



Associazione Italiana dei Magistrati per i Minorenni e per la Famiglia
(www.minoriefamiglia.it)

XXV Convegno nazionale AIMMF
"Minori, famiglia, persona: quale giudice?"
Taranto, 26-28 ottobre 2006

LA JURISDICCION DE MENORES EN ESPAÑA

Lluís Francesc Peris Cancio

Introducción:

El modelo judicial de menores en España y en Italia tienen aspectos comunes. La historia y las fuentes presentan líneas generales similares. En los últimos años, la ratificación de Convenciones y tratados internacionales, y la convergencia legislativa europea orientan en modo explícito los principios y garantías de los derechos de los menores que inspiran (y vinculan) la intervención judicial.

Pero es también cierto que España presenta aspectos interesantes que pueden ser un estímulo de reflexión para el actual contexto italiano, no solo en cuanto a sustanciales diferencias de concepción respecto a la titularidad de la responsabilidad de la protección de menores, sino sobre todo en el modo de organizar el sistema y en los criterios de eficacia.

En cuanto a la legislación penal de menores, nos encontramos en un momento de particular importancia, pues la reforma de la ley orgánica 5/2000 se encuentra en un avanzado momento de su trámite parlamentario, y lo afrontaremos en el último punto de la ponencia.

Veámoslo por partes.

1. Legislación civil y legislación administrativa sobre protección de menores en España

La primera afirmación que cabría hacer es que no hay un único sistema de protección de menores, idéntico en todo el Estado sino que aparecen variaciones del mismo en función del alcance con que las Comunidades Autónomas han asumido la competencia en la materia. Ciertamente, no se trata de diferencias esenciales, pero sí que podemos encontrar una regulación dispar de las distintas instituciones de protección pública de menores en los distintos territorios autonómicos. Un límite dentro del cual ha de dibujarse el marco jurídico autonómico de protección de menores viene constituido por el propio Código civil. En él se contienen las técnicas de protección de menores tradicionalmente enraizadas en el Derecho de Familia. Este texto ha sido objeto de una trascendental reforma en relación con las técnicas de protección de menores, de manera que desde 1996 por remisión del artículo 172.1 del Código Civil y por la asunción de la competencia en materia de asistencia social recogida en el artículo 148.1 de la Constitución española.

La reforma operada por la Ley Orgánica 1 /1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (BOE de 17 de enero) ha optado por abandonar el modelo inmediatamente anterior que otorgaba a los jueces un papel preeminente en relación con la protección de menores, para poner el acento actualmente en el papel de las Administraciones públicas competentes, principalmente las autonómicas. Código civil y legislación autonómica constituyen, simultáneamente, el marco jurídico general en materia de protección de menores.

La decisión por la integración de las Administraciones públicas en el modo de ofrecer protección a los menores presenta ventajas respecto del sistema anterior de 1987: mayor proximidad a (y, por tanto, mejor conocimiento de) la situación del menor, mayor flexibilidad en la actuación, pudiendo adoptar medidas muy diversas en función de las circunstancias del caso y, sobre todo, mayor eficacia de actuación, pues el sistema judicial se encontraba congestionado y por ello no siempre estaba en condiciones de ofrecer la mejor protección que el interés del menor requería. Pero, lógicamente, también presenta algunos inconvenientes.

La opción de confiar a la Administración muchas de las decisiones que afectaran a la situación jurídica de los menores, especialmente de aquellos que se encuentren en una situación de especial desprotección no ha supuesto sólo un cambio en cuanto al ente u órgano que lleva a cabo dichas decisiones (el juez o la Administración autonómica, respectivamente) sino que principalmente supone un cambio sustancial en cuanto a las reglas de actuación de dicho sujeto. Así, al menos una parte de las decisiones que para la protección de menores ha de adoptar la Administración queda sujeta al Derecho administrativo. Y ello es importante no sólo a efectos impugnativos (en principio, estos asuntos se han de ventilar ante la jurisdicción ordinaria) sino, en un momento anterior, por la actuación investida del poder de autotutela que caracteriza genéricamente el actuar administrativo, de manera que para tomar determinadas decisiones en este ámbito la Administración no requiere la previa. Con todo, hoy es la legislación autonómica la que más ampliamente regula el sistema de protección pública de menores, por remisión del artículo 172.1 del Código Civil.

2. Características generales del sistema de protección pública de menores en España.

Lo dispuesto en el artículo 39 CE en relación con la protección de los menores y de la familia debe ser puesto en relación con el mandato general del artículo 9.2 CE, en el que se concreta la cláusula de Estado Social que caracteriza nuestro modelo de Estado, y en virtud de la cual «corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social». Se impone a los poderes públicos, muy especialmente a las Administraciones públicas, un mandato de intervención positiva para lograr la igualdad real y material de todos los ciudadanos. La constitución en España es 30 años más joven que la italiana, y su texto tiene una gran fuerza!

La otra razón que parece justificar el cambio de opción legislativa en relación con la protección de menores se halla, según recoge la Exposición de Motivos de la LOPJM, en la diversa concepción que del menor ahora se tiene. Éste no sólo se contempla como miembro de una familia (ello explicaría su tradicional ubicación dentro del Derecho de Familia, y el hecho de que aquello que tuviera que ver con el menor se resolviera dentro de dicho ámbito) sino, además, como integrante de una sociedad a cuya conformación contribuye activamente. De ahí que los poderes públicos se encuentren especialmente preocupados ahora en la protección de menores.

En esta línea el artículo 10.2 LOPJM habilita diversos cauces que podrían catalogarse como de carácter público por los que poder hacer efectiva la protección del menor:

- solicitar la protección y tutela de la entidad pública competente;
- poner en conocimiento del Ministerio Fiscal las situaciones que considere que atentan contra sus derechos con el fin de que éste promueva las acciones oportunas;
- plantear sus quejas ante el Defensor del Pueblo, uno de cuyos Adjuntos se hará cargo de modo permanente de los asuntos relacionados con los menores;
- solicitar los recursos sociales disponibles de las Administraciones públicas.

La perspectiva estrictamente familiar y la social han de convivir, de modo que la segunda no ha venido a sustituir a la primera sino a reforzar los mecanismos de intervención cuando el ámbito familiar no da respuesta suficiente al menor. Sólo entonces, de manera subsidiaria entrará a actuar el sistema de protección pública de menores.

Junto con el principio de subsidiariedad, el artículo 11 LOPJM enuncia los principios que rigen la actuación de las Administraciones públicas en este ámbito: en primer lugar, el más importante de todos, la supremacía del interés del menor; el mantenimiento del menor en el medio familiar de origen, salvo que no sea conveniente para su interés; su integración familiar y social; la prevención de todas aquellas situaciones que puedan perjudicar su desarrollo personal; la sensibilización de la población ante situaciones de indefensión del menor; la promoción de la participación y la solidaridad social y la objetividad, imparcialidad y seguridad jurídica en la actuación protectora, garantizándola con el carácter colegiado e interdisciplinar en la adopción de medidas.

Todo ello da la cuenta de alguna manera de la actuación de las Administraciones públicas en relación con la protección de menores. Ahora bien, siendo indiscutible que alguna intervención ha de producir, lo cierto es que no existe una absoluta libertad para ello. Las Comunidades Autónomas han optado por (y regulado en consecuencia) un concepto amplio de la protección jurídica menor que abarca todo un abanico de técnicas.

3. Técnicas incluidas en el sistema de Protección de Menores.

A) Las medidas de prevención de las situaciones de desprotección:

Es este, en mi opinión, el aspecto principal que expresa la calidad de un sistema. Sobre esto existe un gran consenso, pero, a menudo, poca intensidad en la respuesta.

El artículo 11.2 LOPJM se refiere a la «prevención de todas aquellas situaciones que puedan perjudicar el desarrollo personal del menor». Dentro del concepto amplio de protección al menor, las Administraciones públicas, especialmente las autonómicas (aunque también aquí las locales), asumen el deber de evitar la producción de circunstancias que puedan llevar a un menor a una situación de desprotección.

Estas medidas se caracterizan por la heterogeneidad de sus posibles contenidos, ya que van dirigidas en general a actuar en el seno familiar en el que se encuentra el menor, resultando muy complicado especificar cuáles han de ser en concreto, más allá de su naturaleza económica, psicológica, educativa, etc. Por lo demás, se trata de medidas de carácter preventivo y temporal y,

de alguna manera, se configuran como actividad asistencial de la Administración autonómica o local, sin connotaciones limitativas o restrictivas para el menor o su entorno.

B) La situación de riesgo:

Hablamos de situación de riesgo para referirnos a todas aquellas situaciones de desprotección en que puede encontrarse un menor en el seno familiar pero que no llegan a constituir situación de desamparo, que, por el contrario, sí se define de forma más precisa tanto en el art.172 CC como en la legislación autonómica. Es, pues, un concepto residual respecto de la llamada situación de desamparo.

C) La situación de desamparo:

El artículo 172.1 párrafo segundo del Código Civil define la situación de desamparo como aquella «que se produce de hecho a incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de protección establecidos por las leyes para la guardadores, cuando estos queden privados de *la* necesaria asistencia moral o material».

Como consecuencia de la declaración de desamparo del menor se produce, principalmente, la asunción de la tutela por la Administración autonómica, y la consiguiente suspensión de la patria potestad o de la tutela de quienes estuvieran ejerciéndolas, respectivamente. Además, podrán adoptarse otras medidas, como la guarda, el acogimiento (familiar o residencial), la propuesta de adopción, así como medidas terapéuticas, asistenciales, educativas, económicas, etc., que pudieran considerarse necesarias para mejor satisfacer el superior interés del menor.

D) La guarda administrativa voluntaria

Conforme al artículo 172.2 del Código Civil, la guarda de un menor supone para quien la ejerce el deber de «velar por el menor, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una atención y formación integrales». En principio dicho deber se impone a quienes corresponde el ejercicio de la patria potestad, si bien en diversos supuestos puede ser ejercida por la entidad pública competente. Es entonces cuando la guarda administrativa o voluntaria se configura como prestación asistencial ofrecida por la Comunidad Autónoma respectiva, dirigida a familias con dificultades graves (por ejemplo, enfermedad) para cumplir sus obligaciones hacia sus hijos menores durante un lapso de tiempo, transcurrido el cual podrá retomar el ejercicio normal y completo de la patria potestad.

E) Actuaciones de resocialización del menor:

Según el concepto amplio de protección adoptado por la totalidad de la legislación autonómica, la entidad pública competente asume también un inespecífico deber de actuación posterior a la superación efectiva de la situación de desprotección. Esta técnica responde a la finalidad de inserción familiar y social del menor recogida en el artículo 11.2.LOPJM.

4.- La reforma del sistema penal de menores en España.

La Ley Orgánica, 5/2000 de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, surge al amparo de lo que podríamos llamar un modelo mixto de intervención con menores infractores, por un lado jurídico y por otro educativo. Estos dos elementos se han ido

consolidado a lo largo de estos años y ha visto su culminación en el texto que estamos tratando. Esta Ley de naturaleza formalmente penal pero materialmente sancionadora educativa pretende en la reacción jurídica dirigida al menor infractor una intervención de naturaleza educativa, asentando firmemente el principio de que la responsabilidad penal de los menores presenta, frente a la de los adultos un carácter primordial de intervención educativa.

El Consejo de Ministros ha aprobado la remisión a las Cortes Generales del Proyecto de Ley que introduce reformas en la Ley de Responsabilidad Penal del Menor. La reforma conciliará la orientación educadora de las medidas y el interés superior del menor con una mayor protección de las víctimas, contemplando instrumentos más adecuados frente a nuevos fenómenos de la delincuencia, como las bandas organizadas y el acoso escolar. Se refuerzan los instrumentos al alcance del juez para que éste pueda dar una respuesta individualizada y más eficaz en cada caso.

El nuevo texto legislativo, de aplicación a los menores de entre catorce y dieciocho años, ha experimentado varios cambios respecto al Anteproyecto de Ley, al haber incluido sugerencias realizadas en una serie de informes emitidos por el Consejo General del Poder Judicial, el Fiscal General del Estado y las Comunidades Autónomas.

Algunas de estas aportaciones se refieren a la inclusión de tareas socio-educativas como una de las medidas que se pueden imponer a un menor por la comisión de una falta. También se introduce la realización de actividades fuera del centro dependiendo de la evolución de la persona y el cumplimiento de los objetivos rehabilitadores previstos. Asimismo, se incluye el centro docente de la víctima como uno de los lugares a los cuales el agresor no podrá aproximarse en caso de acoso escolar.

Igualmente, se ha incorporado el derecho del letrado del menor para ser oído por el Juez antes de que éste ordene, siempre de forma individualizada y excepcional, su ingreso en un centro penitenciario tras cumplir los dieciocho años. Se ha precisado el ingreso en dicho centro de aquellos que, cumpliendo veintiún años de edad, estén sujetos a una medida de internamiento en régimen cerrado, excluyendo a los sometidos a internamiento abierto o semiabierto, y se ha perfeccionado también lo referente a la conformidad del menor respecto a la responsabilidad civil derivada del delito, que afecta al patrimonio de terceros y, por tanto, se introduce la posibilidad por parte de éstos de disentir de dicha conformidad.

Con relación a su elaboración, tanto el Ministerio de Justicia como el conjunto del Gobierno han considerado esencial para la elaboración de la norma que las Comunidades Autónomas fueran oídas en el procedimiento de elaboración del Proyecto de Ley aunque se encuadra, sin ningún género de duda, en la materia de "legislación penal", cuya exclusividad está reservado al Estado en la Constitución. De esta forma, se ha conseguido que las Comunidades Autónomas participen de forma plena e institucional en la elaboración de un proyecto legislativo del Gobierno que afecta al Derecho penal.

En este sentido, el Anteproyecto de Ley elaborado por el Ministerio de Justicia fue remitido a todas las Comunidades Autónomas y Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla, invitándolas a que formularan sus observaciones y sugerencias al texto. Con todas las aportaciones recibidas, el Departamento elaboró un documento que sirvió de material de trabajo para la reunión celebrada en noviembre de 2005 entre representantes del Ministerio de Justicia y los representantes de las Administraciones antes mencionadas. El resultado son las numerosas sugerencias incorporadas a este proyecto.

La Ley del Menor ha cumplido cinco años desde su aprobación, momento en el que resulta

necesario y oportuno hacer un balance de aciertos y carencias. Los datos revelan un aumento de delitos especialmente graves (como homicidios o agresiones sexuales) cometidos por menores, que causan gran preocupación social.

Un primer criterio básico inspirador de esta reforma es el de la atención a la víctima, reforzando de manera especial el reconocimiento de sus derechos. La caracterización se hace desde una triple dimensión: respecto de la víctima directa del delito causado por un menor, hacia el menor que aparece como víctima de un delito y sobre el mismo menor delincuente sometido a medidas de internamiento, frente a su victimización.

1. En el caso de las víctimas directas de un delito cometido por un joven de entre catorce y dieciocho años, se establece taxativamente su derecho ser informados en todo momento, se hayan personado o no en el procedimiento, de aquellas resoluciones que afecten a sus intereses.

Por su parte, se determina la apertura del expediente de responsabilidad civil al mismo tiempo que el Juez disponga la apertura del proceso penal principal, consiguiendo que se produzca una resolución simultánea de ambos aspectos. De esta forma se garantizan las indemnizaciones que pudieran corresponder a las víctimas sin que sea necesario abrir un nuevo proceso para establecerlas.

En el capítulo de protección a las víctimas se aborda especialmente el fenómeno del acoso escolar y se complementa con la inclusión de una medida de alejamiento o incomunicación del menor agresor respecto de la víctima o su entorno o personas que el juez pudiera determinar. Se incluye una referencia expresa al centro docente de la víctima como uno de esos lugares a los que el agresor no podrá aproximarse.

2. Cuando la víctima de un delito contra la libertad e indemnidad sexual sea un menor de edad, se establece una especial protección referida a su intervención en el proceso judicial. En estos casos, cuando el menor deba declarar como testigo, se evitará por cualquier medio adecuado su confrontación visual con el agresor.

3. La reforma también se ha dirigido a evitar la victimización del propio joven que esté internado en un centro de menores frente a posibles abusos por parte de otros internos de mayor edad, tratando de hacer efectiva en su máximo grado la orientación educadora de las penas.

Así, la intención declarada de la Ley es que el joven sometido a internamiento en régimen cerrado, en el momento de alcanzar la mayoría de edad penal que marcan los dieciocho años, pueda permanecer en el centro de menores en que se encuentra hasta su total cumplimiento. No obstante, si la conducta del menor no responde a los objetivos propuestos en la sentencia, el Juez de Menores, siempre tras oír a los especialistas y estudiar sus informes y de manera individualizada, podrá ordenar su paso a un centro penitenciario común, y siempre después de oír al Ministerio Fiscal y al letrado del menor.

Del mismo modo, en el caso en que el menor alcance veintiún años en el transcurso del cumplimiento de estas medidas de internamiento, aunque la regla general es su paso a un centro penitenciario, el Juez de Menores puede adoptar otra solución teniendo en cuenta circunstancias excepcionales motivadas, así como la existencia de una buena rehabilitación, aplicándole régimen abierto o semiabierto.

En cualquier caso, las medidas anteriormente expuestas se refieren exclusivamente al régimen

cerrado. Ante otro tipo de medidas, ya sean en régimen abierto o semiabierto, se asegura la permanencia en el centro de menores.

La reforma de la Ley ha querido ofrecer una respuesta eficaz a un fenómeno reciente, pero sumamente preocupante: la integración de menores en bandas y grupos organizados dedicados a cometer delitos, aunque sea de forma transitoria. Ante la gravedad de esta delincuencia, la reforma introduce la posibilidad de que el Juez pueda imponer medidas privativas de libertad en régimen cerrado a los menores delincuentes que cometan delitos como integrantes de bandas. El objetivo es conseguir alejar al menor de ese ambiente que favorece o determina de manera concluyente su comportamiento delictivo.

La reforma de la Ley del Menor afronta la necesidad de ofrecer una respuesta más adecuada a la gravedad de ciertos hechos delictivos, dando al juez diversos instrumentos para llevarla a cabo.

Se habilita la posibilidad de que el juez pueda imponer medidas de internamiento para delitos graves, pero no violentos, como el tráfico de drogas o la tenencia ilícita de armas.

En casos de delitos graves y violentos, cuya sanción se corresponde con medidas de internamiento en régimen cerrado, el periodo de internamiento se acrecienta en un máximo de un año. En los casos especialmente graves en los que se hayan cometido varios delitos de homicidios, asesinatos, agresiones sexuales o violación, el límite máximo se eleva un año por encima del vigente en la actualidad, para los menores de catorce a dieciséis años. En todo caso, será el Juez, según su criterio, el que establecerá la duración máxima de la medida impuesta, dentro del marco fijado por la ley. Para los menores con catorce y quince años el máximo de internamiento será de seis años, y para los de dieciséis y diecisiete años hasta diez años; en ambos casos, seguido de un período de libertad vigilada.

Por otra parte, se ha observado que la duración de las medidas cautelares que la Ley fija actualmente (tres meses, prorrogables por otros tres) resulta a menudo insuficiente. La reforma contempla un periodo inicial ordinario de seis meses, que se podrá prorrogar de manera excepcional durante otros tres.

Igualmente, en relación con la prescripción de las faltas, el periodo actual de tres meses implica la práctica impunidad en la persecución de estos hechos. Por eso, la reforma establece que dicho plazo de prescripción será de seis meses.