

La justicia juvenil en España: regulación actual y proyectos en curso

(Juvenile justice in Spain: current regulation and projects
underway)

Cuesta Arzamendi, José Luis de la
Instituto Vasco de Criminología
Villa Soroa - Ategorrieta 22
20013 Donostia

BIBLID [1138-8552 (1998), 11; 7-24]

El tratamiento de la delincuencia juvenil en España se encuentra pendiente de un profundo proceso de reforma, solicitada ya a comienzos de la década de los 70 y que todavía no ha llegado a culminar de modo definitivo. La declaración de inconstitucionalidad del art. 15 de la vieja Ley de Tribunales Tutelares de Menores obligó a una reforma urgente de la misma, pero se está a la espera de la nueva Ley de justicia juvenil, de la que se han presentado ya algunos proyectos, el último de los cuales es objeto de examen en este trabajo.

Palabras Clave: Jóvenes. Delincuencia juvenil. Derecho penal. Criminología. Legislación. Reforma legislativa en España.

Gazteen delinkuentziaren tratamendua Espainian erreforma-prozesu sakon baten zain dago; halakoa 70.eko hamarkadaren hasieran jadanik eskatu zen eta oraino ez da behin betiko eran bururatu. Adin Txikikoen Tutoretzako Auzitegien Lege zaharraren 15. artikulua inkonstituzional deklaratzeko beraren urgentziatzko erreforma egitera behartu zuen. Alabaina, Gazteen Justziaren Lege berriaren zain gaude; hartarako zenbait proiektu aurkeztu dira dagoeneko eta haietariko azkena da lan honen aztergaia.

Giltz-Hitzak: Gazteak. Gazteen delinkuentzia. Zuzenbide penala. Kriminologia. Legeria. Legeriaren erreforma Espainian.

Le traitement de la délinquance juvénile en Espagne se trouve en instance d'un profond processus de réforme, sollicité au début des années 70 et qui n'est pas encore arrivé à culminer de façon définitive. La déclaration d'inconstitucionalité de l'article 15 de la vieille Loi des Tribunaux tutélaires des Mineurs a entraîné une réforme urgente de celle-ci, mais on attend la nouvelle Loi de justice juvénile, pour laquelle certains projets ont déjà été présentés, et dont le dernier est l'objet d'une étude dans ce travail.

Mots Clés: Jeunes. Délinquance juvénile. Droit pénal. Criminologie. Législation. Réforme législative en Espagne.

La tardanza en el abordaje de una manera profunda y decisiva de la reforma de la justicia juvenil no resulta fácil de comprender. A pesar de los trabajos emprendidos en las décadas de los setenta y de los ochenta, a pesar de lo dispuesto por la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985, sólo en 1992, forzado por la declaración de inconstitucionalidad del art. 15 de la vieja Ley de Tribunales Tutelares de Menores, se lanzó el legislador a una modificación urgente de estos órganos y de su procedimiento. Desde entonces, y anunciada una reforma más en profundidad en la materia, siguen presentándose periódicamente nuevos textos, que no acaban de traspasar el umbral ministerial para convertirse, al menos, en proyectos oficiales.

I. REGULACIÓN EN VIGOR

Tres son los grupos en que cabe repartir, conforme a la legislación en vigor, a los menores y jóvenes desde el prisma penal y penitenciario:

- los *niños* (hasta los 12 años),
- los *menores* (hasta los 16 años) y
- los *jóvenes* y *semiadultos* (desde los 16 a los 18 años; para el derecho penitenciario hasta los 21 y, excepcionalmente, los 25 años).

A) Jurisdicción de Menores: La Ley de 5 de junio de 1992

Regulada la jurisdicción de menores hasta marzo de 1991 por la legislación tutelar de 1948, obsoleta y muy poco compatible con la Constitución, la sentencia 36/1991 (BOE 18 marzo de 1991) del Tribunal Constitucional obligó a cambiar un sistema que había pervivido a pesar de la transición política y de lo dispuesto por la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985. Declarado contrario a la Constitución el art. 15 de la Ley, regulador del procedimiento aplicable ante los Tribunales y Jueces de Menores, con carácter urgente, el Gobierno remitió a las Cortes un Proyecto de reforma urgente de la vieja Ley, aprobada por Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, sobre reforma de la Ley Reguladora de la Competencia y Procedimiento de los Juzgados de Menores (BOE 11 junio 1992)¹.

Estas son las líneas generales del nuevo sistema de menores, introducido en 1992 y vigente en la actualidad:

1) En el plano competencial, frente a la amplitud de la competencia de los anteriores Tribunales, importante restricción de las competencias de los juzgados de menores.

La anteriormente denominada facultad "protectora" queda atribuida a la Administración pública (servicios sociales) y juzgados de familia. Se restringe el concepto de delincuencia juvenil y los nuevos juzgados de menores (verdaderos órganos judiciales especializados integrados en el Poder Judicial) devienen sólo competentes para enjuiciar hechos de naturaleza penal: delitos o faltas, conforme al Código Penal o leyes especiales². Por razón de la edad -y prescindiendo de la antigua facultad represiva (faltas contra menores cometidas por adultos), que se conserva- conocen de los hechos realizados por mayores de 12 años y menores

1. El Tribunal Constitucional por Sentencia 60/1995, de 17 de marzo (Ponente: J.V.Gimeno Sendra), desestimó las cuestiones de inconstitucionalidad presentadas contra esta nueva Ley. Ver B.O.E. 25 abril 1995.

2. No sólo infracciones penales graves. FISCALIA GENERAL DEL ESTADO (FGE), "Líneas generales de actuación del Ministerio Fiscal en el procedimiento de la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio. Instrucción núm.1/93, de 16 de marzo", *Anuario de Derecho Penal*, 1993, p.419.

de 16³, conscientes de la trascendencia de sus actos y de la infracción de una norma social. Cuando los hechos penalmente relevantes son cometidos por menores de doce años, el menor es puesto a disposición de las autoridades administrativas de protección de menores.

2) Adopción de un nuevo procedimiento penal de menores -sin posibilidad de ejercicio de acciones por los particulares- que tiende a asegurar al menor un mejor respeto de las garantías penales y procesales⁴ y el reconocimiento de los derechos fundamentales proclamados por la Constitución: derecho de defensa⁵ y a un proceso con plenas garantías; derecho al juez ordinario predeterminado por la Ley (el del territorio de la provincia); derecho a ser informado de los hechos que se le imputan; derecho a la presunción de inocencia; derecho a no confesarse culpable y a no declarar contra uno mismo.

3) El nuevo procedimiento es una variante del proceso penal de adultos (más acusatorio que inquisitivo) y no está dirigido a menores desamparados o con carencias educativas. Se divide en tres fases (instrucción, comparecencia y audiencia) y parte de la separación de la función instructora y la de resolución, la oralidad y la intermediación. Además, se eliminan las togas y estrados. Las sesiones se celebran en torno a una mesa con vestimenta ordinaria⁶.

4) Principio inspirador de la intervención judicial no debe ser el castigo y la represión,

3. El cómputo se realiza sin incluir día completo (como exigiría el cómputo civil), momento a momento o en favor del menor (FGE, *ibidem*, p.417). Si ya ha dejado de ser menor cuando se descubren los hechos no cabe aplicar el Derecho Penal de menores, pero tampoco el de mayores. Resultado: impunidad penal y tratamiento de la responsabilidad civil a través de la vía civil (*ibidem*, p.418). A juicio de VARGAS CABRERA, puesto que continúan vigentes los arts. 18 y 20 del Texto Refundido, se puede entender que el Juzgado de Menores conserva su jurisdicción para la aplicación de medidas hasta que llegue a los 18 años. "La Ley Orgánica 3/92 sobre competencia y procedimiento de los Juzgados de menores: estudio de sus normas sustantivas y procesales", *Anuario de Derecho Penal*, 1993, p.192.

4. En materia de detención, el Ministerio Fiscal puede ordenar directamente la detención en Centros de acogida y reforma. El menor detenido disfruta de los derechos reconocidos por la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim) y las autoridades y funcionarios que intervengan en el procedimiento están obligados a informar al menor de sus derechos. A su vez, la policía tiene que contactar de inmediato con los técnicos de los servicios sociales. La permanencia coactiva no debe tener lugar en centros policiales ni penitenciarios, sino en centros adecuados para menores. VARGAS CABRERA, B., *ibidem*, p.175.

Igualmente, el MF puede solicitar en cualquier momento las medidas cautelares que se precisen para protección y custodia del menor y el juez debe (la solicitud es vinculante si sólo se pide una medida, FGE, "Líneas generales...", *cit.*, p.427) adoptar las que estime necesarias en interés del menor. Se discute si caben todas las incluidas en el art. 17. En realidad, sólo pueden aplicarse como cautelares las que tengan por finalidad la protección y custodia del menor. En consecuencia, no caben ni la amonestación, ni la libertad vigilada, privación de derecho a conducir ciclomotores o vehículos de motor o prestación de servicios a comunidad. El incumplimiento de las medidas cautelares es potencialmente constitutivo de desobediencia grave a la autoridad. FGE, *ibidem*, p.427.

A solicitud del MF, el juez, a la vista de la gravedad de hechos, su repercusión y las circunstancias personales y sociales del menor puede acordar su internamiento en centro cerrado por el tiempo imprescindible y que debe modificarse o ratificarse en el plazo de un mes, aunque nunca debería superar al límite máximo de la medida definitiva de internamiento (FGE, *ibidem*, p.428). Por su parte, para VARGAS CABRERA (*cit.*, p.179), si tenemos presente la regulación general de la prisión provisional para adultos, el tope máximo debería ser de un año. Aunque la ley no lo diga, para acordar el internamiento el Juez debe oír al menor (FGE, "Líneas generales...", *cit.*, p.429). Desde ese momento se le designa abogado defensor, si no lo han designado los padres (basta con que lo haga uno de ellos si se comparte la patria potestad, FGE, *ibidem*, p.426) o los representantes legales. Si hay contraposición de intereses, lo mejor es el nombramiento de un defensor judicial -art. 163 CC-. FGE, *ibidem*, p.426).

5. Se exige la intervención de abogado (hasta de oficio) desde el mismo momento en que haya de adoptarse alguna medida -cautelar o no- que pueda afectar a los derechos fundamentales del menor.

6. FGE, *ibidem*, p.444.

sino la educación y resocialización, en interés del menor. Se admiten por ello ciertas “desviaciones” respecto del proceso ordinario de adultos⁷:

a) Las sesiones pueden no ser públicas⁸ y en ningún caso se permitirá que los medios de comunicación obtengan o difundan imágenes del menor ni datos que faciliten su identificación (art. 15, 1,14). Además, durante la vista el juez puede ordenar al menor salir de la sala cuando lo considere oportuno, si bien aquél deberá estar presente al comienzo y al final de la vista⁹.

b) Se otorga un especial protagonismo al Fiscal: éste -que, con carácter general, debe asumir la defensa de los derechos, integridad física y moral de todos los menores (art. 781 LECrim y art. 3.7 del Estatuto Orgánico)- se ocupa de dirigir la investigación de los hechos por parte de la policía judicial¹⁰ e incoa, en su caso, el correspondiente expediente¹¹. Igualmente le corresponde defender a los perjudicados por el delito y los intereses sociales, previniendo los hechos punibles que los lesionan, funciones todas ellas difíciles de ejercer simultáneamente¹².

c) Se introduce el equipo técnico, al que se atribuye un “decisivo papel”¹³. Compuesto por psicólogo, trabajador social y educador, asesora al Fiscal y al Juez acerca de la situación psicológica, educativa y familiar del menor (así como sobre su entorno social...).

d) A lo largo del procedimiento se abren diversas vías de diversion, que permiten a diferentes niveles concluir las actuaciones¹⁴, decidir el sobreseimiento libre o archivar el procedimiento sin imposición de medida: en particular, a la vista de la escasa gravedad de los hechos, las condiciones o circunstancias del menor, que no se haya empleado violencia o intimidación, o que el menor haya reparado o se comprometa¹⁵ a reparar el daño causado a la víctima¹⁶.

7. RIOS Y ENRICH, M., “La regulación legal en materia de justicia de menores. Principios inspiradores y criterios de actuación”, en CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL (CGPJ), *La intervención educativa en el ámbito judicial con jóvenes de 16 a 18 años*, Barcelona, 1994, pp.31 y ss.

8. En la línea de la Regla 8 de Beijing.

9. FGE, “Líneas generales...”, *cit.*, p.444.

10. El Ministerio Fiscal no puede hacerlo todo por sí mismo: debe pedir al juez el internamiento provisional, las medidas cautelares, autorización para la entrada y registro domiciliario, realización de exámenes personales o intervenciones corporales, intervención de las comunicaciones. FGE, “Líneas generales...”, *cit.*, p.434.

11. El Ministerio Fiscal no está obligado a hacerlo (FGE, *ibidem*, p.422). Desde la incoación o en la apertura del expediente, el MF ordena también al equipo técnico (*ibidem*, p.430) la elaboración de un informe sobre la situación psicológica, educativa y familiar del menor y de su entorno social. Esto no es necesario cuando se trate de menores internos en un centro de protección o cuando ya haya expedientes sobre él con informes recientes (*ibidem*, p.431). También conviene que solicite informe sobre la viabilidad de llevar a cabo un programa de reparación extrajudicial del daño causado.

12. VARGAS CABRERA, B., “La Ley Orgánica...”, *cit.*, pp.173 y s.

13. URRRA PORTILLO, J. *Menores, la transformación de la realidad. Ley Orgánica 4/1992*, Madrid, p.8. Ver también pp.61 y ss.

14. La decisión de archivar puede modificarse, por ejemplo, por la reiteración de las conductas infractoras. Lo normal será que el expediente sólo abarque hechos nuevos, aunque puede incluir copia de diligencias archivadas. FGE, “Líneas generales...”, *cit.*, p.423.

En cuanto a los supuestos de concurrencia de causas de extinción de la responsabilidad, de inculpabilidad o de exclusión de la pena, la FGE (*ibidem*, pp.423 y s.) considera que, en teoría, no habría que estar a la rigidez del Código Penal, pero, al producirse una remisión a aquél como derecho supletorio, habrá que someterse a lo por él dispuesto. VARGAS CABRERA se muestra partidario de una mayor amplitud, “La Ley Orgánica...”, *cit.*, p.185.

15. En realidad, sólo los menores emancipados tienen reconocida capacidad para obligarse, en general. FGE, “Líneas generales...”, *cit.*, p.436.

16. Para un interesante programa de mediación para menores de 16 años desde 1990 en Cataluña, ver *infra*.

También cabe la cancelación del expediente con remisión del menor a la autoridad administrativa¹⁷ si los hechos no tienen especial trascendencia y no se ha empleado violencia o intimidación¹⁸ o con imposición de alguna medida, como la amonestación.

e) La decisión del juez, absolutoria o condenatoria, no se denomina sentencia sino "Resolución". A partir de las pruebas practicadas debe atender, sobre todo, junto a las circunstancias y gravedad de los hechos, a la personalidad, situación, necesidades del menor y su entorno familiar y social¹⁹. Las resoluciones son recurribles en apelación ante la Audiencia Provincial.

5) A pesar de la rúbrica de su título (que alude a la competencia y procedimiento), la nueva Ley Orgánica no ha dejado de internarse en las medidas a adoptar por los jueces de menores (en ningún caso, de duración superior a dos años). Estas son, en general, educativas y presentan las características siguientes:

a) La Ley no construye un catálogo cerrado o una lista gradual. Por el contrario, se prevé un marco flexible para las medidas, valorando para su aplicación no sólo los hechos, sino también la personalidad, situación, necesidades del menor y su entorno familiar y social²⁰. Las medidas pueden aplicarse de forma simultánea o sustituirse a lo largo de su ejecución²¹.

b) La privación de libertad se reserva para delitos graves, en los que concurra violencia personal, o para los casos de reincidencia en la comisión de otros delitos graves, y siempre que no sea posible otra respuesta adecuada.

c) Se establece un límite máximo de duración de las medidas: dos años, salvo la amonestación y la medida de internamiento de fin de semana. Por su parte, la medida cautelar de internamiento puede llegar hasta un mes; después debe ratificarse o levantarse.

d) La ejecución de las medidas se lleva a cabo por las entidades públicas competentes en materia de justicia juvenil y/o de servicios sociales bajo el control del juez de menores.

e) Existe la posibilidad de suspensión de la decisión (más que de la decisión, de la medida) hasta por dos años²², atendida la naturaleza de los hechos y si se acepta una propuesta de reparación extrajudicial (art. 16,3)²³. Si se incumple la reparación se revoca la suspensión y se da cumplimiento a la medida.

17. A juicio de VARGAS CABRERA ("La Ley Orgánica...", *cit.*, p.171), sólo si estamos ante supuestos de desamparo del art. 172 CC; en otro caso, habrá que actuar conforme al art. 11 del Decreto de 1948, no derogado. Este permite en determinados casos solicitar el internamiento del menor en establecimientos de reforma.

18. Incluso si el Fiscal no lo solicita y aunque sean delitos graves. FGE, "Líneas generales...", *cit.* p.439.

19. El Tribunal Constitucional en su sentencia de 28 de junio de 1993 indicó que la aplicación de las medidas no encontraba su fundamento en los hechos cometidos, sino también en la situación psicológica familiar y social del menor, algo que debía plasmarse en el proyecto educativo y sancionador individual. Por su parte, este mismo Tribunal en su sentencia de 14 de febrero de 1991, añadió que no pueden imponerse medidas más graves o de duración superior a la que correspondería si se tratara de un adulto.

20. Como en la Regla 17,1 de Beijing.

21. FGE, "Líneas generales...", *cit.*, pp.414 y s.

22. FGE, *ibidem*, pp. 450 y 452.

23. Para ejemplos de la práctica reciente, URRÁ PORTILLO, J. *Menores*, *cit.*, pp.155 y ss. Un modelo de "protocolo de reparación" se reproduce en pp.176 y ss. Ver también, FUNES ARTIAGA, J. (dir.), *Mediación y justicia juvenil*, Barcelona, 1995; URRÁ PORTILLO, J. *Adolescentes en conflicto. Un enfoque psicojurídico*, Madrid, 1995.

f) Cabe la revisión²⁴ de las medidas impuestas, salvo la amonestación o el internamiento en fin de semana (art. 23), a la vista de la evolución del menor.

En cuanto a las medidas en particular, la nueva Ley amplía el elenco de sanciones con la introducción de nuevas modalidades de internamiento, la privación del derecho de conducir ciclomotores o vehículos de motor, prestación de servicios en beneficio de la comunidad y tratamientos ambulatorios, así como restringiendo las posibilidades de aplicación de los internamientos. El nuevo art.17 recoge la lista de medidas:

- Amonestación o internamiento por tiempo de uno a tres fines de semana: 36 horas por fin de semana; puede ejecutarse en establecimientos semiabiertos y en el domicilio de los padres²⁵, si éstos responden y con cierto control.

- Libertad vigilada.
- Acogimiento por otra persona -profesional de la educación²⁶- o núcleo familiar.
- Privación del derecho a conducir ciclomotores o vehículos de motor.
- Prestación de servicios en beneficio de la comunidad.
- Tratamiento ambulatorio²⁷ o ingreso en un Centro de carácter terapéutico²⁸.
- Ingreso en un Centro en régimen abierto, semiabierto o cerrado²⁹.

c) Valoración

Desde un prisma general, no cabe duda de que la reforma de 1992 constituye un avance respecto de la situación anterior en cuanto a la intervención judicial sobre los menores infractores. Plenamente judicializados los tribunales a partir de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985, la Ley de 1992 rompe con la situación anterior al adaptar el proceso de menores a la Constitución y restringir el concepto de delincuencia juvenil, que ya no puede sustentarse sobre las llamadas conductas irregulares, sino que exige la comisión por el menor de un delito o falta definido por el Código Penal o las leyes penales especiales.

El modelo resultante de esta reforma urgente de la anterior legislación tutelar (provocada por la sentencia del Tribunal Constitucional) resulta, con todo, muy imperfecto y presenta múltiples flancos a la crítica³⁰.

24. A juicio de la FGE ("Líneas generales...", *cit.*, p.457), no cabe, sin embargo, la sustitución por otra medida.

25. FGE, *ibidem*, p.453.

26. FGE, *ibidem*, p.453.

27. Para menores con adicción a tóxicos o problemas psíquicos o emocionales. El menor permanece en su entorno pero debe asistir a un centro de tratamiento de carácter ambulatorio, apoyado y controlado por un delegado.

28. Esta, como la anterior, es para menores en situación de adicción a tóxicos o con problemas psíquicos o emocionales.

29. Medida a aplicar cuando ya han fallado otras y se trata de delitos graves. En la resolución ha de constar el tipo de internamiento y su duración, que no puede ser superior a dos años. Acerca del internamiento, URRRA PORTILLO, J. *Menores, cit.*, pp.183 y ss.

30. RIOS I ENRICH, M. "La regulación legal...", *cit.*, p.40.

En efecto, como ha destacado E. GIMENEZ-SALINAS³¹, la reforma de 1992 intenta lograr una combinación de tres modelos difícilmente conciliables: el modelo más tutelar, centrado en la educación(sanción) en interés del menor, que no necesita una protección especial de sus derechos; el más judicial-penal -sanción(educación)- preocupado en educar al menor y en atender a sus necesidades, pero, sobre todo, en responder a la infracción cometida, con pleno reconocimiento de todos los derechos y garantías involucrados; y un tercer modelo, que busca retardar al máximo la intervención penal sobre los jóvenes, sin que esto suponga su desresponsabilización³². Resultado: se opta por un sistema contradictorio, lleno de incoherencias ideológicas, "sui generis", mezcla de aspectos penales y educativos, de flexibilidad y proporcionalidad. Un sistema que se esfuerza en construir un proceso penal³³ respetuoso de las garantías procesales, pero que -a pesar de eliminar parafernalias, trastornar con aquel pretexto las funciones naturales de no pocos órganos³⁴ y remitir a las víctimas al orden civil³⁵- demora y retrasa demasiado la intervención educativa³⁶, sin que logre ocultar su verdadero carácter de juicio³⁷ y la filosofía punitiva subyacente.

Dos aspectos resultan especialmente demostrativos de lo anterior: la regulación del equipo técnico y las sanciones.

La Ley de 1992 introduce el informe técnico, tan demandado por la doctrina³⁸, pero resalta el protagonismo del psicólogo en el equipo³⁹. Esto contribuye a la configuración de aquél como una pericia⁴⁰, de acentuado carácter psicológico, dirigida fundamentalmente a determinar el grado de responsabilidad del menor: a partir de la comparecencia -y, en particular, en la vista oral-, la audiencia al equipo técnico se convierte en una mera posibilidad en manos del juez⁴¹, el cual sólo está obligado a oír a aquél para la suspensión del fallo con

31. GIMENEZ-SALINAS COLOMER, E., "Die neuesten Reformen in der spanischen Jugendkriminalpolitik", *Festschrift für Horst Schüler-Springorum*, Berlin, 1993, p.403.

32. GIMENEZ-SALINAS COLOMER, RIFA ROS, A., *Introducción...*, cit., p.153.

33. RIOS MARTIN, J.C. "Críticas a la reforma 'penal' de la Ley Orgánica 4/92 reguladora de la competencia y el procedimiento de los juzgados de menores", *Actualidad y Derecho*, 33, 1992, p.5.

34. Con la puesta de la investigación bajo la dirección del Fiscal se persigue garantizar la independencia del juzgador. En realidad, éste acaba contaminado: toma declaración al imputado en la comparecencia (regla 6), decide sobre medidas cautelares (regla 5) y sobre la apertura de la audiencia... VARGAS CABRERA, B., "La Ley Orgánica...", cit., p.185.

En cuanto al abogado, se limita el derecho de defensa. El abogado defensor, que no es nombrado por el niño, sino por sus padres o representantes legales, se encuentra en inferioridad de condiciones respecto del Fiscal: ni interviene en la instrucción solicitando diligencias, ni puede recurrir decisiones del Fiscal en la fase de instrucción del expediente.

35. Arts. 14 LTTM y 46,2 Reglamento, todavía vigentes.

36. MUÑOZ, J.L. "Estudio sobre la Ley", *Surgam*, 425, 1992, p.26.

37. MUÑOZ, J.L., *ibidem*, p.26.

38. "¡Ya era hora!", exclama A. BERISTAIN en su "Prólogo" a la obra de URRRA PORTILLO, J., *Menores*, cit., p. XIV.

39. GIMENEZ-SALINAS COLOMER, E. y RIFA ROS, A., *Introducción...*, cit., pp.149 y ss. destaca también el acento colocado sobre el psicólogo por la Ley de 1992, URRRA PORTILLO, J., *Menores*, cit., pp.80 y ss.

40. En contra de su carácter de informe pericial, URRRA PORTILLO, J., *ibidem*, p.31.

41. Críticamente, URRRA PORTILLO, J., *ibidem*, p.108.

base en la propuesta de reparación extrajudicial. Ahora bien, dejando al margen otros problemas surgidos en su implantación⁴², desde una óptica no predominantemente punitiva sino centrada en el interés del menor, lo necesario no es tanto un “informe escrito”, formal (a emitir en diez días), cuanto una “información”, lo más informal posible, que ayude al juez a proceder del modo más razonable e imponer la medida más adecuada.

Respecto de las sanciones, la reforma ha sido, ciertamente, poco imaginativa⁴³: aun cuando la ampliación del número de medidas merece una valoración positiva⁴⁴, la lista contenida en el nuevo art. 17 se distingue bien poco de las conocidas por el Derecho Penal de mayores⁴⁵. Se echa en falta la imposición de reglas de conducta, si bien éstas pueden encontrar su acomodo en el marco de la libertad vigilada⁴⁶. Se mantiene, además, la referencia a los centros cerrados, cuando lo que se precisa son unidades de atención individualizada o de intervención específica⁴⁷. De otra parte, algunas de las novedades introducidas requieren dotaciones que faltaban en el momento de aprobación de la Ley y de las que se sigue careciendo: así, se contemplan medidas de internamiento parcial -algo positivo, y que permitirían, en particular, conciliar la aplicación de la sanción con el respeto de los tiempos educativos habituales (curso académico...)⁴⁸ de los menores-, pero falta mucho personal en los Centros, especialmente en los fines de semana; en cuanto a las medidas alternativas de servicio a la comunidad, son también muchas las dificultades a las que se enfrentan⁴⁹. Para terminar, resulta muy criticable la ausencia de todo reglamento de ejecución de las medidas; en particular, de las medidas de internamiento.

B) Jóvenes y Semiadultos

Muy escasas son en España las disposiciones en vigor para el tratamiento penal de los jóvenes y semiadultos.

La normativa más rica es la de la Ley Orgánica General Penitenciaria (art.9 II) y su Reglamento (art.173 del Reglamento de 1996). Estos consideran jóvenes a las personas de uno u otro sexo que no hayan cumplido 21 años; excepcionalmente, y teniendo en cuenta la personalidad del interno, pueden considerarse jóvenes los que todavía no hayan alcanzado los 25 años de edad, personas que, tras su ingreso en prisión, deben ser destinadas a Centros

42. URRÁ PORTILLO, J., *ibidem*, pp. 66 y ss.

43. MANZANA LAGUARDIA, M.P., “Notas acerca del Proyecto de Ley sobre Reforma urgente del procedimiento de Menores”, *Revista General de Derecho*, 571, abril 1992, p.2543. En otros sistemas, las alternativas son mucho más amplias. Ver, por ejemplo, DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., GIMENEZ GARCIA J., “Proyecto ‘OIKOTEN’: Jóvenes delincuentes peregrinos a Santiago de Compostela”, en CARO BAROJA, J. y BERISTAIN, A. (eds.), *Ignacio de Loyola, Magister Artium en Paris 1528-1535*, San Sebastián, 1991, pp.235 y ss.

44. URRÁ PORTILLO, J., *Menores*, cit., p.179.

45. Ver Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social, de 1970.

46. URRÁ PORTILLO, J., *Menores*, cit., pp.179 y s.

47. MUÑOZ, J.L., “Estudio...”, cit., p.27.

48. Sería, en este sentido, procedente contemplar la posibilidad de asistencia a centros de día o de su cumplimiento en fines de semana o períodos vacacionales. MUÑOZ, J.L., *ibidem*, p.26.

49. MUÑOZ, J.L., *ibidem*, p.28.

o departamentos para jóvenes⁵⁰. El nuevo Reglamento Penitenciario, de 9 de febrero de 1996 (BOE núm.40, 15 febrero 1996), insiste (como el texto de 1981) en que el régimen de vida de los departamentos para jóvenes ha de caracterizarse por una “acción educativa intensa ... dirigida a la formación integral de los internos, potenciando y desarrollando sus capacidades por medio de técnicas compensatorias que les ayuden a mejorar sus conocimientos y capacidades, de modo que se incrementen sus oportunidades de reinserción en la sociedad” (art. 173, 1 y 2). Añade, además, que “se fomentará, en la medida de lo posible, el contacto del interno con su entorno social, utilizando al máximo los recursos existentes y procurando la participación de las instituciones comunitarias en la vida del departamento” (art. 173,3)⁵¹.

Por lo demás, los jóvenes quedan sujetos a la legislación de adultos con algunas maticaciones.

El art. 9,3º del Código Penal de 1973, todavía en vigor (disp. derogatoria única, 1. a) L.O.10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal), recoge como causa de atenuación (privilegiada) que el sujeto, mayor de 16 años, no haya alcanzado todavía los 18 en el momento de la realización de los hechos. La importante reducción de la pena que la atenuación conlleva permitirá, por lo general, al sujeto disfrutar de la condena condicional en su primer delito, sin ninguna intervención educativa.

Al lado de lo anterior, el art. 65 del mismo Código Penal, también vigente, ofrece al tribunal la posibilidad alternativa de sustitución de la pena a imponer por internamiento en institución especial de reforma por tiempo indeterminado⁵² hasta la corrección del culpable.

No son pocos los problemas que en sí misma plantea esta medida⁵³, cuya aplicación en

50. El art. 99 del Reglamento Penitenciario de 1996 dispone que “los jóvenes menores de veintiún años sólo podrán ser trasladados a los departamentos de adultos cuando así lo autorice la Junta de Tratamiento, poniéndolo en conocimiento del Juez de Vigilancia”.

En algunos lugares (como p.e. en San Sebastián, con la Fundación Ametzagaña), la Secretaría de Estado de Asuntos Penitenciarios ha suscrito convenios con entidades privadas con objeto de atender de manera más adecuada a los jóvenes presos en proceso de rehabilitación.

51. En estos Departamentos deben estar disponibles “todos los medios educativos y de atención especializada... para responder a las necesidades del tratamiento personalizado del interno” (art. 174,1) y “las condiciones arquitectónicas y ambientales, el sistema de convivencia y la organización de la vida del departamento se estructurarán de manera que se garantice el desarrollo de cinco programas fundamentales: a) un programa de formación instrumental y formación básica... b) Un programa de formación laboral... c) Un programa de formación para el ocio y la cultura... d) Un programa dirigido a la educación física y el deporte... e) Un programa de intervención dirigido a aquellas problemáticas de tipo psicosocial, de drogodependencias o de otro tipo que dificulten la integración social normalizada de los internos” (art. 174,2). El proyecto educativo acorde “con las características personales de cada joven internado”, que será objeto de seguimiento y evaluación periódica, habrá de tenerse en cuenta a la hora de “diseñar el modelo individualizado de intervención o el programa de tratamiento” (art. 175). Por lo demás, se organizarán diversos tipos de régimen, conforme al grado de clasificación de los internos, estableciendo varias modalidades de vida en cada departamento, “caracterizadas por márgenes progresivos de confianza y libertad” (arts. 176 y 177).

52. En la práctica hay graves dificultades para justificar intervenciones educativas de duración superior a la pena prevista por la ley penal. CAVERO FORRADELLAS, G., “Valoración por el fiscal de los programas de intervención educativa en el ámbito judicial con jóvenes de 16 a 18 años”, en CGPJ, *La intervención educativa...*, cit., p.93.

53. Así, en cuanto al seguimiento y control de la medida, la posibilidad o no de abono de la prisión preventiva, redención, permisos, libertad condicional... CRESPO I PALENCIA, R., “El desarrollo de los programas de internamiento por aplicación del artículo 65 y de libertad provisional con asistencia educativa: una experiencia alentadora” (p.124) y JORI I TOLOSA, J.L., “Análisis jurídico de las posibilidades de intervención educativa con jóvenes de 16 a 18 años” (pp.53 y ss.), ambos en CGPJ, *La intervención educativa...*, cit. Ver también CAVERO FORRADELLAS, G. “Valoración...”, cit., p. 93.

la práctica es muy reducida. En realidad, y prescindiendo de experiencias aisladas, sólo en Cataluña puede hablarse de una aplicación ordenada de las posibilidades que ofrece el art. 65 del Código Penal⁵⁴.

En cuanto a la intervención educativa en el ámbito procesal⁵⁵, por lo general, durante la instrucción el juez debería dejar al joven en libertad provisional, con comparencias periódicas ante el delegado de libertad vigilada (art. 530 LECrim). No obstante, también puede enviar al menor de 18 años a prisión preventiva. En tal caso, el lugar de internamiento debería ser un Centro adecuado a su propia personalidad y previa observación⁵⁶.

C) Conclusión: Necesidad de una Ley Penal Juvenil

El repaso de la regulación en vigor para los menores y jóvenes infractores pone de manifiesto la necesidad imperiosa de un cambio de la política criminal en este ámbito. Como ya demandaran entre otros los Jueces de Menores en 1988⁵⁷, a pesar de la reforma de 1992, sigue siendo precisa una nueva Ley Penal Juvenil. Una Ley que revise los actuales límites de edad y que permita, en especial respecto de los jóvenes, algo más que la estéril opción actual entre la cárcel o la práctica impunidad.

En efecto, la escasez de respuestas específicas para jóvenes y semiadultos contrasta con la legislación de menores. Esta contempla un sistema híbrido y con fuertes contradicciones ideológicas, recientemente reformado, que, a la postre, buscando una intervención protectora y no estrictamente punitiva, corre el riesgo de acabar tratando al menor de un modo más duro que al joven delincuente. Más pensado para los jóvenes, en los que la declaración de responsabilidad penal puede ser importante para su proceso de maduración, curiosamente el modelo actual resulta aplicable a niños de 12 a 14 años, y en general a los menores de 16 años, no a los de 16-18 o hasta los 21 años⁵⁸. Todo ello, cuando se encuentra ampliamente aceptado que someter a un niño menor de 13 ó 14 años a un proceso penal no sólo resulta inadecuado, sino también un absurdo⁵⁹.

II. EL NUEVO CODIGO PENAL

Desde la aprobación de la Constitución en 1978 largo ha sido el proceso de reforma y sustitución del viejo Código. Ya en 1980 se tramitó en el Parlamento un Proyecto que no alcanzó a ver la luz debido a la disolución de las Cámaras. Tras la victoria del Partido Socialista en 1982, se preparó una Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código Penal, pero

54. Ver DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., GIMENEZ SALINAS COLOMER, E., "Situación actual y perspectivas de futuro del tratamiento de los infractores juveniles en España", (pendiente de publicación en el Libro Homenaje al Prf. Dr. J.R. Casabó), Valencia.

55. JORI i TOLOSA, J.L., "Análisis jurídico...", *cit.*, pp.53 y ss.

56. También el Fiscal puede instar el ingreso en centro educativo. CAVERO FORRADELLAS, G., "Valoración...", *cit.*, pp. 85 y ss.

57. Ver URRRA PORTILLO, J., *Menores*, *cit.*, p.19.

58. GIMENEZ-SALINAS COLOMER, E., "Die neusten Reformen...", *cit.*, pp. 405 y 407.

59. GIMENEZ-SALINAS COLOMER, E. y RIFA I ROS, A., *Introducció...*, *cit.*, p.170.

no llegó a convertirse en Proyecto. En septiembre de 1992 el Gobierno remitió a las Cortes un Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal que vio igualmente interrumpida su tramitación por la disolución del Parlamento. Por fin, en 1995 fue aprobado el Proyecto enviado en 1994, promulgado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre (BOE núm.281, de 24 de noviembre de 1995) y que entró en vigor el 25 de mayo de 1996, a los seis meses de su completa publicación (disp. final séptima).

La solución que los distintos textos han dado al tema de la edad penal no ha sido idéntica.

El Proyecto de 1980 colocó la mayoría de edad penal en los 15 años (art. 26,3º), remitiendo a los tribunales tutelares de menores a quienes sin haber llegado a esa edad cometieren alguna infracción penal. Entre 15 y 18 años se apreciaba una importante atenuación de la responsabilidad criminal por razón de edad y se autorizaba a los jueces y tribunales a sustituir la pena por internamiento en centro de rehabilitación social hasta su corrección (máximo 10 años), con posibilidad de imposición de ciertas medidas tras el internamiento (arts.27, 3º y 148).

Por su parte, la Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código Penal de 1983 elevaba la mayoría de edad penal a los 18 años y formulaba normas especiales para los jóvenes de edades comprendidas entre 18 y 21 años que cometieren un delito (art. 99). En tales casos, el Tribunal, razonadamente y previo informe de peritos (entre los que destacaban los criminólogos), podía sustituir la pena de prisión por internamiento en un centro reeducador para jóvenes hasta un máximo de cuatro años. Cumplida la medida de internamiento, el Tribunal quedaba autorizado a suspender el cumplimiento del resto de la pena si procedía la libertad condicional e, incluso, a imponer la observancia de reglas de conducta. La Propuesta ordenaba asimismo al Gobierno la presentación en seis meses de un Proyecto de Ley sobre Derecho Penal Juvenil.

El Proyecto de Código (1992) mantuvo la mayoría de edad penal en los dieciséis años (art. 19, 3º), remitiendo los hechos cometidos por menores de esta edad a los juzgados de menores. Por lo demás, junto a la habitual atenuación de la pena por edad (arts. 20, 3º y 69), el Proyecto se limitó a prever (art. 107) que al mayor de 16 años y menor de 18 que cometiera un delito castigado con pena privativa de libertad inferior a seis años, el tribunal podía sustituirle su ejecución en todo o en parte por internamiento en centro reeducador para jóvenes por tiempo no superior al de la pena y, cumplida la medida, acordar alguna regla de conducta.

El Nuevo Código Penal de 1995 eleva la mayoría de edad penal a los 18 años (art. 19) y los hechos delictivos cometidos por menores de esa edad se remiten a la ley que regule la responsabilidad penal del menor, a cuya entrada en vigor deberá esperarse para la plena aplicabilidad de lo dispuesto por el art. 19 (disp. final séptima). Entre tanto, deja vigente los arts. 9,3 y 65 del Código Penal de 1973 y se ordena a los jueces o tribunales que deban enjuiciar hechos cometidos por menores de dieciocho años, la solicitud a "los equipos técnicos que están al servicio de los jueces de menores" de la "elaboración de un informe sobre la situación psicológica, educativa y familiar del menor, así como sobre su entorno social y, en general, sobre cualquier otra circunstancia que pueda haber influido en el hecho que se le imputa" (disp.transitoria duodécima). Por su parte, el art. 69 prevé que -en los casos y con los requisitos que ella misma determine- las disposiciones de la ley penal juvenil puedan aplicarse a sujetos de edades comprendidas entre 18 y 21 años que cometan un hecho delictivo.

III. REFORMA PROYECTADA

Múltiples son los textos conocidos para la reforma de la justicia juvenil. Si ya con anterioridad a la Sentencia del Tribunal Constitucional se difundieron algunas propuestas de Anteproyecto, la labor prelegislativa se acentuó con la declaración de inconstitucionalidad, anunciando la propia Exposición de Motivos de la L.O. Reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores, de 5 junio de 1992, que su contenido debía considerarse, tan sólo, un “adelanto”, en parte, “de una renovada legislación sobre reforma de menores, que será objeto de medidas legislativas posteriores”. Sin embargo, cuando esto se escribe todavía no existe propiamente un Proyecto oficial de reforma, siendo el de 30 de octubre de 1996 el último de los Anteproyectos conocidos.

Frente a lo que sucedió con los últimos Anteproyectos anteriores, que se presentaban como Leyes “penales” juveniles y de menores⁶⁰, el nuevo Anteproyecto (elaborado, al parecer, por A.García Pablos, F.Pantoja y V.Garrido Genovés) se denomina Anteproyecto de Ley Orgánica de Justicia Juvenil, prescindiendo por tanto de toda referencia explícita a lo penal en su rúbrica. La propia Exposición de Motivos explica este cambio de perspectiva, cuando se refiere a la naturaleza no penal sino “sancionadora educativa” que ha de tener la intervención sobre menores. Por su parte, el art. 2 del Anteproyecto afirma explícitamente que la responsabilidad exigible en relación con el art. 19 del Código Penal -que en la nueva redacción prevista elimina toda referencia a “responsabilidad penal” de los menores que cometan hechos tipificados por el Código y alude al “reproche a su conducta”⁶¹- será “de carácter social”, lo que en otros pasajes del Anteproyecto se identifica con el empleo de respuesta ausentes de venganza o retribución y centradas en el “interés del menor”.

La falta de carácter penal de la intervención no es, con todo, obstáculo para la declaración del principio de presunción de inocencia y la articulación de un “proceso garantista”, sobre la base del proceso penal de adultos, derivadas del carácter sancionatorio de las respuestas previstas. Estas pueden afectar a menores de 18 años y mayores de 14 (en el Anteproyecto de 1995, 13 años), los potencialmente sujetos a la intervención prevista por el Anteproyecto (art. 2), aunque estableciendo importantes distinciones entre los grupos de edad 14-16 y 16-18. Excepcionalmente, también se prevé la aplicación de la ley a mayores de 18 y menores de 21 (art. 69 CP), a la vista de las circunstancias personales del menor, su grado de madurez, la naturaleza y gravedad de los hechos y del informe del equipo técnico (art. 4). Se excluye en todo caso de la posibilidad de enjuiciamiento a través de la Jurisdicción de Menores, a los mayores de 18 años que cometan delitos de homicidio, lesiones graves, delitos contra la libertad, detenciones ilegales y secuestros, agresiones y abusos sexuales, robos violentos, delitos contra la seguridad colectiva, incendios, delitos de terrorismo y delitos contra el derecho de gentes y de genocidio (art. 4-3).

De otra parte, también es la legislación penal material (el Código Penal y las leyes penales especiales) la que determina las infracciones susceptibles de enjuiciamiento.

60. Ver una explicación de su contenido en J.L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, E.GIMENEZ SALINAS, “Situación actual...”, *cit.*

61. En efecto, la disposición adicional 1ª retoca la redacción del art. 19,2 en el sentido siguiente: “Cuando un menor de dicha edad cometa un hecho tipificado en este Código se le prodrá expresar el reproche a su conducta, con arreglo a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Justicia Juvenil”.

Construido el Anteproyecto como un texto de carácter más procesal que material, una vez delimitado su ámbito de aplicación en el Título Primero, se entra a partir del Segundo Título en la instrucción, no sin antes declarar la competencia del Ministerio Fiscal para “la defensa de los derechos que a los menores y jóvenes reconocen las leyes, así como la vigilancia de las actuaciones que deban efectuarse en su interés y la observancia de las garantías del procedimiento”, cometidos que se añaden a su deber de dirigir la investigación de los hechos e impulsar el procedimiento (art. 5).

Dieciséis son las medidas previstas (art. 30):

Internamiento en centro cerrado, dividida en dos períodos, uno en centro cerrado y otro de libertad vigilada.

Internamiento en centro semiabierto.

Internamiento en centro terapéutico (para adictos al alcohol u otras drogas y para menores con disfunciones significativas en su psiquismo).

Asistencia a un centro de día.

Tratamiento ambulatorio.

Arresto con tarea de fin de semana

Libertad vigilada con supervisión intensiva.

Libertad vigilada con tareas socioeducativas.

Libertad vigilada simple.

Acogimiento en una familia o grupo educativo.

Servicios en beneficio de la comunidad.

Realización de tareas socioeducativas.

Reparación a la víctima.

Conciliación con la víctima.

Amonestación.

Privación del permiso de conducir ciclomotores, vehículos a motor o licencias administrativas para caza o cualquier tipo de armas.

Estas medidas deben someterse a ciertas reglas de aplicación (art. 33)⁶²:

Así, por la naturaleza jurídica de los hechos, los calificados de falta sólo pueden recibir amonestación, arresto con tarea de fin de semana y trabajos en beneficio de la comunidad de hasta 6 fines de semana y 6 sesiones respectivamente. Por su parte, el internamiento en centro cerrado sólo es posible cuando haya habido empleo de violencia o intimidación o estos ante uno de los delitos anteriormente mencionados para excluir la aplicabilidad de la jurisdicción juvenil a mayores de 18 años.

62. Las medidas prescriben a los tres años, si tienen un plazo superior a dos, y a los dos años las restantes, excepto la amonestación, los servicios en beneficio de la comunidad y el arresto con tarea socioeducativa, para los que se prevé un año de prescripción (art. 30-5).

Desde el prisma de su duración, las medidas no pueden exceder de dos años; la de servicios en beneficio de la comunidad tiene el límite superior de 10 horas y el arresto con fin de semana hasta 8 fines de semana.

En casos de concurso real, el Anteproyecto prevé la imposición de una “única medida” (art. 33-7º). En los concursos ideales o mediales debe atenderse sólo a la infracción más grave (art. 35). La sanción puede imponerse, además, en su máxima extensión en los supuestos de continuidad o de infracción con pluralidad de víctimas (art. 36). En cuanto a la imposición de varias medidas para su cumplimiento simultáneo, el art. 34 autoriza al juez a su sustitución o su cumplimiento sucesivo, pero sin que se supere el doble del tiempo de la más grave y siempre que se respeten los plazos límite indicados.

Las reglas anteriores encuentran algunas excepciones para los mayores de 16 años. Estos pueden verse sometidos a medidas de hasta cinco años de duración (o de trabajos en beneficio de la comunidad de hasta 200 horas y/o arresto con tarea de hasta 16 fines de semana) si los hechos cometidos o sus circunstancias fueran especialmente graves o si presentan conductas especialmente violentas y carentes del respeto mínimo a los principios de la convivencia social constatados por el equipo técnico. Además, en casos de extrema gravedad, la medida de internamiento en centro cerrado por cinco años puede completarse con otra de libertad vigilada, de ejecución sucesiva, hasta por otros cinco años.

Criterios para la imposición de las medidas han de ser, “de modo flexible”, la naturaleza de los hechos probados y el interés del menor puesto de manifiesto por el equipo técnico (art. 31), no pudiendo el juez optar por una mayor restricción de derechos o por una duración superior a la solicitada por el Ministerio Fiscal (art. 32). En cuanto a su ejecución, que no se modifica por el hecho de que se alcance la mayoría de edad (art. 38), bajo el control del juez de menores, debe llevarse a cabo, en principio, por la entidad pública de protección de menores de cada Comunidad Autónoma (arts. 2 y 41), otorgándose al juez cierto marco de decisión para dejar sin efecto la medida, reducirla u ordenar su sustitución, atendidos los objetivos socioeducativos pretendidos y siempre que, habiéndose ya expresado el reproche por la conducta cometida, ello se haga en interés del menor (art. 37).

No es éste el único supuesto de suspensión de las medidas.

El art. 29 regula la suspensión condicional de la ejecución del fallo, acordable por el juez de menores hasta por un máximo de dos años. Condiciones de la suspensión son: el no ser condenado ni sometido a medida en sentencia firme por delito cometido durante el tiempo de la suspensión. La suspensión puede verse acompañada por la obligación de realizar una actividad socioeducativa. De incumplirse las condiciones o la tarea el juez ordenará el cumplimiento de la sentencia.

De otra parte, a lo largo del Anteproyecto existen vías abiertas para la diversion.

- Así el art. 7 permite al Fiscal no incoar expediente respecto de menores de 16 años de primariedad delictiva si entiende que los hechos (delitos menos graves o faltas) pueden encontrar corrección en el ámbito educativo y familiar y se comprometen a ello los padres o representantes legales.

Esta decisión puede también derivarse, en un procedimiento ya incoado (y conforme al art. 15-4º), del contenido del informe del equipo técnico, el cual puede proponer “la conveniencia de no continuar la tramitación del proceso en interés del menor, por haber expresado suficientemente, a través de los trámites ya practicados, el reproche al mismo, o por considerar inadecuada al interés del menor toda intervención dado el tiempo transcurrido desde

la comisión del hecho". De proponerse por el equipo técnico y entender el Fiscal que los hechos pueden encontrar corrección conforme al art. 7, presenta propuesta de sobreseimiento al Juez.

En el marco de la instrucción, también puede el Fiscal proponer el sobreseimiento (art. 17) atendida la poca gravedad de los hechos, las condiciones y circunstancias del menor y siempre que no hubiere violencia o intimidación, cuando el menor, con el consentimiento de sus representantes legales, haya reparado el daño causado o se haya comprometido a cumplir la actividad educativa propuesta por el equipo técnico. Ahora bien, si el menor no cumple con la reparación o actividad educativa o no se alcanza el objetivo educativo propuesto, el Fiscal continuará con la tramitación del expediente.

Pasando al proceso de menores, éste se divide en tres fases: instrucción, fase intermedia y audiencia.

Protagonista de la instrucción es el fiscal, a quien compete la dirección de la investigación y el impulso del procedimiento. Es él quien recibe la "notitia criminis" y acuerda la apertura del expediente (uno por cada menor, no por hecho: art. 8), debiendo dar cuenta de ello al Juez de Menores. También debe notificarlo al menor para su conocimiento y designación del abogado, que de no nombrarlo será elegido de oficio de entre los integrantes del turno de especialistas del Colegio de Abogados (art.10). A partir de entonces, el letrado del menor podrá proponer la práctica de diligencias y tendrá acceso al expediente siempre que lo solicite, salvo que haya sido declarado secreto; en todo caso, lo conocerá íntegramente en el momento en que deba evacuar sus alegaciones (art. 10-2). Finalmente, el Fiscal debe poner en conocimiento del perjudicado la apertura del expediente, de modo que éste -que no puede ser parte en el proceso (art. 13)- tenga oportunidad de ejercer las acciones civiles y, en su caso, personarse ante el Juez en la pieza separada de responsabilidad civil (art. 10 y arts. 42 y ss.).

No es competencia del Fiscal la adopción de medidas o la práctica de diligencias restrictivas de los derechos fundamentales del menor, que deben solicitarse al Juez. Las medidas cautelares pueden encontrar su fundamento en razones de protección y custodia del menor y se encuentran previstas por el art. 16, el cual alude expresamente al internamiento en centro cerrado, con un máximo de tres meses prorrogables hasta la celebración de la audiencia.

Incoado el expediente, el Fiscal solicita al equipo técnico la presentación en diez días (prorrogables hasta un mes "en casos de gran complejidad") de un informe "sobre la situación psicológica, educativa y familiar del menor, así como sobre su entorno social y en general sobre cualquiera otra circunstancia que pueda haber influido en la comisión del hecho... pudiendo proponer una intervención socieducativa". También informará el equipo, si lo entiende oportuno, sobre la conveniencia de proponer una actividad reparadora o de conciliación con la víctima e incluso de no continuar la tramitación del proceso en interés del menor (art. 15).

Recibido el informe técnico y practicadas las diligencias oportunas, el Fiscal decreta la conclusión del expediente y lo notifica al letrado del menor, elevando al juez el expediente con descripción y valoración de los hechos, participación del menor, circunstancias personales y sociales de éste, propuesta de medida o de sobreseimiento, todo ello fundamentado desde el prisma jurídico y educativo. Igualmente propondrá la prueba que apoye sus pretensiones así como la citación para la audiencia de personas o instituciones que puedan ser de interés (art. 19). El juez da traslado al defensor del escrito de alegaciones del fiscal y le concede cinco días para la presentación de las suyas (art. 20).

De conformarse el menor y el letrado, en comparecencia, con la petición del fiscal y si ésta consiste en amonestación, conciliación, reparación a la víctima o arresto con tarea de fin de semana, el juez dicta sentencia sin más trámite (art. 21). En otro caso, a la vista de las alegaciones de las partes decide, bien la celebración de audiencia, o el sobreseimiento, archivo o remisión al juez competente (art. 22). Caso de decidir la celebración de la audiencia se pronuncia sobre la pertinencia de las pruebas y señala el día y hora de la audiencia “en el plazo procesal hábil más inmediato posible” (art. 23).

El menor puede acudir a la audiencia acompañado -en principio, y salvo que el juez decida lo contrario- por sus representantes legales. Ahora bien, las sesiones no son públicas y “en ningún caso se permitirá que los medios de comunicación social obtengan o difundan imágenes del menor ni datos que permitan su identificación” (art. 24)⁶³. El juez debe informar al menor, de forma comprensible y teniendo en cuenta su edad, acerca de las medidas solicitadas y los hechos y causas que las sustentan. A continuación, pregunta al menor si se declara autor de los hechos y si está conforme o no con lo solicitado por el Fiscal, pudiendo dictar resolución de conformidad si todos, con inclusión del letrado, están de acuerdo. Si el letrado no está de acuerdo, el juez decide si debe continuar o no la audiencia. Si la discordancia del menor sólo se refiere a la medida, la audiencia se sustancia tan sólo para decidir sobre este punto (art. 25).

En la audiencia, y una vez que el fiscal y el letrado del menor manifiesten lo que deseen sobre la práctica de nuevas pruebas o la posible vulneración de algún derecho fundamental en el procedimiento (que de apreciarse obligará a su subsanación), se inicia la práctica de la prueba admitida, se oye al equipo técnico e intervienen el fiscal y el letrado del menor. Por último, el juez da la palabra al menor y deja la causa vista para sentencia (art. 28).

La sentencia debe dictarse en un plazo de tres días (art. 27), pudiendo hacerse también “in voce” al finalizar las sesiones de la audiencia (y sin perjuicio de su documentación) (art. 28-1). Su redacción ha de ser en lo posible clara y comprensible para el menor (art. 28-2), debiendo valorarse las pruebas, las razones expuestas por las partes, lo manifestado por el menor, su situación, necesidades y circunstancias, la gravedad y circunstancias de los hechos.

El Título Octavo del Anteproyecto se ocupa del régimen de recursos de apelación ante la Sala de Menores de los Tribunales Superiores de Justicia, así como de los recursos de reforma contra autos y providencias de los jueces de menores (art. 39). También se prevé un recurso de casación, para unificación de doctrina, ante la Sala 2ª del Tribunal Supremo (art. 40).

Por último, y en cuanto a la ejecución de las medidas (Título Noveno), ésta se hará por las entidades públicas de protección de menores competentes en el territorio, salvo que por interés del menor deba hacerlo otra entidad pública y así lo acuerde el juez de menores por auto motivado. La ejecución se realiza bajo el control jurisdiccional del juez de menores que dictó la medida. Las entidades públicas remitirán al Juez y Fiscal (y al letrado del menor, si lo solicita), informes mensuales sobre el cumplimiento de la medida y un informe final al tér-

63. El juez puede en cualquier momento ordenar que el menor salga de la sala si lo entiende oportuno, de oficio o a solicitud de las partes (art. 26.3).

mino de la misma. Dispone el art. 41-8 que “el juez, de oficio o a instancias del fiscal o del letrado del menor, podrá instar de la entidad pública de protección de menores que una vez acabada la ejecución de la medida impuesta, se arbitren los mecanismos de protección conforme a las normas del código civil, cuando el interés del menor así lo requiera”.

Breve comentario:

El nuevo Anteproyecto representa, en cierto modo, un cambio de rumbo respecto de los textos inmediatamente anteriores que, partidarios de “llamar a las cosas por su nombre”, como había propuesto un sector de la doctrina, preferían entender que toda respuesta sancionatoria de contenido privativo o restrictivo de derechos individuales, impuesta al autor de un hecho delictivo debía ser considerada una respuesta penal, sin eufemismos, si bien se admitía la existencia, al lado del derecho penal de adultos, de un sistema penal de menores y jóvenes que tuviera especialmente en cuenta, en particular para las sanciones, la edad y características especiales de éstos.

El Anteproyecto, que no rechaza hablar de responsabilidad de los menores por hechos tipificados como delitos o faltas, lo cual parece muy razonable y constituye un importante paso adelante, se opone a calificar esa responsabilidad como responsabilidad penal y prefiere aludir a una “responsabilidad social” (art. 2-1), derivada de la comisión “reprochable” (nuevo art. 19 del CP que se propone) de un hecho delictivo por parte de un mayor de 14 años y menor de 18. El esfuerzo terminológico parece interesante, aunque no pasa de ser una mera (y peligrosa) manifestación de buenas intenciones. El texto del Anteproyecto en modo alguno inventa un nuevo sistema de reacción en el marco de la justicia juvenil. Cuando uno repasa el articulado comprueba que el sistema propugnado sigue siendo un sistema mixto, punitivo-educativo, que como en los proyectos anteriores continúa presentando importantes contradicciones y tensiones internas. Tampoco el cambio de rumbo determina una suavización o reducción de la carga punitiva de la intervención judicial y de sus respuestas.

Aún más, el reconocimiento explícito del carácter penal de la responsabilidad de los menores infractores, llevó a insistir de manera acentuada en la necesidad del máximo respeto de las garantías penales básicas (materiales y procesales). Pues bien, curiosamente, el Anteproyecto (tal vez porque automáticamente se baja la guardia, al insistir en que el sistema no es de responsabilidad penal, sino social) afirma sí la necesidad del respeto de los derechos y garantías del menor, pero no deja de representar un cierto retroceso en este plano. Esto se observa por una parte en cuanto a las reglas y criterios de determinación de la responsabilidad penal. Eliminada la remisión en este punto al Código Penal (que preveía el texto del Anteproyecto anterior), el nuevo Anteproyecto no aporta reglas suficientemente claras específicas que puedan servir para rellenar el contenido de esa nueva responsabilidad social. Esta, a la postre se traduce en una declaración de responsabilidad por sentencia en atención a las circunstancias y gravedad de los hechos, personalidad, situación, necesidades y entorno familiar y social del menor. Ciertamente, no se alude al “restablecimiento del orden jurídico” y, a la hora de la imposición de las medidas, se acentúa (como en todos los textos anteriores) la necesidad de atender al interés del menor, pero no por ello el “cambio de etiquetas” determina verdaderamente una transformación del sistema.

Especialmente ilustrativo del posicionamiento del Anteproyecto en el plano de las garantías es la regulación de las medidas cautelares a imponer durante la instrucción o del ámbito ejecutivo. Si en textos anteriores se detallaban las medidas cautelares aplica-

bles⁶⁴, estableciendo límites a las mismas y ordenando el cómputo de su tiempo como tiempo de cumplimiento, en su caso, de la medida, el Anteproyecto de 1996 simplifica la regulación, limitándose a establecer el procedimiento y cierto límite temporal a la medida de internamiento que, no obstante, resulta prorrogable hasta la celebración de la audiencia. En cuanto al plano ejecutivo, la regulación actual es puramente procesal y ajena a toda perspectiva regimetal, particularmente en cuanto a los internamientos. Esto contrasta con Anteproyectos anteriores que llegaban a declarar los derechos de los sometidos a las medidas y a entrar en la definición directa o indirecta (por remisión a los reglamentos de los centros) de elementos básicos del régimen de ejecución. El hecho de que el Anteproyecto prevea que la ejecución se llevará a cabo en instituciones públicas no constituye razón suficiente para eximir al legislador de la tarea de definición de los derechos de los sometidos a las medidas y de los standards mínimos de su ejecución.

Para terminar, incluso la Ley mejor intencionada y más apoyada desde el prisma político y parlamentario puede quedar en puro papel mojado si no va acompañada de la previsión de los medios necesarios para su aplicación. Esto, que resulta aplicable a todo texto legislativo, es algo especialmente de resaltar respecto del nuevo Anteproyecto de Ley, que ha de convertir en efectiva la disposición del Código Penal que eleva la mayoría de edad penal de 16 a 18 años. Como hace tiempo puse ya de manifiesto⁶⁵, a nadie debería ocultársele la repercusión que esta elevación de la edad penal ha de tener en el volumen de trabajo (y su complejidad) de los actuales Juzgados de Menores y de los órganos de aplicación de las medidas impuestas.

64. En el Anteproyecto de 1995: detención; internamiento provisional con una duración máxima de tres meses; si el delito tenía señalada pena de prisión de diez años o más, el internamiento provisional se podría prorrogar por dos periodos más de tres meses cada uno; libertad provisional, con la obligación de que el joven o menor compareciera ante el Juez el primer y decimoquinto día de cada mes; privación provisional del derecho a conducir vehículos de motor y ciclomotores; privación del derecho al uso de armas; obligación de vivir con determinada persona, familia o institución.

65. DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., "La reforma de la legislación tutelar: ¿Un Derecho penal de menores y jóvenes?", en A.BERISTAIN, J.L. DE LA CUESTA, *Los derechos humanos ante la Criminología y el Derecho Penal*, Bilbao, 1986, pp. 192 y ss.