia de los usuarios del servicio;
- ofreciendo asesoramiento por medio de evaluaciones e informes;
- efectuando intervenciones mediacionales.

Para dar respuesta a estos tres núcleos, será preciso, según acuerda la ley, desarrollar el siguiente ramillete de tareas:

- Asistencia psicológico-social a los menores, cuando así se requiera. Se entiende que son actuaciones puntuales y que cuando las necesidades de atención del menor exijan un tratamiento prolongado, el equipo técnico habrá de derivarlo a los servicios profesionales correspondientes.
- Elaborar informes escritos de asesoramiento que den respuesta a todas las situaciones que prevé la ley, cuando así sea solicitado por el Ministerio fiscal o por el juez. Hay que considerar que, una vez que ha sido solicitado un informe, la asistencia del menor a la exploración tendrá un carácter de obligatoriedad, como la tiene también la cumplimentación del informe por el equipo.
- Aportar propuestas en el informe de situación, para que el menor realice una intervención socioeducativa. El propósito de cualquier medida que se postule será ayu-

dar al menor en la toma de conciencia de su responsabilidad y favorecer su integración social y desarrollo personal.

- Elaborar propuestas en el informe de situación, para que en el interés del menor, si así cabe, no se prosiga la tramitación del expediente judicial. Tales propuestas dependerán de las características del menor y de los hechos. Así, cuando la transgresión sea puntual, fortuita o asintomática, que el menor se encuentre socialmente integrado y tenga cubiertas las necesidades educativas en el ámbito familiar, escolar o laboral.
- Ofrecer propuestas de mediación cuando sea oportuno, en lugar de los informes de situación, como alternativa más idónea de resolución del proceso judicial.
- Llevar a cabo las actuaciones de mediación dirigidas a lograr la conciliación, la reparación o el cumplimiento de una tarea socioeducativa adecuada al caso. El desarrollo de esta tarea supone, con la ayuda del mediador, una resolución directa del conflicto entre el menor infractor y la víctima o perjudicado.
- Informar verbalmente o por escrito respecto de los contenidos educativos orientadores de cada uno de los períodos de que consta la medida de internamiento, cuando se estime ésta como la medida educativa más adecuada.
- Elaborar informes acerca de la conveniencia de modificar, suspender o sustituir las medidas educativas que ya hayan sido impuestas judicialmente a los menores/jóvenes. Esto se producirá cuando lo solicite el juez por iniciativa propia, o admita las sugerencias del fiscal, del sujeto o su defensor, o de la administración ejecutora de las medidas. En tales casos se hace imprescindible conocer la evolución del cumplimiento de las medidas,

mediante los informes de los responsables de su ejecución.

- Estar presente e informar verbalmente en todas las audiencias y comparecencias que se prevén en el proceso penal de menores, para hacerse cargo de los informes escritos presentados, para aportar las valoraciones y sugerencias que determina la ley, y contestar las preguntas y solicitudes de aclaración que se efectúen.

Las funciones a cargo del equipo técnico sólo son aquellas descritas en la Ley Orgánica 5/2000 y no cabe, en este ámbito, el ejercicio de otras, bien sea por iniciativa del propio equipo, bien por sugerencia de otras instancias diferentes a los operadores jurídicos que reconoce esta ley.

II - CRITERIOS DEL EQUIPO TÉCNICO PARA INFORMAR Y ORIENTAR SOBRE LAS DIFERENTES MEDIDAS EDUCATIVAS DE LA LEY

1 - Principios generales orientadores de la intervención

Como ya queda dicho, el cometido de las actuaciones del equipo técnico será dar respuesta, desde las ciencias del comportamiento, a las demandas y solicitudes de intervención técnica que formulen la sección de menores del Ministerio fiscal, los jueces de los juzgados de menores y, en su caso, los propios particulares en la esfera de la responsabilidad penal de menores.

El procedimiento penal de menores, concebido como una variante del proceso penal, admite, sobre la base de una finalidad responsabilizadora y educativo-reintegradora, alternativas de resolución no formal, en aquellos casos y circunstancias que describe la propia ley.

Tales casos se condicionan a la falta de violencia o intimidación graves, y se requiere que el menor asuma la responsabi-

lidad de su conducta y muestre disposición a un compromiso con los efectos de esa conducta. Por el hecho de estar situado en una estancia penal, la ley exige la salvaguarda de todos los derechos y garantías jurídicos, y subraya que el principio rector, que ha de dirigir todas las actuaciones que caben en cualquier variante del proceso y de las medidas, sea el superior interés del menor.

Dicho interés exige al equipo de personalización de la intervención el reconocimiento efectivo de todos los derechos del menor; la observación de todas las garantías (sustantivas y formales); que el abordaje técnico se adecue a las características y aptitudes del menor; y la utilización, en todo momento, de un lenguaje claro y comprensible para aquél.

Así, las intervenciones del equipo técnico, partiendo del principio de independencia y autonomía profesional, cuidan de que esas actuaciones y los criterios utilizados no generen discriminaciones entre los sujetos; salvaguardan el derecho de los usuarios a la propia intimidad, recabando únicamente la información necesaria para el desempeño de las tareas; ajustan el abordaje a las características y necesidades del menor/joven; favorecen los procesos de toma de conciencia y responsabilización del menor de su propia conducta; respetan el contexto de éste; y focalizan las actuaciones de acuerdo al encuadre judicial donde se ubican.

2 - Limitaciones legales para la orientación y aplicación de las medidas educativas de la LO 5/2000

La ley establece una diferencia previa entre delitos y faltas para la aplicación de las diferentes medidas educativas. En el caso de que la acción sea calificada como falta, sólo se podrá imponer alguna de estas medidas: amonestación; permanencia de fin de semana, con un máximo de hasta cuatro fines de semana; prestaciones en beneficio de la comunidad, hasta un

máximo de cincuenta horas; y privación del permiso de conducir u otras licencias administrativas.

En cambio, cuando la conducta realizada sea susceptible de ser considerada como delito, podrá imponerse cualquiera de las medidas que reconoce la ley, con las limitaciones y reglas que se establecen.

Normas para la determinación de las medidas

Las medidas (privativas de libertad), internamiento (cualquiera de sus tipos: abierto, semiabierto, cerrado, terapéutico), así como la medida de permanencia de fin de semana, no podrán durar más que la pena privativa de libertad que se fijaría de haber sido mayor de edad (principio acusatorio). Según la norma para la elección de las medidas, se deberá atender de modo flexible:

- a la prueba y valoración de los hechos
- a la edad
circunstancias familiares y sociales
personalidad
interés del menor (estas últimas puestas de manifiesto en los informes del equipo técnico)

Requisitos de las medidas de internamiento

El internamiento cerrado tiene unas normas restrictivas para su aplicación. Así, las acciones u omisiones imprudentes no podrán ser sancionadas con medidas de internamiento con régimen cerrado. Para imponer el internamiento cerrado se requiere:

- que en los hechos haya violencia o intimidación o actuación con grave riesgo para la vida o integridad física

El equipo técnico deberá informar respecto del contenido que tienen los dos períodos con que cuentan las medidas de internamiento: el primero se llevará a cabo en el centro de internamiento que corresponda; el segundo se efectuará en régimen de libertad vigilada en la modalidad elegida por el juez.

Duración de las medidas

Bases de duración máxima:

- no podrán durar más de 2 años en su totalidad
- las medidas de prestación de servicios no podrán exceder de 100 horas
- la permanencia de fin de semana no podrá superar los 8 fines de semana

Criterios de gravedad que incrementan la duración

Cumplidos los 16 años: La duración de las medidas podrá alcanzar el máximo de 5 años (si el delito va acompañado de violencia, intimidación o grave riesgo para la vida o integridad física de las personas) y el equipo técnico en su informe aconseja la prolongación. Las medidas de prestación de servicios en beneficio de la comunidad podrán alcanzar las 200 horas y el máximo de permanencia de fines de semana podrá llegar hasta los 16.

Criterios excepcionales que incrementan la duración

Cuando los hechos cometidos revistan extrema gravedad: Según la disposición adicional cuarta de la Ley Orgánica 7/2000, se aplicarán a los delitos previstos en los artículos 138, 139, 179, 180 y 571 a 580, y a aquellos otros sancionados en el Código Penal con pena de prisión igual o superior a quince años. Estos artículos hacen referencia a los siguientes supues-

tos de extrema gravedad: reincidencia; terrorismo; apoyo o reclamo de actividad de bandas, organizaciones o grupos terroristas; asesinato; homicidio doloso; agresión sexual (cuando la agresión sexual consista en acceso carnal, introducción de objetos o penetración bucal o anal); cuando la violencia o intimidación revista un carácter particularmente degradante; cuando los hechos sean cometidos por tres o más personas actuando en grupo, o la víctima sea especialmente vulnerable, se cometa el delito por relación de parentesco o se haga uso de medios susceptibles de provocar la muerte.

En tales supuestos las medidas podrán ampliarse:

Para los menores de 16 a 18 años:

- internamiento cerrado de 1 a 8 años, complementado por
- libertad vigilada por un máximo de 5 años

Para menores con menos de 16 años:

- internamiento cerrado de 1 a 4 años complementado por
- libertad vigilada por un máximo de 3 años

Además, en ambos grupos la suspensión o sustitución de la medida sólo cabe cuando haya transcurrido, al menos, la mitad de la duración de la medida de internamiento impuesta.

Otras medidas para los delitos previstos entre el 571 y 580 del CP son:

- inhabilitación absoluta
duración: de 4 a 15 años, superior a la duración de la medida de internamiento cerrado (según gravedad del delito, número y circunstancias que concurran en el menor)
- cuando existan varios delitos, alguno grave con pena en CP de 15 ó más años, la medida de internamiento cerrado podrá durar un máximo de

- 10 años, para menores de 16 a 18 años
- 5 años, para menores de menos de 16 años

Circunstancias de exención y medidas de tratamiento

Cuando se produzcan las causas de exención de la responsabilidad criminal del artículo 20 del Código Penal, sólo se podrán aplicar el tratamiento ambulatorio y el internamiento terapéutico.

“1ª- El que al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.

El trastorno mental transitorio no eximirá de pena cuando hubiese sido provocado por el sujeto con el propósito de cometer el delito o hubiere previsto o debido prever su comisión.

2ª- El que al tiempo de cometer la infracción penal se halle en estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos, siempre que no haya sido buscado con el propósito de cometerla o no se hubiese previsto o debido prever su comisión, o se halle bajo la influencia de un síndrome de abstinencia, a causa de su dependencia de tales sustancias, que le impida comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.

3ª- El que por sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad.”

Imposición de varias medidas

Si en la sentencia se imponen varias medidas en el mismo procedimiento y no pueden ser cumplidas simultáneamente, el juez, oído el equipo técnico, podrá sustituir todas o alguna de ellas; establecer el cumplimiento sucesivo, sin que supere el doble de tiempo de la más grave.

Modificación de medidas

El juez, tras el informe del equipo técnico, podrá dejar sin efecto la medida impuesta, reducir su duración o sustituirla por otra en cualquier momento en interés del menor, expresándole suficientemente el reproche merecido por su conducta.

Suspensión de la ejecución de la medida impuesta

El juez, oído el equipo técnico, en la propia sentencia o por auto motivado podrá acordar la suspensión de la medida por un máximo de dos años, cuando la medida impuesta no supere los dos años. Las condiciones para la suspensión son:

- no ser condenado o aplicada alguna medida educativa por delito cometido durante el período de suspensión
- disposición de reintegrarse en la sociedad
- durante el plazo de suspensión, el juez podrá establecer
 - un régimen de libertad vigilada
 - la obligación de realizar una actividad socioeducativa (propuesta por el equipo técnico), que puede incluir un compromiso de participación de los padres, expresando la naturaleza de ésta y el plazo

3 - Algunos criterios psicosocioeducativos del equipo para la propuesta de medidas

Siguiendo los principios rectores del beneficio del menor y de intervención mínima, se toman en consideración algunos indicadores socioeducativos que se ponderan para la orientación de las diferentes medidas. Como criterio de partida, respetadas las limitaciones legales prescritas, se anteponen las medidas educativas menos restrictivas a las más restrictivas, siempre que aquéllas aseguren la función educadora que exige la ley. Por lo tanto, se privilegiarán las intervenciones en el propio medio del menor y la utilización de los recursos comunitarios más normalizados antes de proponer la separación del menor en su entorno.

Otros indicadores discriminadores para orientar la medida son: la actitud responsabilizadora del menor frente a la propia conducta y el grado de empatía hacia el perjudicado o la víctima; la existencia de referentes familiares y del entorno con capacidad de contención; la calidad de la respuesta de ese entorno a la transgresión; la conciencia del propio menor y su familia de las necesidades que presenta, y los objetivos que se fijen en la valoración según las necesidades detectadas.

Los siguientes son otros factores cuya presencia o ausencia podrá hacer más recomendables unas medidas que otras. De esta forma, el equipo podrá proponer que no se continúe la tramitación de un expediente cuando haya transcurrido un largo período entre la conducta denunciada y el momento actual, de forma que el menor no pueda recordarla ni contextualizarla adecuadamente; también si la infracción se aprecia como puntual, fortuita o asintomática, y no está asociada a problemas de conducta. De igual forma, en los casos en que el menor está bien integrado, desde su entorno se ha asumido educativamente la conducta infractora y no se aprecian necesidades educativas específicas.

Llevar a cabo el programa de mediación exige que, atendiendo a la gravedad de los hechos, no haya habido violencia o intimidación grave en la comisión de los hechos. Se requiere también una aceptación del menor de los hechos en los que se le implica, y que no presente una situación personal o una necesidad socioeducativa que precise de otra medida más adecuada a sus necesidades. Así mismo, que el menor comprenda adecuadamente la situación y se le aprecie interés por llegar a una resolución directa mediante el compromiso de compensar el daño causado a la víctima o al perjudicado.

La conveniencia de la medida de amonestación suele asociarse a que la conducta infractora sea un comportamiento puntual y no esté vinculada a patrones de conducta antisocial. Igualmente, cuando se constata la integración y contención desde el núcleo familiar y la amonestación judicial puede coadyuvar a reforzar las figuras de autoridad.

La medida de servicios en beneficio de la comunidad exige siempre que el menor/joven acepte tal medida. Se requiere también un conocimiento por parte del menor de que hay algo que ha hecho que no está bien. Puede estar indicada cuando la actitud del menor refleja una pobre asunción de normas, pero es capaz de entender el significado y finalidad de la medida, y su relación con la conducta de la que se le hace responsable. Es una medida indicada también cuando se precisa la implicación de los servicios de la comunidad para cubrir las necesidades educativas del menor y para atender a las dificultades que presenta.

La medida de libertad vigilada es una medida más restrictiva de libertades y naturalmente requiere, por una parte, valorar la frecuencia (repetición, cronicidad) y la intensidad de las conductas infractoras. Puede resultar indicada cuando se produzca un patrón de conducta inadecuado en una o varias esferas de la vida del menor/joven; en los casos en que los sistemas familiares, escolares o sociales tienen dificultades para ejercer la

función sociabilizadora y de seguimiento que les corresponde; y en situaciones en que, no pudiendo atender por sí solos la problemática que presenta el menor, pueden ser complementados con la respuesta educativa de origen judicial.

No hay duda de que las medidas de internamiento son las más restrictivas que propone la ley. Se aprecia, entre los criterios más importantes para sugerir tales medidas, que se está produciendo un patrón habitual de conductas transgresoras, y que las características personales del menor no permiten una intervención educativa si ésta no se desarrolla en un contexto formal y restrictivo. Dichos criterios se refuerzan además cuando, por incapacidad del entorno sociofamiliar, no es posible una intervención suficiente con el menor desde el medio abierto, cuando las medidas en medio abierto no han sido útiles para un menor que sigue repitiendo las conductas infractoras o cuando no se observan mecanismos de autocontrol del menor ni de contención de alguna figura próxima de referencia.

Las medidas de tratamiento ambulatorio y de internamiento terapéutico representan dos medidas educativas dirigidas a la atención de necesidades de salud, por lo cual resultarán apropiadas cuando la conducta transgresora se asocie bien a un problema de salud mental, bien a una adicción o consumo elevado de tóxicos. Así mismo, que entre las necesidades educativas que se observen en el menor, el tratamiento del trastorno o la toxicomanía se estime prioritario. Para el tratamiento ambulatorio es importante que se aprecie, al menos en las adicciones, una cierta aceptación para llevarlo a cabo. Esta medida exige también en muchos casos que haya una figura de referencia y ascendencia para el menor, que posibilite la continuidad del tratamiento en medio abierto.

El internamiento terapéutico se presupone medida adecuada cuando la conducta infractora está directamente vinculada con el problema de salud mental o la adicción, que se presenten características de crisis o de gravedad y que el entorno no

pueda asegurar el tratamiento ambulatorio. Sin duda, hay que entender esta medida como una medida de breve duración, que deberá modificarse necesariamente una vez pasado el período de crisis, en el momento que sea posible efectuarse un tratamiento ambulatorio.

4 - Particularidades y cambios con los que se encuentran los equipos técnicos en la CAE

El incremento de funciones y de volumen de trabajo que han tenido los tres equipos de la CAE, como consecuencia de la implantación de la LO 5/2000, ha supuesto que, durante estos seis primeros meses de vigencia, se haya triplicado prácticamente el número de solicitudes de informe. Así, las solicitudes recibidas al cabo de medio año son, redondeando números, unas 600 en Bilbao, unas 350 en San Sebastián y unas 250 en Vitoria.

Junto a este importante incremento del volumen de trabajo y la necesaria adaptación a las nuevas exigencias que establece la ley para elaborar los informes y orientar las medidas, está surgiendo también una serie de tareas nuevas, como tener que dar respuesta a las incidencias y modificaciones del cumplimiento de medidas y participación en las audiencias para adoptar medidas cautelares, entre otras. Estos cambios están suponiendo, además, nuevas características y exigencias para abordar el trabajo, si se compara con la situación previa a la vigencia de la ley.

Hay que tener en cuenta que el crecimiento del volumen de solicitudes no es debido solamente al incremento natural de asuntos que supone ampliar la franja de la mayoría de edad hasta los dieciocho años, ni tampoco es debido a un aumento desmesurado de nuevas infracciones desde la entrada en vigor de la ley. Junto a los motivos referidos, un gran número de asuntos procede de la reconversión de procedimientos prove-

nientes de infracciones cometidas por menores que tenían entre 16 y 18 años antes de implantarse la ley. Su conocimiento se había iniciado en la jurisdicción penal de adultos, pero aún se hallaban sin resolución firme y, por efecto de la nueva ley, han sido derivados a la jurisdicción penal de menores. La afluencia de tales procedimientos no ha terminado y se prevé que aún perdure algunos meses.

Por otra parte, se encuentran los denominados procedimientos de derecho transitorio, que son aquellos en los que ha habido que adaptar sentencias firmes (adoptadas por la jurisdicción penal de adultos sobre delitos que habían sido cometidos por jóvenes entre 16 y 19 años) a alguna de las medidas que describe la nueva ley. Actualmente, después de estos primeros meses, la presencia de tales expedientes es solamente residual. Estos procedimientos han conllevado también cambios significativos de las características de la población que acude al equipo técnico, tanto por su edad como por los delitos que se le imputan y las peculiaridades personales, socioeducativas y familiares que presentan.

La edad cronológica de los jóvenes usuarios del equipo técnico puede pasar en muchos casos de los veinte años, cuando antes no era habitual que alcanzara los dieciocho años. En tales casos, las condiciones socioambientales no están vinculadas ya al proceso de escolarización o educativo formal, pues la edad de escolarización obligatoria sólo alcanza hasta los dieciséis años, y con harta frecuencia en esta población se ha abandonado antes. En muchos casos, se encuentran sin realizar actividad alguna y en algunos otros siguen alguna formación prelaboral, sobre todo en los CIP. Ahora es habitual que puedan estar trabajando o a la espera de encontrar empleo.

Respecto a la situación familiar, debido a la edad que tienen, la familia de origen ha perdido presencia y ascendencia, y no son raros los casos que ya han formado su propia familia.

Hay otro factor emergente, de una importancia relevante, que es la emigración, sobre todo en Bizkaia. Así, está apareciendo un destacado número de jóvenes emigrantes, tutelados previamente por protección de menores en algunos casos y otros sin tutelar, que cometen conductas infractoras y requieren una actuación acorde con las prescripciones de la LO 5/2000. Son jóvenes que presentan peculiaridades específicas. El origen cultural y geográfico mayoritario de estos jóvenes es el Magreb y Centro África. A menudo no conocen el castellano, suelen necesitar un intérprete, las informaciones personales y familiares que aportan son acomodaticias y contingentes a la situación en la que se encuentran, no hay adultos de su entorno que se responsabilicen de ellos, y no en todos los casos se aprecia un interés por integrarse socialmente en este entorno. Por todo esto, resulta muy difícil encontrar medidas educativas adecuadas a su situación. Se da la coincidencia también de que ha sido para atender a estos jóvenes cuando se ha activado el servicio de guardia en el limitado número de ocasiones que lo ha hecho.

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ RAMOS, F.: “La intervención del equipo técnico en el nuevo procedimiento sobre la responsabilidad penal de los menores”, ponencia presentada en las jornadas organizadas por el Consejo Vasco de la Abogacía. Donostia/San Sebastián, 2001.
- ECHEVARRÍA ZARRABEITIA, X.: “Edad. Medidas. Contenido. Prescripción. Concursos. Régimen”, ponencia de las jornadas “La Ley Orgánica 5/2000 de Responsabilidad Penal de los Menores”, organizadas por el Consejo Vasco de la Abogacía en Bilbao, 2001.
- LÓPEZ CABELLO, P.: “Ejecución de las medidas privativas de libertad”, ponencia de las jornadas del Consejo Vasco de la Abogacía en Bilbao, 2001.

MARTÍN CORRAL, S.: “Papel de los equipos técnicos en los juzgados de menores”, ponencia de las jornadas organizadas por el Consejo Vasco de la Abogacía en Bilbao, 2001.

PALACIO SÁNCHEZ-IZQUIERDO, J.R.: “El mejor interés del menor”, ponencia presentada en las jornadas sobre la “Nueva Ley de Responsabilidad de Menores: análisis y perspectivas”, organizadas por el Gobierno Vasco en Bilbao, 2000.

TAPIA, J.: “La experiencia de la Ley 4/1992. Luces y sombras”, ponencia presentada en las jornadas sobre la “Nueva Ley de Responsabilidad de Menores: análisis y perspectivas”, organizadas por el Gobierno Vasco en Bilbao, 2000.

Dirección General de Justicia Juvenil de la Generalitat de Catalunya. Equipo de Atención Inmediata. “Criterios para realizar las diferentes propuestas de medida judicial”.

Equipo Psicosocial Judicial del Departamento de Justicia, Trabajo y Seguridad Social del Gobierno Vasco. Protocolos de actuación.

Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 5/2000.

Ley Orgánica 9/2000, de 22 de diciembre, sobre medidas urgentes para la agilización de la Administración de Justicia.

**APLICACIÓN EN UN CENTRO
EDUCATIVO (ANDOIU)
DE LA LEY
DE RESPONSABILIDAD PENAL
DE LOS MENORES EN LA CAPV**

JAVIER ITURROSPE LÓPEZ DE HEREDIA
Trabajador social en el Centro Educativo Andoiu

POSICIONAMIENTO INICIAL

La asociación Gaztaroan Ekin surge en 1995 como resultado de la inquietud de un grupo de personas de Vitoria-Gasteiz que por razones personales y profesionales tienen adquirida una conciencia o preocupación social que se manifiesta a favor de ese sector de los menores más desfavorecido y, por tanto, requiere un “plus” de atención, ya que su escasa competitividad social es respondida con una actitud defensiva, punitiva por los distintos estamentos sociales. Esto hace que los procesos de marginación se retroalimenten y se consoliden *ad eternum*.

La concreción de esta postura ha llevado a la asociación a una opción por **los menores que se encuentran en especial dificultad** en la sociedad de nuestros días y de nuestra Euskalherria.

Ante la aprobación de la nueva Ley del Menor, la asociación, como entidad privada y con un componente de alternativa a la respuesta de las distintas metodologías aplicadas por los diversos servicios sociales, abre un debate interno sobre el papel que puede desempeñar dentro del entramado institucional y la postura ante las iniciativas que desde la Administración se están llevando a cabo.

Como consecuencia de esta reflexión, se determina tomar una actitud colaboradora y de apertura a nuevas formas de trabajo, con la convicción de no sustituir la labor o las obligaciones de la Administración con la precariedad y el abaratamiento de costes que puede suponer una estructura privada.

Las bases que motivan la postura anteriormente citada se encuentran en la exposición de motivos que anteceden al articulado de la ley, entendiendo como más significativos los siguientes:

“4- ...carácter primordial de la intervención educativa que trasciende a todos los aspectos de su regulación jurídica.

5- ...principios generales: naturaleza formalmente penal pero materialmente sancionadora-educativa, flexibilidad en la adopción y ejecución de las medidas aconsejadas por las circunstancias del caso concreto.

7- ...primar como elemento determinante del procedimiento y medidas el superior interés del menor.”

Como conclusión perfectamente asumible y en consonancia con las directrices emanadas de la base social de esta entidad se puede entender que existe **una opción preferentemente educativa en la ejecución de las medidas dictadas por los juzgados de menores.**

A partir de la promulgación de la Ley Orgánica 5/2000, la configuración de la Justicia de menores toma nuevas directrices, ya solicitadas con anterioridad desde el mismo Código Penal y por la conocida sentencia del Tribunal Constitucional.

Desde el punto de vista de la asociación que gestiona el Centro Educativo Andoiu, ello supone la oportunidad de poner en la práctica una serie de intuiciones pedagógicas dentro del siguiente marco de actuación:

- Posibilitar un sistema de compensación social
 - Ante el fracaso en otros sistemas como el familiar, el escolar, el relacional, etc., el menor tiende a la equiparación con el resto de sus iguales en la búsqueda de estructuras que eviten la frustración y puedan reportarle vivencias satisfactorias o de éxito personal. Por esta razón, el recurso debe estar

encaminado hacia un trabajo multidisciplinar que muestre alternativas que satisfagan estas pulsiones, comunes a todo ser humano, y abarque todos aquellos déficit que presenta el menor.

- Igualdad de oportunidades. Para que estos menores puedan acceder a la toma de opciones vitales en igualdad de condiciones que el resto, se ha de pensar en una discriminación positiva que suponga un acercamiento a la parrilla de salida de la competición social. Esto supone un esfuerzo suplementario, tanto en los recursos humanos como en los materiales.
 - Aplicación de metodología inductiva. La configuración de un recurso de estas características exige un cambio hermeneúutico en la postura inicial, esto es, se partirá de la experiencia vital del menor y de su concepción de la realidad para desarrollar metodologías donde sea éste el sujeto de procesos de concienciación social, que serán contrastados con los de socialización presentes en nuestras actuales estructuras sociales.
- Diseño de un sistema no estigmatizador. Se pretende un constructo educativo motivante de las potencialidades presentes en todo menor.
- Creación de un ambiente relacional optimista entre los distintos componentes de la comunidad educativa.
 - Resulta necesaria una estructura que integre la seguridad del menor y de la convivencia cotidiana pero en unos parametros arquitectónicos no agresivos.
 - Evitación de simbologías o formas que se asemejen a regímenes penitenciarios.

- La integración paulatina en la comunidad de referencia se ha de convertir en la preocupación primordial desde el momento de ingreso del menor en el centro.

LÍNEAS DE ACTUACIÓN EN INTERNAMIENTO Y OTRAS MEDIDAS

1 - Educación y orden (límites sociales y personales)

El eje central de nuestro estilo educativo, de la forma en que se organiza y desarrolla nuestro trabajo, es la clara y firme **opción por el menor**, por los menores que llegan a nuestro centro. Una opción que nos lleva a considerar al menor como persona, como sujeto, como parte básica y fundamental para el desarrollo de todo el proceso educativo, buscando, por ello, su implicación y colaboración para avanzar.

Es una opción por la persona en su integridad, entendida tanto en sus aspectos individuales -sus motivaciones, potencialidades y capacidades- como sociales, en relación con su familia y su entorno -escuela y barrio-.

Nos planteamos por ello una intervención desde el **ámbito educativo**, una respuesta a sus necesidades, a sus limitaciones e intereses, tomando la educación y la formación de la persona como punto central.

Para el establecimiento y comprensión de los límites, se desarrolla un **Reglamento de régimen interno** que sirve como marco para objetivar y normativizar las relaciones y comportamientos de todas las personas que conviven en el centro. La aplicación de éste conlleva tensiones y conflictos tratados mediante intervenciones con la mínima contención posible, pero garantizando la integridad física y moral del menor y del resto de personas presentes.

Todo esto estará envuelto en un **ambiente de cordialidad y diálogo** que debe impregnar el desarrollo de la vida diaria, un clima que favorezca la comunicación entre todos y que facilite la resolución de los conflictos vivenciados por los menores.

Este clima de apertura y diálogo posibilita el desarrollo de una convivencia marcada por la normalidad, que les permite conocer un estilo de vida diferente al llevado hasta el momento e ir accediendo a otros espacios de normalidad de lo cotidiano: colegio, talleres, espacios de tiempo libre... **Normalizar mediante la normalidad.**

El operativizar lo anteriormente citado supone una tensión dialéctica entre los conceptos nietzscheanos de lo apolíneo, como sinónimo de objetividad y orden, y lo dionisiaco, como creatividad y riesgo fuera de lo comúnmente establecido. Esta tensión debe circunscribirse dentro de las garantías personales y grupales de todas y cada una de las personas participantes en el proceso educativo. Se precisan, pues, importantes dosis de sentido común y de audacia para llevar a cabo la apuesta diaria de la opción educativa con estos menores.

2 - Atención personalizada e integral

Un elemento esencial en la perspectiva del trabajo con los menores es la expectativa de futuro. Desde el momento de ingreso en el centro se comienza a valorar los anhelos que el menor propone y se cotejan con su realidad personal. Esto requiere poner en marcha un proceso que pivota sobre la figura del tutor y el Programa de Desarrollo Personalizado como instrumento metodológico para el equipo educativo en la relación cotidiana con el menor.

Definimos la tutoría como la responsabilidad que adquiere un educador hacia un menor, con el objetivo de participar de forma más estrecha y directa en su proceso de madurez, reali-

zando una labor de mediación entre el menor y las personas adultas, la familia, sus iguales, su entorno relacional.

La importancia de las tutorías individuales viene dada por la necesidad de personalizar el trabajo con los menores; es más efectivo que, aunque todos los educadores traten y conozcan la evolución y situación de cada menor, sea uno el que esté más cercano, más próximo, y le acompañe de forma más directa en su proceso educativo hacia la madurez.

La coordinación entre educadores permite que la labor que desarrollará el tutor con el menor sea conocida por todos y, por tanto, no sea exclusivamente él quien intervenga en las situaciones de diversa índole que puedan darse, sino que todo el equipo conoce y sabe la forma más adecuada de atender a cada menor, siguiendo las pautas del tutor.

Las tutorías también estructuran la relación del menor y su entorno, y es una persona adulta la que se le ofrece como figura de referencia y de autoridad moral a quien acudir ante los problemas que se presentan. Proporciona orden y estabilidad tanto para cubrir las necesidades físicas (compras, ropa, visitas al médico,...) como las psicológicas (afecto, estabilidad de la relación...).

El tutor debe presentar unas aptitudes personales que le permitan relacionarse de forma positiva y efectiva. Deberá desarrollar actitudes como:

- **Disposición hacia la comunicación.** El esfuerzo por comprender al menor y su mundo, el intentar ver los problemas desde su punto de vista ayudará a lograr una **empatía** que será el punto de partida de la relación.
- Una actitud de **afecto** ante el menor le permitirá iniciar un trabajo de búsqueda de nuevas soluciones y emprender un proyecto personal coherente.

- **Individualización.** el menor reclama al tutor que le conozca bien, que le hable, le observe, le exija y que esté preocupado por sus necesidades y actividades.
- **Respeto,** toda persona puede ser consciente o no de sus derechos como persona, pero es muy sensible a la divulgación de su intimidad, por ello el tutor debe tratarle con respeto, sinceridad. Ninguna información personal deberá salir del ámbito educativo sin su consentimiento.

El Programa de Desarrollo Personalizado (PDP) es el instrumento educativo que promueve el desarrollo global de cada menor. Es un documento escrito que recoge los aspectos principales que se van a trabajar a lo largo de su estancia en el centro. Cada menor tendrá su propio PDP, determinando las necesidades, déficit y potencialidades. Este programa será conocido y elaborado con cada menor, de forma individualizada y tomando en consideración sus sugerencias y motivaciones personales.

El PDP es elaborado a partir de los informes con los que llega el menor al centro y con los datos recogidos durante la realización de la valoración inicial en el primer mes de su estancia. Es realizado por el tutor y supervisado por la Dirección Pedagógica, presentándolo posteriormente a los educadores y educadoras en la reunión de equipo semanal.

Trimestralmente se realizará una evaluación, pudiendo ser modificado en función de los avances experimentados.

El PDP es el documento que guiará al equipo educativo en su intervención con cada menor, ya que en él se recogen:

- La valoración de las necesidades y capacidades del/la menor.
- Los objetivos generales y metas que se pretenden alcanzar durante su estancia.

- La metodología que se debe seguir, es decir, la forma más adecuada de ayudar a cada menor a conseguirlos.
- Y la evaluación: los indicadores previamente establecidos nos van a permitir saber si un objetivo se ha superado.

3 - Experiencia de éxito = modelador de conducta

Las experiencias que han vivido hasta el momento, en general, han estado marcadas por el fracaso: en casa, en los estudios... por ello se plantea una **pedagogía basada en el éxito**. Partiendo de la situación en que llegan, de una posible negativa inicial a colaborar, se ha de buscar su motivación y su implicación en un proceso de cambio. Y es mediante el esfuerzo que les supongan los pequeños avances y pequeños éxitos que consigan en sus realizaciones como podrán ir accediendo a una percepción realista de su situación personal, y con ello lograr mejorar su autoestima y una concepción positiva de su propia valía personal.

Se entiende como primordial el comunicar y compartir el éxito con las instancias más próximas a cada menor, como es la familia. En esta área se propone configurar, entre la familia y el centro, **una sola instancia educativa** que permita llevar una única línea coordinada y complementaria, enfocada a normalizar la situación en el ámbito familiar o hacia otras alternativas, si ésta no fuese posible.

En consonancia con el Proyecto Educativo, se proponen los siguientes objetivos:

- * Realizar una intervención con la familia de los/las menores adecuada a la valoración realizada y a la previsión de recuperarla.
- * Llevar a cabo una labor de preparación del menor para su integración en un contexto externo al centro, bien sea su familia o la propia autonomía.

- * Empatizar con los padres o tutores y crear una relación positiva y cercana hacia/con el centro.
 - Toma de contacto, si es posible, previa al ingreso del menor, según se considere más oportuno en el domicilio familiar o en el centro.
 - Presentación física del recurso.
 - Explicación de su funcionamiento.
 - Apertura a contactos posteriores para actuaciones conjuntas con respecto al menor.
- * A partir del calendario de encuentros propuestos entre el menor y la familia, intermediar para que sean exitosos.
- * Corresponsabilizar a la familia en la educación del menor mediante:
 - Seguimiento del menor.
 - Atención a las necesidades primarias.
 - Realización de actividades conjuntas.
 - Fomentar relaciones afectivas.
 - Motivar cambios de actitudes hacia su hijo/a.
 - Preparación del regreso al medio familiar.
 - Planificar conjuntamente.
 - Clarificar puntos de interés.
 - Examinar la viabilidad de sus planteamientos futuros.
 - Compatibilizar los intereses del/de la menor y la familia.
- * Recoger información del menor por medio del tutor y del resto del equipo.
 - Estructurar la información que el tutor y el equipo recoja, para actualizar las estrategias de intervención con la familia.
- * Organización convivencial en el ámbito familiar.

- Partiendo de los hábitos y actitudes que se manifiestan, elaborar y proponer un marco de actuación en el ámbito familiar, utilizando la relación que la familia tenga con el centro o por medio de otros recursos.
- Colaborar con la familia en la elaboración de estructuras organizativas (horarios, normas, asistencia médica, tiempo libre, etc.) que supongan mantener unas líneas de actuación paralelas entre el centro y la familia.
- * Mejorar las relaciones sociales de la familia en su entorno.
 - Partiendo de actividades concretas (consultas médicas, gestiones administrativas...) animar a la familia hacia el contacto con la estructura sociocomunitaria, de forma progresiva.
- * Paliar y/o evitar los conflictos en el medio familiar.
 - Entrenamiento con el menor en la resolución de conflictos, ayudándole a elaborar alternativas.
 - Formar a la familia en la resolución de conflictos de forma adecuada, evitando las respuestas desproporcionadas o fuera de contexto.
- * Preparar la salida del centro del menor paliando el “estrés de salida”.
 - Involucrar a todos los participantes en este proceso para su correcta realización.
 - Apoyar este proceso con los medios y recursos - materiales y humanos- necesarios.
- * Seguimiento de la evolución del menor una vez abandonado el centro.

- Implicar a otras instituciones por medio de sus profesionales (trabajadores sociales, educadores de calle, etc.) en el apoyo a su reinserción.
- Aprovechar las relaciones establecidas con el centro para mantener una referencia ante situaciones que puedan encontrarse, como apoyo afectivo.

4 - Experiencia afectiva

Para lograr este progreso es fundamental llegar a crear un **grupo de convivencia**, ya que se entiende que el grupo va a ser un elemento socializador fundamental, y lograr desarrollar un sentimiento de pertenencia a un grupo facilita una mayor implicación de todos en la marcha del centro.

Para desarrollar todo este estilo que marca y caracteriza nuestra intervención educativa, va a ser imprescindible y fundamental contar con un **equipo humano** que asuma los compromisos que todo esto implica.

El equipo humano facilita y apoya el avance de los menores sobre todo mediante el establecimiento de una **relación de empatía y diálogo**, por lo que se les exige ser personas responsables y congruentes en la labor educativa diaria. Con esto se pretende una percepción del educador por parte del menor como acompañante en el proceso en el que está inmerso.

5 - Carácter procesual, adaptado al tiempo de medida

El itinerario por los distintos niveles tiene un carácter de progresividad, comenzando por interiorizar una serie de normas que consideramos básicas (higiene, respeto, hábitos...) hasta conseguir una grado de autonomía acorde a sus circunstancias personales y familiares, en función del tiempo que dure la intervención educativa. La progresión por los distintos niveles no tiene carácter retroactivo.

Este diseño no es de aplicación automática a todos los menores, sino que es adaptado a las circunstancias de cada menor, procurando que resulte lo más normalizador y beneficioso posible.

Los procesos educativos son diferentes en cada persona; por esta razón los tiempos de estancia en cada nivel serán también diferentes, adecuados a la evolución que tengan. Para ello, los educadores personalizan la atención lo máximo posible, con el fin de movilizar y descubrir los aspectos positivos de cada persona, utilizando para ello los recursos educativos que oferta el centro.

Resulta imprescindible la existencia y el cumplimiento de unas mínimas normas que ayuden a que la convivencia se desarrolle con normalidad y se consigan cumplir los objetivos del centro. Estas normas buscan superar la situación relacional y educativa deficitaria que presenten los menores en el plazo de tiempo más breve posible.

Este diseño busca que el menor adquiera de forma progresiva mayores responsabilidades y que el paso de nivel resulte lo suficientemente gratificante como para provocarle el deseo de superarse y alcanzar un régimen de vida más normalizado.

6 - Participativo: asamblea

El estilo educativo que impregna nuestro trabajo diario con los menores da mucha importancia al hecho de crear un grupo de convivencia estable, en el que todas las personas se impliquen con un sentimiento de pertenencia a él. Un aspecto fundamental que consideramos necesario trabajar para lograr dicha implicación es la asamblea.

La asamblea es una reunión semanal en la que los menores, junto con un representante del equipo educador, tratan y debaten cuestiones referentes a la vida diaria del centro, se hacen propuestas de actividades, se comentan los conflictos y los

problemas surgidos, intentando llegar a acuerdos sobre su resolución, etc.

Se persigue que por medio de la asamblea, los menores planteen todos sus asuntos y puedan tomar decisiones democráticamente, siempre que no interfiera en la normativa del reglamento del centro. De ahí que se potencie el diálogo, la crítica y la participación activa de todos.

7 - Toma de contacto con los recursos de la comunidad: complementariedad de otras medidas: mediación, restitución

Por último, como rasgo globalizador del proyecto, aparece el hecho de que se va a desarrollar en el **medio rural**. Opción realizada por las múltiples posibilidades que un medio totalmente diferente al que han vivido hasta el momento ofrece para incidir sobre ellas. El vínculo que se consigue con la naturaleza y el tipo de actividades que se organizan rompen con sus formas de relación anteriores y les ofrecen un nuevo marco, una nueva forma de concebir el entorno y de ubicarse en él.

La situación del centro permite combinar esta manera de entender y relacionarse con su medio, sin alejarse ni desvincularse del medio urbano al que han de reincorporarse después. La cercanía a Vitoria permite que la **integración** en recursos formativos y en actividades de tiempo libre sea efectiva desde el momento en que el menor esté preparado para ello.

Se observa que este tipo de menores se encuentran alejados de los servicios que ofrece la comunidad, tanto en los niveles formativos como en los referidos al tiempo libre; por esta razón, se programa de una manera progresiva un acercamiento a esos servicios, que reporta una concepción alternativa de su postura social. En la medida en que se da esta inclusión se obtienen mayores garantías de que el proceso de competitividad

social iniciado en el centro pueda ser continuado de forma autónoma por el menor al finalizar la medida dentro de su propio medio.

8 - Presencia masculina y femenina (referencia adulta)

Se considera un elemento fundamental en el desarrollo del proceso educativo el trabajo mediante las figuras de referencia adulta de distinto género como reflejo de la estructuración de la sociedad y como ingrediente socializador con un equilibrio afectivo en sus formas y contenidos.

Por ello, en el Centro Educativo Andoio se ha optado tanto por una presencia femenina como masculina continuada en la convivencia cotidiana, independientemente del sexo de las personas atendidas en él.

9 - Necesidad de supervisión profesional del trabajo y evaluación de los procesos

Teniendo en cuenta la intensidad del trabajo educativo que se desarrolla en un centro de estas características, se considera de vital importancia para el mantenimiento de las líneas descritas con antelación el cotejar las actuaciones con el personal adscrito al Servicio de Justicia Juvenil del Gobierno Vasco, con el fin de validar las distintas intervenciones y encuadrarlas dentro de un programa superior que esté en consonancia con el plan institucional de intervención con estos menores.

Por otro lado, la entidad gestora del Centro Educativo Andoio tiene conveniados con instituciones externas los siguientes apartados:

- Convenio de colaboración con el hospital psiquiátrico de Aita Menni de Arrasate, que cubre los siguientes servicios:

- Realización de evaluaciones psiquiátricas y/o psicológicas individualizadas.
 - Intervenciones psicoterapéuticas y/o psicofarmacológicas individuales o con carácter grupal.
 - Desarrollo y supervisión de programas de intervención psicoterapéutica mediante los educadores.
 - Revisión de pautas de funcionamiento del centro.
 - Formación de los educadores en técnicas psicoterapéuticas.
 - Atención de urgencias psiquiátricas que se puedan generar en el centro.
- Convenio de atención sanitaria con un centro médico privado con el que existe compromiso de atención en los siguientes casos:
- Exploración inicial de todos los menores que ingresan en el centro en un periodo máximo de 15 días.
 - Analítica básica de sangre y orina.
 - Ante sospechas de alguna enfermedad y/o constancia de ésta, seguimiento especializado en el tratamiento.
 - Formación al equipo de educadores sobre la prevención y tratamiento de aquellas enfermedades que conlleven riesgos de contagio o tengan una consideración de especial seguimiento.

Recursos necesarios

De poco sirven las buenas intenciones si a la hora de su puesta en práctica no se dispone de medios suficientes. Por ello, las personas implicadas en este proceso entienden como indispensables los siguientes:

I - Materiales:

- Estructura física → limitada.

El servicio se ubica en la antigua estación del tren vasconavarro, propiedad del Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz, cedido al Gobierno Vasco, debidamente acondicionado para atender a menores de estas características. El edificio se encuentra próximo a la carretera que une Vitoria con Estella, en la localidad alavesa de Andollu, término municipal de Vitoria-Gasteiz.

En el centro se diferencian tres espacios fundamentales: el residencial o de convivencia, los espacios formativos (aula y talleres) y los espacios de esparcimiento. La zona destinada a residencia está distribuida en: seis habitaciones, una de ellas doble, una sala-baño con tres duchas, lavabos e inodoros, todo ello en la planta superior, y una cocina y comedor, en la zona de nueva construcción.

En la planta inferior se ofrecen los servicios de aula y taller multiusos, con sus correspondientes servicios, así como los despachos destinados al personal educador y a la dirección del centro.

Alrededor del edificio, dentro de la zona vallada, existe una zona ajardinada para el recreo y las actividades deportivas. Asimismo, un espacio de esta zona se destina al taller de horticultura: huerta e invernadero.

Esta estructura adolece de espacios de esparcimiento suficiente durante el tiempo libre que disponen los menores y, por otra parte, toda la actividad deportiva se desempeña en polideportivos de Vitoria, por no disponer de las instalaciones adecuadas dentro del centro. Este hándicap puede resultar positivo desde el punto de vista de la toma de contacto con los recursos de la comunidad, pero resulta especialmente lacerante para los menores con medidas de internamiento en régimen cerrado.

Como criterio general, se pueden determinar unas bases claves para el trabajo fructífero y respetuoso con los derechos que asisten a esta población:

- Centros diferenciados por: tipologías del menor, edad, sexo

Atendiendo a las prescripciones emanadas de la ley, se hace una apuesta por la diferenciación en el tratamiento que necesita cada uno de los menores, tomando en consideración sus distintos grados de madurez y conflictividad, así como la edad y el sexo. Por ello, tanto la morfología de los centros como los distintos proyectos educativos han de tener en cuenta estas características.

- Estructuras no estigmatizadoras

Por un lado, se ha de tener en cuenta el juego educativo que ofrecen todas aquellas medidas desarrolladas en medio abierto, las cuales, si están bien estructuradas y con los apoyos técnicos suficientes, pueden suponer un límite de las conductas disruptivas a nivel social.

Por otro lado, los centros especializados han de contar con estructuras físicas y arquitectónicas no agresivas, tanto en el interior como en el exterior, porque es fácilmente demostrable que el medio físico condiciona conductas y actitudes que tarde o temprano se reflejan en los menores de forma clara y contundente.

- Recursos intermedios para intervenciones más globales.

El hecho de permanecer en un centro de estas características durante un período de tiempo determinado no supone que automáticamente los cambios en la estructura cognitiva, afectiva y conductual resulten suficientes para llegar al grado de competitividad que se exige a cualquier persona considerada normalizada. Por ello,

desde la experiencia del trato con estos menores, se observa una necesidad de mediación con el mundo laboral y relacional, que se puede concretar en la planificación de recursos intermedios, de modo que, con una autonomía tutelada, se puedan dar los primeros pasos con ciertas garantías de éxito.

2 - Humanos:

a) Equipo educador

Se requiere un equipo maduro, estable, equilibrado, motivado y concienciado. Para ello es imprescindible un reconocimiento social y profesional por parte de otras estructuras implicadas.

La experiencia nos dice que los resultados del trabajo en recursos educativos especiales viene condicionada en una parte muy importante por las características humanas y profesionales del personal contratado.

Todo el personal, indistintamente de la función vaya a desempeñar, debe tener una sensibilidad especial y creer en las potencialidades que todo ser humano tiene, en especial los menores.

Relación de cualidades que son necesarias:

- Capacidad de empatía, comunicación y escucha.
- Capacidad de observación y anticipación al conflicto.
- Implicación personal (trayectoria, experiencia en el mundo marginal).
- Madurez personal y autocontrol.
- Flexibilidad y adaptabilidad a las distintas situaciones y tareas.
- Capacidad de trabajo en equipo.

La preparación profesional debe responder a las funciones y tareas que se han de desempeñar, e identificarse con el Proyecto Educativo del Centro. Atendiendo al programa de actividades, todo el personal contratado tiene responsabilidad de programar, atender y evaluar alguna de ellas; esto conlleva la necesidad de disponer de una formación suficiente para cumplir los objetivos propuestos.

Aquellos servicios que no puedan ser atendidos por el personal contratado se convenirán con instituciones privadas o se derivarán hacia la red pública, buscando siempre garantizar un alto grado de calidad respecto al servicio demandado, dentro de las posibilidades de acceso a ellos.

La presencia de personal masculino y femenino para la atención del centro se procurará mantener equilibrada, sin prefijar de antemano ninguna responsabilidad reservada hacia una persona de sexo determinado.

b) Apoyo técnico, evaluativo

Si bien un centro de estas características no puede contar, por sí mismo, con todo un equipo técnico de apoyo a la intervención educativa, esto no es óbice para que exista un grupo de personas especializadas y con experiencia para toda la red de la Comunidad Autónoma, que homologue las distintas estrategias de tratamiento y, a su vez, apoye la labor cotidiana de los educadores.

Por otro lado también se ve conveniente una evaluación continua de los centros y de los distintos menores para adecuar los recursos a las necesidades que se van presentando, pues suponen una evolución y novedad constantes.

c) Coordinación

Para el correcto funcionamiento de estos servicios, es fundamental una coordinación con la entidad responsable (Gobierno Vasco), no sólo con la estructura técnica, sino también con la parte política, ya que los nuevos retos que se están presentando en la actualidad requieren una colaboración de los distintos agentes sociales implicados en esta área.

Teniendo en cuenta que estos menores llegan a los centros de reforma desde distintos lugares sociales y con problemáticas diversas, se hace imprescindible el contacto con aquellas personas que trabajan en los mismos ámbitos, pero en otras instituciones, con el fin de colocar sobre la mesa las distintas políticas aplicadas y avanzar planes de futuro con antelación suficiente.

Finalmente, a instancias de la entidad pública competente, resulta incuestionable la necesidad de coordinar las distintas entidades privadas gestoras de centros o de puesta en marcha de medidas en medio abierto, ya que, respetando las distintas sensibilidades de cada entidad, se debe estar ubicado en un marco general común para todas ellas.

3 - *Económicos:*

Aún en nuestros días, subyace una concepción antigua que consiste en entender que con los menores la atención se puede realizar desde el voluntariado y con figuras no especialmente preparadas técnicamente. Esta concepción se demuestra en la realidad cotidiana como un craso error, puesto que a la hora de las responsabilidades no se puede exigir de la misma manera a quien hace lo que puede y a quien debe hacer lo que debe.

La conclusión práctica de estas concepciones es la escasa disponibilidad de medios económicos para estos recursos. Como

consecuencia de ello, se aprovecha la disponibilidad de ciertas entidades privadas preocupadas en estas materias para erigir recursos fuera de la legislación laboral vigente y lejana al reconocimiento laboral que supondría la asunción de estos recursos directamente por la Administración.

CONCLUSIÓN

En la actual coyuntura de Euskal Herria, como comunidad pionera en numerosos avances a nivel social, el reciente estreno de marcos legales para la Protección y Reforma de menores puede ser un momento crucial para plantearnos, entre todos los agentes sociales implicados y la Administración, un campo global de intervención con perspectivas modernas y con recursos suficientes para cubrir la demanda existente en nuestra sociedad. Esto significa una clarificación desde el punto de vista de la voluntad política y social de atajar la estructuración de un sector que está en continua evolución, previendo nuevas problemáticas para las que se debe estar suficientemente preparados.

N.B.: El término “menor” entiéndase como persona de edad inferior a dieciocho años y en su género masculino y femenino.