

I. GENERALIDADES. LA IMPUTABILIDAD COMO ELEMENTO DE LA CULPABILIDAD

TANTO en el tratamiento penal de los menores, como de los adultos, el concepto de culpabilidad puede expresarse como el alcance de la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica del sujeto. Este reproche estará en función de la propia capacidad del sujeto de actuar conforme a la norma, estando, a su vez, esta capacidad en función de la formación de su voluntad, y ahí es donde surge el debate acerca de la formación de la voluntad de los menores.

Este debate, situado en torno a la compleja evolución de la voluntad de los menores, lo que es materia de estudio en la psicología evolutiva, ha sido objeto de tratamiento jurídico a través del devenir histórico del derecho penal, en particular, en cuanto a la determinación de la exigencia de responsabilidad penal de los menores. Y lo fue, en las reflexiones previas a la elaboración del anteproyecto de LORPM, que buscó sus fuentes en el ordenamiento jurídico vigente, y también en la evolución histórica del tratamiento de la exigencia de la responsabilidad penal a los menores en los sucesivos códigos penales.

II. ANTECEDENTES

Entre estos, cabe considerar, en primer lugar el actual y vigente artículo 19 del Código Penal, que establece la responsabilidad penal en adultos o mayores de edad –18 años–, dejando para la responsabilidad de los menores de dicha edad a una Ley Orgánica Reguladora, que lo es la actual y vigente LORPM. Es significativo que el Código Penal establezca una edad de exigencia de responsabilidad penal, plena, y establezca otro tipo de responsabilidad (¿juvenil?), para los menores de 18, es decir para los que, en la terminología de la CDN, son niños. Esta circunstancia no es suficientemente valorada, cuando las sucesivas modificaciones de la LORPM, efectuadas a impulsos de la opinión pública conmovida por algún delito extremadamente cruel, aproximan ambos tipos de responsabilidades, hasta el punto de convertir en una única responsabilidad la penal exigible a todos los casos.

Pero, además entre los antecedentes inmediatos, valorados en el momento de redactar el anteproyecto de la LORPM, cabe señalar la Ley Orgánica 4/1992, que de modo transitorio vino a regular la exigencia de la responsabilidad por delitos y faltas a los menores de 16 años, hasta la entrada en vigor del Código Penal de 1995.

En modo alguno cabe obviar el mandato de la Convención de los Derechos del Niño al regular la parte sancionadora debiendo destacarse las disposiciones que contienen los artículos 1, 2, 3, 37, 40 y 41, que son recogidos a lo largo del articulado de la LORPM. Del mismo modo que lo dispuesto en las Reglas de Beijing de la ONU y las Reglas para los menores privados de libertad, 1, 4.2.1 a); las Recomendaciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa R (87) 20; el acuerdo parlamentario unánime de mayo de 1994 suscrito por el Congreso de los Diputados, y la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor 1/1996.

Por último en estos antecedentes informadores de la Ley, se cuentan los históricos en los que el tratamiento de la imputabilidad penal de los menores, fue tratada

en los códigos penales de 1842, 1870, 1932, 1940, 1973 y 1995, es decir desde la punición a los 7 y 9 años exigiendo responsabilidad criminal bajo el criterio del discernimiento del niño, hasta el criterio cronológico que impuso la modificación de 1932, estableciéndose la edad penal a los 18, criterio cronológico mantenido hasta la fecha con el código penal de 1995.

III. LOS PRINCIPIOS DE LA LORPM

Estos criterios sustentan la Ley Orgánica a través del valor constitucional, convencional y legal del llamado interés del menor, desarrollado en el seno de la ley en:

- Estableciendo una edad (14 a 18 años), que por la naturaleza del período vital de los menores, y que la psicología evolutiva singulariza, permite castigar y en su caso dar una respuesta socioeducativa eficaz, a la luz de la imputabilidad penal.
- Propiciando una intervención multidisciplinar, hasta el punto de que el equipo técnico queda configurado como un elemento constitutivo del proceso, equiparado al juez, abogado y fiscal, y sin cuya participación el proceso sufre una causa de nulidad radical.
- Reclamando la especialización de jueces, fiscales y letrados, para ejercer la doble pretensión procesal, especialmente en la postulación y aplicación de la medida sancionadora y socioeducativa, y en particular respecto al Ministerio Fiscal, su intervención instructora.
- Encomendando a las Comunidades Autónomas la gestión de la ejecución de las medidas, sustrayendo de Instituciones Penitenciarias tal tarea, a fin de diferenciar netamente la respuesta penal de la sancionadora educativa de la LORPM, conteniendo ambas tareas el mandato constitucional del artículo 25.2 de la CE.
- La participación de técnicos especializados en el trabajo con menores respecto de los que cabe una intensa actividad educativa.
- La regulación de la mediación y la reparación a la víctima como un modo de terminar el proceso, y fundamentalmente como una medida educativa y de responsabilización del menor infractor, y, trascendental de cara a un tratamiento de la víctima, en el que ésta se convierta en centro del proceso del que salga habiendo satisfecho lo mejor posible su situación, en un modo distinto al meramente vindicativo de entender la victimología.

IV. ALGUNAS DIFERENCIAS CON EL PROCEDIMIENTO DE ADULTOS

La naturaleza sancionadora educativa de la LORPM ha ido sufriendo un continuo desgaste, hasta quedar desfigurada en algunos puntos; pese a ello, aún cabe hablar de diferencias notables en cuanto a la pretensión que soporta la acción. La entrada en el proceso de la acusación particular, y la respuesta carcelaria a determinados delitos, han sido los golpes más duros que han afectado a su naturaleza. No obstante, todavía podemos hablar de una doble pretensión procesal y de su papel en el proceso.

Así, frente al automatismo y proporcionalidad que preside el proceso penal ordinario, donde, dado el presupuesto de hecho, la consecuencia jurídica viene dada por el mismo código, en el proceso de la LORPM, el presupuesto de hecho no determina proporcionalmente la respuesta penal, sino que esta respuesta viene determinada por la valoración del interés del menor, siendo la consecuencia jurídica la medida socioeducativa, conforme ese interés del menor valorado por el equipo técnico. Aquí el proceso de mediación y reparación a la víctima juega un papel, que potencia la naturaleza socioeducativa de la ley y que sería deseable se incorporase del mismo modo al procedimiento ordinario.

Así pues el juicio supone un doble debate: en primer lugar, el destinado a vencer la presunción de inocencia, donde juegan todos los elementos del proceso penal del estado de derecho (presunción de inocencia, derecho redefensa, derecho a no declararse culpable, etc.), y donde los estudiosos han puesto de relieve la aparente contradicción que desde el punto de vista educativo, supone el que el menor pueda «mentir» para obtener una ventaja procesal, reduciendo el valor educativo del proceso. Al contrario, no se puede obviar el alto valor ético que contienen las reglas del juego en el Estado de Derecho y las garantías del proceso, cuya transmisión al menor suponen un elemento más de su formación.

El segundo debate se encamina a determinar la respuesta sancionadora educativa adecuada a las circunstancias personales, familiares y sociales del menor, es decir a la concreción del llamado «interés del menor». Y ahí es decisiva la participación del equipo técnico (o de los equipos técnicos), para permitir que el juez resuelva del modo más adecuado a lo que la ley propone.

V. LA EJECUCIÓN DE LAS MEDIDAS. LA PROBLEMÁTICA DE LOS CENTROS DE MENORES

Una de las características de la ley, tal y como se ha puesto de manifiesto, es encomendar la ejecución de las medidas impuestas por los jueces de menores, a las Comunidades Autónomas. En aquella decisión del prelegislador, llevada al «BOE» por el Parlamento, pesaron varias consideraciones: de una parte, la consideración de las «penas» impuestas a los menores alejadas del marco penitenciario, en cuanto se refieren a menores de edad penal y consecuentemente con una imputabilidad distinta, tal y como se ha expuesto, y de otra la negociación llevada a cabo en el trámite legislativo entre el partido del gobierno (PP) y los grupos nacionalistas (singularmente el de CiU), que insistieron en recibir dicha competencia. Latía además otra razón adicional, y fue el considerar que tales medidas debían ser llevadas a cabo por las entidades públicas de protección de menores y que nacieron como consecuencia de la reforma del código civil que instauró la tutela por ministerio de la ley para los menores en situación de desamparo, por entender, y con razón, que el tratamiento que se debía dar al castigo por la infracción penal cometida debería tener una naturaleza educativa. El devenir del curso de las cosas ha producido efectos distintos, hasta el punto de que las competencias que ostentan las Comunidades Autónomas, en muchos casos ya están residenciadas en las Consejerías de Educación, lejos de las de Bienestar Social o similares que las recibieron en origen.

Por otra parte, la posibilidad abierta por el prelegislador en el anteproyecto de ley, y posteriormente en el proyecto de ley, a la concertación con organizaciones sin ánimo de lucro, pensado en ese momento con la colaboración con organizaciones de la sociedad civil –asociaciones de vecinos, entidades religiosas de base, educadores de calle, etc.–, ha derivado en el establecimiento de organizaciones que, generalmente con la forma jurídica de Fundaciones, y formando parte de grupos empresariales, llevan a cabo la gestión de los centros, de forma y modo que las entidades ciudadanas que trabajan con los menores, y las propias Instituciones Públicas como el Defensor del Pueblo y en ocasiones el Ministerio Fiscal, han puesto en duda la eficacia del modelo, que en algunos sectores no se duda en denominar «privatizador» de la ejecución penal. Un análisis detallado del modo en que se está desarrollando este trascendental aspecto de la LORPM, debería llevarse a cabo con carácter urgente, preferentemente por el Ministerio Fiscal, encargado constitucional y legalmente de su supervisión en defensa de la legalidad y de los derechos de los menores.

Por su parte, la propia reglamentación en desarrollo de la ley en este aspecto, establece criterios que ahora están dudosamente cumplidos. Así, el Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 5/2000, entre otros preceptos, señala, a los efectos que nos ocupa:

«En su artículo 6. Principios inspiradores de la ejecución de las medidas.

Los profesionales, organismos e instituciones que intervengan en la ejecución de las medidas ajustarán su actuación con los menores a los principios siguientes:

El superior interés del menor de edad sobre cualquier otro interés concurrente.

El respeto al libre desarrollo de la personalidad del menor.

La información de los derechos que les corresponden en cada momento y la asistencia necesaria para poder ejercerlos.

La aplicación de programas fundamentalmente educativos que fomenten el sentido de la responsabilidad y el respeto por los derechos y libertades de los otros.

La adecuación de las actuaciones a la edad, la personalidad y las circunstancias personales y sociales de los menores.

La prioridad de las actuaciones en el propio entorno familiar y social, siempre que no sea perjudicial para el interés del menor. Asimismo en la ejecución de las medidas se utilizarán preferentemente los recursos normalizados del ámbito comunitario.

El fomento de la colaboración de los padres, tutores o representantes legales durante la ejecución de las medidas.

El carácter preferentemente interdisciplinario en la toma de decisiones que afecten o puedan afectar a la persona.

La confidencialidad, la reserva oportuna y la ausencia de injerencias innecesarias en la vida privada de los menores o en la de sus familias, en las actuaciones que se realicen.

La coordinación de actuaciones y la colaboración con los demás organismos de la propia o de diferente Administración, que intervengan con menores y jóvenes, especialmente con los que tengan competencias en materia de educación y sanidad.

En su artículo 24 al regular los centros cerrados y semiabiertos, que:

Internamiento en régimen cerrado.

Los menores sometidos a esta medida residirán en el centro y desarrollarán en este las actividades formativas, educativas, laborales y de ocio, planificadas en el programa individualizado de ejecución de la medida.

25. Internamiento en régimen semiabierto.

1. Los menores en régimen semiabierto residirán en el centro, pero realizarán fuera de éste alguna o algunas de las actividades formativas, educativas, laborales y de ocio, establecidas en el programa individualizado de ejecución de la medida. Este programa podrá establecer un régimen flexible que deje a la entidad pública un margen de decisión para su aplicación concreta.

2. La actividad o actividades que se realicen en el exterior se ajustarán a los horarios y condiciones establecidos en el programa individualizado de ejecución de la medida, sin perjuicio de que, en función de la evolución personal del menor, la entidad pública pueda aumentar o disminuir las actividades en el exterior o los horarios, siempre dentro del margen establecido en el propio programa.

Y para el internamiento terapéutico:

Internamiento terapéutico.

1. Los menores sometidos a esta medida residirán en el centro designado para recibir la atención educativa especializada o el tratamiento específico de la anomalía o alteración psíquica, dependencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o alteraciones en la percepción que determinen una alteración grave de la conciencia de la realidad, que padezcan, de acuerdo con el programa de ejecución de la medida elaborado por la entidad pública.

2. Los especialistas o facultativos correspondientes elaborarán un programa de tratamiento de la problemática objeto del internamiento, con las pautas sociosanitarias recomendadas y, en su caso, los controles para garantizar el seguimiento, que formará parte del programa individualizado de ejecución de la medida que elabore la entidad pública.

3. Cuando el tratamiento tenga por objeto la deshabitación del consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o sustancia psicotrópicas y el menor no preste su consentimiento para iniciarlo o para someterse a los controles de seguimiento establecidos o, una vez iniciado, lo abandone o rechace someterse a los controles, la entidad pública no iniciará el tratamiento o lo suspenderá y lo pondrá en conocimiento del juez de menores a los efectos oportunos.

4. Cuando la entidad pública, en atención al diagnóstico realizado por los facultativos correspondientes o a la evolución en la medida considere que lo más adecuado es el internamiento en un centro sociosanitario, lo solicitará.

Por su parte, y en cuanto a los medios de contención:

Artículo 54. Vigilancia y seguridad:

Las funciones de vigilancia y seguridad interior de los centros corresponde a sus trabajadores, con arreglo a los cometidos propios de cada uno...

Artículo 55. Medios de contención.

3. El uso de los medios de contención será proporcional al fin pretendido, nunca supondrá una sanción encubierta y sólo se aplicarán cuando no exista otra manera menos gravosa para conseguir la finalidad perseguida y por el tiempo estrictamente necesario...

Para la inspección y control de los centros:

Artículo 58. Inspección de centros.

1. Sin perjuicio de las funciones de inspección que correspondan a los jueces de Menores, al Ministerio Fiscal y al Defensor del Pueblo o institución análoga de la Comunidad Autónoma, la entidad pública, con los medios personales y materiales y los procedimientos que articule para esta finalidad, ejercerá las funciones de inspección para garantizar que la actuación de los centros propios y colaboradores y la de sus profesionales se lleva a cabo con respeto a los derechos y garantías de los menores internados...»

De todo lo anterior, y recogiendo las críticas que desde distintos sectores sociales, ligados al mundo de la defensa de los derechos de los menores, se hacen a la norma reglamentaria como copiada del reglamento penitenciario, críticas que compartimos, sí cabe destacar dos principios, uno el preferente interés del menor, y el principio reeducativo que debe presidir la labor en los centros, y de otra el control que la ley atribuye al Ministerio Fiscal. Sin un eficaz cumplimiento de ambos principios y obligaciones, la naturaleza de la LORPM, y sus principios inspiradores, así como la función que debe cumplir en el ordenamiento jurídico penal, quedará desfigurada, dejando sin valor una regulación que pretende dar a los menores infractores un tratamiento acorde con su imputabilidad y que permita una labor de educación en los valores sociales y democráticos vulnerados.

VI. DEBATE SOCIAL ACTUAL

Sin embargo, las corrientes punitivas que expresa la sociedad actual, que quiere obtener del Código Penal la solución a todos los problemas sociales, pretenden resolver las conductas disruptivas de los menores, con una mayor penalidad, ampliando la imputabilidad y asentando la respuesta en los principios retributivos y vindicativos, marginando el interés del menor. Incluso, considera gravemente inapropiado el sistema que establece la ley para el cumplimiento de las medidas, como son las de centros cerrados o semiabiertos, por ser excesivamente «blandos». Y ello a costa de la LORPM, que, como se ha visto, propugna una imputabilidad distinta, la primacía del interés del menor sobre los elementos vindicativos y retributivos, y la sanción como vehículo para la inserción social y laboral, en definitiva, para asegurar el futuro del menor.

VII. LA REALIDAD DEL MENOR

Pero no es posible aislar una norma como la LORPM de las realidades sociales que viven los chicos y las chicas, y que sin duda han de tenerse en cuenta para

hacer una valoración, tanto de la norma como del escenario de su aplicación. Y así podemos, y debemos, hablar de:

– Insuficiencias educativas: Puestas de manifiesto por los altos índices de fracaso escolar de nuestra educación obligatoria, especialmente en el sistema público, donde los chicos y chicas con necesidades educativas especiales no siempre encuentran respuesta a sus necesidades.

– Insuficiencias en psiquiatría infanto juvenil: Comenzando por la ausencia de una especialidad propia sin que el sistema público de salud asuma adecuadamente estas situaciones que pueden terminar cursando por el sistema penal, primero juvenil y posteriormente de adultos.

– Insuficiencias en orientación psicológica: Que en la práctica supone que muchas familias carecen de la adecuada orientación para ayudar a sus hijos, quedando, a las posibilidades intelectuales y económicas de la familia, el tratar de buscar en el sistema privado alguna solución al problema de los hijos.

– Cambio del modelo familiar: Lo que supone, en ocasiones, una inadaptación del rol de padres sometidos a un mercado laboral muy exigente, y en ocasiones a una dinámica familiar conflictiva, y de hijos sometidos a la presión de los medios y de un entorno de ausencia cotidiana de padres.

– Cambio del modelo social: Propiciado por medios de comunicación poderosos y agresivos que, junto a unos sistemas de comunicación (Internet y redes sociales), han cambiado el medio en el que se desenvuelven los adolescentes con difícil control paterno.

Todos estos elementos han de ser tenidos en cuenta a la hora de establecer una respuesta a los menores infractores, y al establecer una política criminal juvenil, pues sin atacar las causas y sólo con la actuación represiva, difícilmente se puedan controlar los comportamientos disruptivos de los adolescentes.

En definitiva, la LORPM apuesta por un modelo de derecho penal juvenil no vindicativo, ni sólo retributivo, se sustenta en los valores constitucionales del artículo 25.2 de la CE. A la vez que supone una llamada a los Poderes Públicos para la defensa de la infancia y de la adolescencia.

NORMAS DE PUBLICACIÓN PARA LA PRESENTACIÓN DE ORIGINALES AL AFDUAM

Carácter inédito y originalidad

Los escritos que se publican en el AFDUAM han de ser inéditos y originales. Los trabajos que edita el AFDUAM en cada uno de sus números anuales podrán ser publicados con posterioridad en otros medios, siempre que se haga constar expresamente la publicación original en el AFDUAM.

Cesión de derechos

El autor cede los derechos de distribución, comunicación pública y reproducción de su trabajo para su publicación en el AFDUAM en cualquier tipo de soporte y en el repositorio de la UAM, así como para su inclusión en las bases de datos en las que la revista esté indizada.

Extensión y formato

Los escritos deben tener una extensión mínima de veinte folios y una extensión máxima de cuarenta y cinco folios en formato DIN A4.

Estilo, tamaño de letra e interlineado

El estilo de letra es *Times New Roman* de cuerpo 12 en el texto principal y cuerpo 9 en las notas a pie de página. El interlineado es un espacio y medio en el texto principal y sencillo en las notas a pie de página. Los párrafos han de comenzar con sangría.

División del Texto

Título: enunciado que debe presentar el tema objeto de estudio. Debe ir centrado, en *Times New Roman* mayúsculas, negrita y cuerpo 14.

Autor: debajo del título se debe indicar el nombre y apellidos del autor (centrado, en *Times New Roman* versales, cuerpo 12). En nota a pie de página insertada con un asterisco se debe indicar la condición profesional, el organismo al que pertenece el autor y, opcionalmente, la dirección de correo electrónico de contacto.

Resumen y palabras claves: se debe incluir en castellano un resumen con una extensión máxima de 10 líneas o 150 palabras. En castellano y en inglés se han de incorporar unas palabras clave / *key words* (entre cinco y diez). Tanto el resumen como las palabras clave deben ir dentro de un cuadro de texto, justificado, interlineado sencillo y letra de estilo *Times New Roman* de cuerpo 10.