

# ***LEY PENAL DEL MENOR, REPERCUSIÓN EN EL ÁMBITO PENITENCIARIO Y SOAJP***

I- Ley penal del menor: antecedentes, evolución y tratamiento sancionador a menores de edad.....	2
II.- Incidencia de la nueva Ley en la ejecución de las medidas y en el pase a los Centros Penitenciarios .....	7
a) Aplicación de la LO 5/00 a Jóvenes .....	7
b) Cumplimiento en Centros Penitenciarios de condenados a la mayoría de edad... 9	
c) La competencia sobre los jóvenes condenados por la LO 5/00 .....	10
III.- Sistema penitenciario en los Centros de Reforma: Reglamento Penitenciario para los Centros de Reforma.....	12
IV.- Necesidad de puesta en marcha de SOAJ en Centros de Reforma.....	23

- Valentín J. Aguilar Villuendas –  
9 de noviembre de 2007

***Quienes soñamos que la justicia no debía detenerse a la puerta de las prisiones, no demos  
tolerar que lo haga en la de nuestros menores***

## **I.- LEY PENAL DEL MENOR: ANTECEDENTES, EVOLUCIÓN Y TRATAMIENTO SANCIONADOR A MENORES DE EDAD.**

Antes de entrar a analizar la evolución en el tratamiento a los menores de edad infractores, es preciso visualizar los distintos modelos de intervención existentes en general, que dependen de la concepción de la infancia que tiene la sociedad en cada momento. Siguiendo al magistrado Ayo Fernández, nos encontramos con una concepción de:

**Propiedad:** los menores son propiedad y responsabilidad exclusiva de los padres, lo que no es sino el reflejo de la situación de dependencia de los mismos padres respecto a otros adultos de status social superior.

**Protección (S XVIII, XIX y XX):** los niños son objeto de protección por los padres, por la Iglesia u otras instituciones benéficas y subsidiariamente por el Estado. En el siglo XIX como consecuencia de la sociedad industrial se conciben a los menores inadaptados o infractores como una consecuencia de la vida urbana floreciente, por lo que se apuesta por el orfanato como instrumento de adaptación a unas normas previas a la incorporación a la sociedad. En el siglo XX se produce un salto y tras criticar al orfanato como institución, se apuestan por tribunales específicos de menores que comienzan a crearse por toda Europa. Este es el origen del primer **modelo de Justicia con menores infractores, denominado Tutelar** parte de considerar el **comportamiento del menor como anormal y patológico**, lo que denota una anomalía en la personalidad que requiere de unas medidas, no penas, ajustadas a la misma, y a su entorno social y necesidades, ello al margen del hecho, por lo que **no se dan las mismas garantías** que a los adultos, ni proporcionalidad alguna. Derecho penal del autor cuya **medida dependerá de la peligrosidad** del mismo, castigando a los menores vagos, vagabundos...

**Individualista (S XX):** después de la segunda guerra mundial se produce un cambio de prosperabilidad en la situación socio-económica que determina la consideración del menor como un ser querido y deseado por los mayores, con un nivel general más elevado de instrucción.

- Este estado del bienestar permite superar el modelo tutelar, generando en la década de los 60 y 70 un **modelo educativo** que considera como importantes no los hechos sino el **proceso de socialización irregular o inacabado del menor que denota un interés de protección del menor**, por lo que habrá que estarse a las circunstancias personales y a los antecedentes sociales, que son los que determinarán la aplicación de unas medidas u otras, orientadas por el **superior interés del menor y sus necesidades educativas**, que serán impuestas en una jurisdicción civil, al no existir diferencia con el resto de menores necesitados de protección **con respeto de unas garantías mínimas**. Se pretenden las soluciones extrajudiciales surgiendo los programas de mediación y reparación.
- El aumento de la delincuencia derivada de la crisis del Estado del bienestar en los 80 y del desempleo fomentó la consideración del menor como responsable de sus actos de los que debe responder, que unido a la ausencia de garantías determinó que a partir la década de los 70 aparezcan críticas al modelo de protección, y aparezca el **modelo de justicia** que considerando al **menor como peligroso** muestra mayor

preocupación por las **víctimas** y menos para la personalidad del menor o sus necesidades, establece unas **garantías** similares a los mayores como la proporcionalidad y límites.

En el estado español, el modelo tutelar se instauró por la Ley de los Tribunales Tutelares de 1948, destacando el Decreto refundido de 11 de junio de 1948, que en su Exposición de Motivos señalaba que los tribunales tutelares tenían como finalidad “proporcionar el adecuado remedio al proceso morboso, psicofisiológico de un ser desvalido o de un enfermo física o moralmente”. Estos Tribunales conocían de los delitos, faltas e infracciones de Leyes provinciales y municipales, así como de prostituidos, vagos y vagabundos menores de 16 años para reformar con un carácter educativo y tutelar; las cometidas por mayores de 16 años con carácter represivo aplicando penas de Código Penal y de los desprotegidos con un carácter preventivo.

El actual que podemos llamar “de responsabilidad”, tal y como se denomina en la LO 5/2000, rige en España a partir del año 1992 con la LO 4/02, dictada a raíz de la Sentencia del Tribunal Constitucional del 14 de febrero de 1991 (36/91), que viene a establecer que el menor tiene que tener unas garantías penales en el proceso inexistentes en el anterior sistema, cuya aplicación estaba excluida en el artículo 15, lo que choca con el artículo 24 de la CE al ser un proceso. Los Tribunales en el anterior sistema estaban compuestos por personas mayores de veinticinco años, con buena reputación, pero sin ningún tipo de formación jurídica y en el que, con independencia de la infracción cometida, se le podía imponer una pena desproporcionada sin ningún tipo de limitación, ello sin intervención de abogados que no siempre era posible ni siempre era obligatoria.

La LO 4/92 reguladora de la competencia y el procedimiento de los Juzgados de Menores reformó la Ley de Tribunales Tutelares estableciendo garantías para el procedimiento si bien ello supuso la instauración de un procedimiento sancionador y punitivo para los mayores de 12 y menores de 16, y para los mayores de 16 que cometieran determinadas faltas. Se atribuye al Ministerio Fiscal la instrucción. Se introduce la posibilidad de suspender y dejar sin efecto las medidas.

El artículo 19 y 69 del nuevo Código Penal estableció que al menor de edad no se le exigiría responsabilidad conforme a ese Código, sino que podrá ser responsable con arreglo a lo dispuesto a la “Ley que regule la responsabilidad penal del menor”, cuyas normas pueden ser de aplicación a los menores de 21 años.

La LO 5/00 establece en su Exposición de Motivos que se dicta por ser una necesidad impuesta por la LO 4/92, moción congreso de 1994 y artículo 19 CP”(EM 1), con una naturaleza formalmente penal, pero materialmente sancionadora-educativa tanto del procedimiento como de las medidas (EM 6), en la que el interés del menor es superior (EM 7) y que a diferencia de los adultos tiene un carácter primordialmente de intervención educativa que determina considerables diferencias en el sentido y en el procedimiento, sin perjuicio de las garantías comunes a todo justiciable (EM 4).

A pesar de todos los intentos de matización, no se trata sino de un auténtico sistema penal “disfrazado” parcialmente como educativo, en el que entra en juego la intrínseca brutalidad del derecho penal, que condiciona y limita la primacía del interés del menor con el retribucionismo e imposiciones legales.

Tras el endurecimiento y suspensión de entrada en vigor para mayores de 18 y menores de 21 por la LO 9/00 y 9/02, la LO 15/03 señaló que el Gobierno procederá a impulsar las medidas orientadas a SANCIONAR CON MÁS FIRMEZA Y EFICACIA LOS HECHOS DELICTIVOS cometidos por personas que, aún siendo menores, revistan especial gravedad, tales como los previstos en los artículos 138, 139, 179 y 180 del Código Penal”. “A tal fin se establecerá la posibilidad de prolongar el tiempo de internamiento, su cumplimiento en centros en los que se refuercen las medidas de seguridad impuestas y la posibilidad de su cumplimiento a partir de la mayoría de edad en centros penitenciarios”.

Así mismo esta permitió la entrada de la víctima en el procedimiento, rompiendo con la limitada intervención que se le había reservado inicialmente a los casos en que el infractor realizara el delito con violencia o intimidación o grave riesgo para la vida o integridad física de la personas con más de 16 años, a fin de probar y valorar únicamente los hechos, no así la medida ni la solicitud de cautelares, dando entrada en todos los delitos, en todos los incidentes e incluso en la solicitud de medida.

Con estos antecedentes, se dicta la **nueva Ley 8/06**, de 4 de diciembre, que tiene como objetivos declarados por el Gobierno el cumplimiento del anterior mandato legal, señalando que el interés superior del menor va a seguir primando en la ley, pues es perfectamente compatible con el objetivo de pretender una mayor proporcionalidad entre la respuesta sancionadora y la gravedad del hecho cometido. Añade que de otro modo el interés superior del menor es no sólo superior, sino único y excluyente frente a otros bienes.

Los objetivos reales no obstante vienen bien definidos en la Exposición de motivos que señala que *“debe reconocerse que, afortunadamente, no han aumentado significativamente los delitos de carácter violento, aunque los realmente acontecidos han tenido un **fuerte impacto social**”*.

Ese impacto social (alarma social creada por los medios de comunicación, favorecida por los réditos electorales de la inseguridad) de los delitos violentos, unido a las estadísticas empleadas por el Gobierno que revelan un aumento considerable los delitos -desmentidas por el voto particular de parte del Consejo General del Poder Judicial y con las estadísticas ofrecidas por el Ministerio del Interior en 1 de marzo de 2006 que revelan una caída de la delincuencia juvenil un 5% desde el 2002 al 2005- son las causas reales de esta modificación.

Modificación que rompe totalmente el sistema establecido en la primitiva LO 5/00, en cuya Exposición se señalaba **“rechazando expresamente otras finalidades esenciales del Derecho penal de adultos, como la proporcionalidad entre el hecho y la sanción o la intimidación de los destinatarios de la norma, se pretende impedir todo aquello que pudiera tener un efecto contraproducente para el menor, como el ejercicio de la acción por la víctima o por otros particulares”**... **“y es que en el Derecho Penal de menores ha de primar, como elemento determinante del procedimiento y de las medidas que se adopten, el superior interés del menor”**.

Así pues, en palabras del voto particular del CGPJ referenciado se rompe y desnaturaliza la ley, para convertirla en una ley penal como la de adultos, si bien con un

procedimiento distinto que pudiera estar, a partir de ahora injustificado. Ya no prima el interés del menor para determinar la medida, desde el momento en que la acusación particular participa activamente, pudiendo llegar hasta participar en incidentes posteriores a la sentencia una vez impuesta la medida, lo que no ocurre ni en el derecho penal de mayores.

La Ley establece por tanto una mayor duración en atención a nuevas agravantes como actuar en grupo (forma habitual de comisión de infracciones por los menores) y un endurecimiento generalizado de la privación de libertad en 1 año, y en la vida en los centros, permitiendo la participación de la acusación particular en todos los trámites incluso en la misma ejecución de las medidas. Se modifica igualmente sustancialmente las medidas, al sustituirse la previsión del 7.1 en el régimen semiabierto “realizarán fuera” por “podrán realizar fuera” del mismo alguna o algunas de las actividades formativas, educativas, laborales y de ocio establecidas en el programa individualizado de ejecución de la medida. La realización de actividades fuera del centro quedará condicionada a la evolución de la persona y al cumplimiento de los objetivos previstos en las mismas, pudiendo el Juez de Menores suspenderlas por tiempo determinado, acordando que todas las actividades se lleven a cabo dentro del centro. Igualmente se rompe la independencia del internamiento terapéutico, que pasa a ser una modalidad más de cumplimiento dentro de cada uno de los otros internamientos cerrados, abiertos y semiabiertos.

Frente a ello, siguiendo al parecer casi unitario de las entidades defensoras de los derechos de los menores y concedores de los mismos, parece que si se quería revisar la eficacia del sistema penal de menores, debía haberse centrado la reforma en la ejecución de medidas que es la parte del procedimiento encargada de cumplir los objetivos impuestos en la Sentencia, pues no parece que el incremento y endurecimiento (al pasar a un Centro Penitenciario) de penas o la intervención de la acusación particular, vaya a solucionar el grave problema de reincidencia hoy existente.

Siendo obvio que para revisar los fallos y disfunciones de la ley era imprescindible contar con los profesionales, corporaciones y entidades especializadas en la materia. Es incomprensible que no se contara con el Consejo General de la Abogacía Española, o con Asociaciones que han solicitado expresamente participar, a pesar de gestionar equipos técnicos del Juzgado a través de convenios con la entidad pública competente (Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía).

En dicho sentido se expresaron señalaron los Colegios Profesionales de Educadoras y Educadores Sociales del Estado Español y las Asociaciones Profesionales del resto de territorios, también integradas en la Asociación Estatal de Educación Social (ASEDES) en su informe de 23 de noviembre de 2005 al manifestar que era importante que si se decidía modificar una LO se hiciera contando con todos los sectores implicados y se aprovechara la oportunidad para hacer una modificación en profundidad, no sólo impulsada por la alarma social creada por unos hechos aislados, para ello proponían la creación de una comisión de trabajo integrada por todos los profesionales que trabajan en el sector, que estudiara los cambios necesarios y tuviera el tiempo para elaborar una propuesta concreta al Ministerio.

Dicho colectivo consideró necesaria la modificación de la Ley en el sentido de mejorar las disfunciones que se han producido en los Centros así como potenciar los

aspectos educativos de las mismas, observando que el Anteproyecto no va en el sentido expuesto, sino que refuerza su carácter punitivo, cuando debería potenciar los aspectos de responsabilizar a los menores de sus actos. Sentenciaban señalando que la gran mayoría de los estudios e investigaciones en las ciencias sociales concluyen que el endurecimiento de las penas no inhibe las conductas delictivas de los menores.

El fracaso del sistema radicaba en la alta reincidencia que ronda el 70%. La reducción de esta no va unida a un endurecimiento de penas, sino por el resultado del tratamiento dispensado por los Centros de Reforma. Debe señalarse que sorprendentemente de los 100 Centros del Estado español, solo el 25% son gestionados por la Administración. En territorios como Andalucía de los 17 Centros, sólo 1 es público (5,9%), dónde parecen objetos principales de la política la preocupación sobre los términos, que las realidades sociales como los menores. El estado se ha olvidado además que “la gran mayoría de los estudios e investigaciones en las ciencias sociales concluyen que el endurecimiento de las penas no inhibe las conductas delictivas de los menores tal y como les manifestaron los Colegios Profesionales de Educadoras y Educadores Sociales del Estado Español. En idéntica línea se expresó el Informe de 2001 de la Central Penitenciaria de Observación del Ministerio del Interior que concretó que “si realmente queremos defendernos de nuevos delitos, el camino no parece ser el endurecimiento de las penas y de las condiciones de cumplimiento”.

Es conveniente recordar que el Ministro de Justicia señaló en el Congreso de los Diputados el 21 de septiembre de 2005 ([http://www.congreso.es/public\\_oficiales/L8/CONG/DS/PL/PL\\_112.PDF](http://www.congreso.es/public_oficiales/L8/CONG/DS/PL/PL_112.PDF)) que la modificación propuesta no relegaría los aspectos reeducadores y resocializadores, sino que incluso al mismo tiempo se actuaría en todos los planos que afectan al trasfondo social de la problemática de la delincuencia juvenil, la integración social, la lucha contra la exclusión, la lucha contra la marginalidad y, por supuesto, la apuesta por un sistema educativo profundamente radicado, profundamente arraigado en la igualdad de oportunidades, y hacerlo en la materia del menor en total congruencia con los convenios internacionales de protección de los derechos humanos y en particular con los derechos del niño. Nada de esto se ha hecho, tal y como se ha señalado en las Jornadas Profesionales de Justicia Juvenil en España “Aplicación y Reforma de LO 5/00” celebradas en diciembre de 2006.

Por ello, atendiendo a la ruptura de la primacía del interés del menor y al nuevo espíritu del proyecto, no podía sino considerarse más adecuado una revisión de la Ley pero por otros motivos y con otra finalidad muy distinta a la mera alarma social, que se centre en el sistema de ejecución y que pudiera adoptar medidas más fáciles para relajar la tensión social, tales como informar más y mejor a la sociedad, a las víctimas y a los testigos, acompañándolos más intensamente (por ejemplo, ofreciéndoles un resarcimiento inmediato por parte del estado que después pudiera repercutir a los menores y responsables civiles) haciéndoles participes de la evolución del proceso, en especial de los acuerdos que determinan la no celebración de juicio oral, que sí produce desconcierto y desconfianza al no entender por qué no se celebre y cual fue la consecuencia para el infractor.

El CGAE también emitió propuesta de enmienda que fue acogida mayoritariamente, en cuestiones técnicas que dejaban en desamparo al menor en cuestiones de asistencia letrada.

## **II.- INCIDENCIA DE LA NUEVA LEY EN LA EJECUCIÓN DE LAS MEDIDAS Y EN EL PASE A LOS CENTROS PENITENCIARIOS. LA ACUSACIÓN PARTICULAR.**

La nueva regulación introduce cambios sustanciales, al menos teóricos, en el tratamiento penal a los mayores de edad que cometan hechos o que cumplan dicha edad una vez condenados.

El artículo 4 establecía la aplicación de la LO 5/00 a los imputados menores de 21 años (jóvenes) que hubieran cometido una falta o delito menos grave sin violencia o intimidación en las personas ni grave peligro para la vida o la integridad física de las personas, que carecieran de condenas por hechos delictivos cometidos una vez cumplidos los 18 años, y cuyas circunstancias personales y grado de madurez así lo aconsejara. Esta previsión fue suspendida por las Leyes 9/00 y 9/02 hasta el 1 de enero de 2007 en que entró en vigor.

El número 15 preveía el cumplimiento en centros de reforma del mayor de edad condenado hasta alcanzar el cumplimiento de los objetivos de la Sentencia, con el límite de los 23 años en que se ordenaría el pase al Centro Penitenciario o la modificación de la medida impuesta.

También es conveniente tratar la incidencia de la nueva regulación en la ejecución de medidas privativas de libertad.

### a) Aplicación de la LO 5/00 a Jóvenes.-

La primera posibilidad ha sido suprimida radicalmente, sin ni tan siquiera esperar a valorar la incidencia de su aplicabilidad durante mes y 5 días. Dicha medida se antojaba especialmente útil para dar una oportunidad al joven, a través de opciones no permitidas en el derecho penal de adultos como la mediación.

Debe tenerse en cuenta que en la actualidad, hay más de 6.747 jóvenes menores de 25 años condenados en prisión y 3.596 preventivos. De todos ellos, un número aún indeterminado, podría haberse y puede aún beneficiarse de esta Ley, en concreto aquellos que en el momento de la comisión de los hechos tuviera menos de 21 años.

Durante el citado período intermedio de vigencia, Fiscalía manifestó a través de la Instrucción 5/06 su voluntad de oponerse e incluso recurrir su aplicación, lo que es duramente criticable porque no parece adecuado que el Ministerio Público decida ir en contra de la Ley y de su propia Circular 1/00, invadiendo facultades legislativas ajenas a su cometido al mantener interpretaciones claramente contrarias a la misma. Así pues, los letrados de los jóvenes, los propios jóvenes y, en caso de estar cumpliendo condena, la propia Administración Penitenciaria quienes debieron y deben instar la aplicación de la Ley nueva.

Como señaló el Consejo General de la Abogacía Española

“esta interpretación se aleja del interés del justiciable y del contenido de la Circular 1/00 de Fiscalía. Frente a ello, debe objetarse una serie de motivos que sirven de fundamento a la actuación del Letrado.

Primero, el legislador sí fue plenamente consciente de la vigencia temporal sin que adoptara decisión alguna, por lo que no cabe presumir error alguno. Así en el Senado la portavoz del PSOE señaló al debatir sobre el artículo 4 que “a efectos de que lo sepan los ciudadanos, que la aplicación de la ley penal del menor a los jóvenes de 18 a 21 años nunca ha entrado en vigor, por tanto, carecemos de la experiencia real sobre los efectos que tendría la aplicación de esa ley en ese tramo. En cualquier caso, la aplicación a ese tramo de la ley del menor no está derogada sino que su entrada en vigor está suspendida hasta el 1 de enero del año 2007”

Segundo, el principio de legalidad y una interpretación gramatical imponen la aplicación de la norma más beneficiosa para el justiciable, lo que no hace la interpretación de Fiscalía que es contra el sentido literal y por tanto contra *legem* y no supondría sino la creación de otra norma distinta. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Sentencia nº 24/04 de 24 de febrero ha señalado que por vía interpretativa no se puede concluir que otra es la voluntad de la Ley, “pues los argumentos que esgrime el Fiscal General [...] proponen una regulación legal que los resolvería, pero no a través de una interpretación del mismo, sino de la creación de otra norma distinta, ignorando un enunciado legal meridianamente claro”.

Ni el propio Tribunal Constitucional en Sentencia del Pleno 273/05 de 27 de octubre, se permite una interpretación tan extensiva, señalando que “la interpretación conforme no puede ser una interpretación contra *legem*, pues ello implicaría desfigurar y manipular los enunciados legales, ni compete a este Tribunal la reconstrucción de una norma no explicitada debidamente en el texto legal y, por ende, la creación de una norma nueva, con la consiguiente asunción por el Tribunal Constitucional de una función de legislador positivo que institucionalmente no le corresponde”.

Tercero, la proscripción de la irretroactividad de la disposición no favorable (LO 8/06) de acuerdo con el artículo 9.3 de la Constitución Española. El 2.2 del Código Penal establece la retroactividad de las normas que favorezcan al reo. El artículo 4 de la LO 5/00 y 69 del Código Penal tienen un carácter procesal con un eminente contenido material, en cuanto permite aplicar medidas y no penas.

Todo ello hace conveniente que los letrados solicitemos a través del correspondiente incidente la aplicación del artículo 4, debiendo distinguirse distintos supuestos:

1º Procedimientos penales en instrucción entre 1 de enero y 5 de febrero de 2007, el Letrado deberá promover una cuestión incidental ante el mismo Juzgado. Los hechos que se cometan en dicho período pero cuya instrucción no se inicia hasta con posterioridad también deberán ser reconducidos a través de la oportuna cuestión incidental al ser la ley vigente en la fecha de la comisión.

2º Procedimientos a disposición del órgano competente para el enjuiciamiento, el abogado podría plantear la nulidad de actuaciones del 240.2 de la LOPJ en relación con el 238.3 al existir unas normas que permiten la aplicación de un procedimiento que determinará una medida más favorable para el joven e incluso solicitar la suspensión de la vista al amparo del 788.1 y 746.1 hasta tanto el instructor se pronuncie.

3º En las Sentencias dictadas que no sean firmes, por estar pendientes de recurso, o aquellas firmes pendientes de ejecución o en ejecución, se podría invocar la anterior causa de nulidad ante el órgano judicial (240.2 y 241.1.2 LOPJ) o bien plantear la aplicación supletoria del Código Penal: la aplicación de la nueva norma al tribunal que conozca del recurso (DT 9 CP) o la revisión de la Sentencia a los Jueces o Tribunales que estén conociendo de la ejecutoria (DT 3 y 4 CP), al tratarse de la regulación expresa de aplicación como derecho supletorio de acuerdo con la Disposición Final Primera de la LO 5/00 y Disposición Transitoria Primera del Código Penal, que prevé que a la entrada en vigor de los artículos del Código Penal, en este caso el 69, se apliquen las nuevas normas.

Es conveniente recordar que de alegar la nulidad de actuaciones la misma debería realizarse antes de que se dicte la resolución que ponga fin al proceso o en el plazo breve de 20 días desde que se tuvo conocimiento del defecto, en este caso considerado desde la entrada en vigor de la Ley.

Podría sostenerse a fin de evitar retenciones de los órganos judiciales a que, con carácter previo a la resolución de la nulidad de actuaciones o revisión interesadas, se soliciten por parte del órgano los preceptivos informes del equipo técnico e incluso adjuntar alguno de parte a fin de sostener la aplicación de la ley penal del menor”.



La Audiencia Provincial de Madrid acogió en sus criterios la irretroactividad de la norma.

“1º La legislación de menores debe ser considerada más favorable para el joven (persona entre 18 y 21 años de edad al tiempo de la comisión del ilícito penal) que la de adultos.

2º El art. 4 LORPM estará vigente del 1 de enero hasta la entrada en vigor de la Ley orgánica 8/2006.

3º El citado precepto no es de aplicación al joven condenado por sentencia firme, con anterioridad al 1 de enero de 2007; sí para el que cometa un ilícito durante el período de su vigencia o anteriormente, incluso aunque en el procedimiento haya recaído sentencia en primera instancia y esté pendiente de recurso.

4º Cuando la Audiencia Provincial estuviese conociendo de un procedimiento contra un joven para su enjuiciamiento en primera instancia, sólo se iniciará el incidente cuando concurren los requisitos del art. 4.2.1 y 2 LORPM, en cuyo caso quedará suspendida la causa para el mismo hasta que definitivamente se resuelva si se le aplica o no la legislación de menores.

5º Cuando la Audiencia Provincial estuviese conociendo de un recurso de apelación contra la sentencia dictada en primera instancia contra un joven, se dictará sentencia, sin perjuicio de que posteriormente, en caso de condena, se decida si le es de aplicación o no al joven la legislación de menores.

6º Cuando el joven que se encuentre en prisión provisional no es obligatoria su excarcelación”.

#### b) Cumplimiento en Centros Penitenciarios de condenados a la mayoría de edad:

Igualmente, se da cumplimiento a la previsión contenida en la LO 15/03 de posibilitar “el cumplimiento a partir de la mayoría de edad en centros penitenciarios”.

El nuevo artículo 14 establece que cuando el menor alcance la mayoría de edad y se encuentre cumpliendo condena en régimen cerrado, podrá ordenarse su pase a Centro Penitenciario sino cumplió los objetivos propuestos.

Así mismo, deberá ordenar dicho pase cuando alcance los 21, salvo que se considere conveniente en grado al cumplimiento de los objetivos continuar la medida. En este caso también cabe, como antes se preveía para los mayores de 23, dejar por circunstancias excepcionales del artículo 13 y 51 sin efecto las medidas.

También es procedente reseñar que “Cuando el menor pase a cumplir la medida de internamiento en un centro penitenciario, quedarán sin efecto el resto de medidas impuestas por el Juez de Menores que estuvieren pendientes de cumplimiento sucesivo o que estuviera cumpliendo simultáneamente con la de internamiento, si éstas no fueren compatibles con el régimen penitenciario, todo ello sin perjuicio de que excepcionalmente proceda la aplicación de los artículos 13 y 51 de esta Ley”.

Igualmente respecto al régimen cerrado de internamiento que imponga el Juez de Menores con arreglo a la Ley se cumplirá en un centro penitenciario conforme al régimen general previsto en la Ley Orgánica General Penitenciaria siempre que, con anterioridad al inicio de la ejecución de dicha medida, el responsable hubiera cumplido ya, total o parcialmente, bien una pena de prisión impuesta con arreglo al Código Penal, o bien una medida de internamiento ejecutada en un centro penitenciario conforme a los apartados 2 y 3 de este artículo 14.

Parece pues muy importante, estar atentos a la fijación de los objetivos, trasladárselos al menor condenado a régimen cerrado a larga condena, que pueda verse afectado por el nuevo texto, con advertencia de las consecuencias del apartamiento de los mismos.

Por otro lado, en caso de refundición con penas del Código Penal, si se trate de una medida de internamiento y la pena impuesta sea de prisión, a no ser que el Juez de Menores adopte alguna de las resoluciones previstas en el artículo 13 de esta Ley, la medida de internamiento terminará de cumplirse en el centro penitenciario en los términos previstos en el artículo 14, y una vez cumplida se ejecutará la pena. En la redacción originaria se preveía el cumplimiento previo de la medida privativa de libertad en menores, salvo que el Juez o Tribunal Sentenciador, tratándose de delitos graves y atendidos las circunstancias del joven, ordene la inmediata ejecución de la pena de prisión. En la nueva redacción se plantean dudas sobre la interpretación de la obligatoriedad de declarar el pase al Centro Penitenciario. Tampoco se prevé la participación de la acusación salvo para ser oída (en el 47.5 e) a la hora de alterar el orden de cumplimiento de medidas.

c) La competencia y ejecución sobre los jóvenes condenados por la LO 5/00. La acusación particular.

El juez de menores mantendrá la **competencia sobre la medida impuesta** en todos los casos, incluso en el caso del paso a un Centro Penitenciario, pudiendo por tanto en cualquier momento dejar sin efecto, reducir su duración o sustituirla por otra, siempre que la modificación redunde en el interés del menor y se exprese suficientemente a éste el reproche merecido por su conducta, asumiendo el Juez de Vigilancia Penitenciaria el control de las incidencias de la ejecución de la misma en todas las cuestiones y materias a que se refiere la legislación penitenciaria (artículo 44.3, siguiendo Criterios de JVP).

La modalidad de internamiento semiabierto establecida en el artículo 7 se convierte en una especie de segundo grado, al sustituir se “realizarán” actividades formativas, educativas, laborales y de ocio, por se “podrán realizar”. El internamiento terapéutico deja de ser independiente para convertirse en una modalidad dentro del cumplimiento en cerrado, semiabierto o abierto.

El juez de menores competente de acuerdo con el nuevo artículo 12 es el que haya dictado la primera sentencia firme, frente a la anterior redacción que la mantenía en el que dictó la Sentencia y en caso de varias medidas al Juez que dictó la última firme.

En la **sustitución de las medidas** existen dudas sobre la participación del letrado de la acusación particular, pues de acuerdo con el artículo 13 la misma no tiene intervención, en contradicción con el 25 y 51, éste último prevé entre sus derechos el ser oída en toda modificación y sustitución. Este conflicto podría resolverse interpretando, de manera sistemática y en atención a la ubicación de los artículos, que el artículo 13 permite dejar sin efecto, reducir o sustituir en interés del menor sin intervención de

acusación (con derecho a recurso), frente al 51 que parece más bien pensarse para sustitución -aunque también señale dejar sin efecto- por otras medidas que se estimen más adecuadas, por tiempo igual o inferior y que pudieran haber sido impuestas inicialmente. Tal vez se pudiera estar refiriendo a medidas de mayor gravedad y de ahí la limitación temporal y de intensidad.

Dispone la nueva Ley 8/06 en su artículo 51.2 que “Cuando el Juez de Menores haya sustituido la medida de internamiento en régimen cerrado por la de internamiento en régimen semiabierto o abierto, y el menor evolucione desfavorablemente, previa audiencia del letrado del menor, podrá dejar sin efecto la sustitución, volviéndose a aplicar la medida sustituida de internamiento en régimen cerrado. Igualmente, si la medida impuesta es la de internamiento en régimen semiabierto y el menor evoluciona desfavorablemente, el Juez de Menores podrá sustituirla por la de internamiento en régimen cerrado, cuando el hecho delictivo por la que se impuso sea alguno de los previstos en el artículo 9.2 de esta Ley”.

Este apartado es nuevo y plantea dudas de constitucionalidad. No parece muy respetuoso con el principio de seguridad una modificación en perjuicio del menor, por mucho que el mismo goce de un procedimiento y de asistencia letrada. Menos aún si dicha medida fue impuesta inicialmente y no como sustitución de otra más grave. Ciertamente es que la Ley solo prohíbe expresamente la sustitución por medidas más largas, pero parece que la razón de ser no es otra que prohibir una *reformatio in peus*.

Sólo se contemplaba en la antigua ley, la posibilidad de aplicación de medida de naturaleza más restrictiva en el artículo 50.2 para quebrantamiento de medidas no privativas de libertad, por régimen semiabierto por el resto de tiempo que falte para su cumplimiento, ello de manera excepcional. En este caso no se prevé la participación de la acusación particular, aunque el artículo 25 anteriormente reseñado, podría permitir su entrada en juego.

El artículo 47 mantiene el régimen anterior sobre la **refundición, salvo lo ya señalado para coincidencia con penas del Código Penal**, se cumplirán las medidas impuestas simultáneamente, y si ello no es posible sucesivamente, con preferencia del internamiento terapéutico, del cerrado y del resto de internamientos sobre las no privativas de libertad, siendo posible la alteración en interés del menor. Así pues, como novedad, una persona que se encuentre cumpliendo una o varias medidas impuestas con arreglo a esta Ley sea condenada a una pena o medida de seguridad prevista en el Código Penal o en leyes penales especiales, se ejecutarán simultáneamente si fuere materialmente posible y no siendo posible la ejecución simultánea, se cumplirá la sanción penal, quedando sin efecto la medida o medidas impuestas en aplicación de la presente Ley, salvo que se trate de una medida de internamiento y la pena impuesta sea de prisión y deba efectivamente ejecutarse, en cuyo caso se terminará el internamiento, salvo que el juez haga uso de la facultad señalada anteriormente.

Si es destacable que la nueva Ley en el artículo 47.2 **limita al doble** la duración máxima de medidas de la misma naturaleza impuestas **en distintas sentencias**, frente a la redacción previa del artículo 13 que señalaba dicha limitación para las impuestas en la misma Sentencia. Según el nuevo artículo 11 para la pluralidad de infracciones se estará a los límites máximos salvo para extrema gravedad que se pueden llegar a 10 años y caso de imponerse en distintos procedimientos (pese a que deben hacerse en el

mismo) **el último juzgado** señalará la medida o medidas a cumplir por el conjunto de los hechos. Igualmente se introduce como posibilidad imponer una o varias medidas de distinta clase por un solo hecho (art. 11).

**Se mantiene excluida a la acusación particular** de pronunciamiento sobre la **suspensión del fallo** de las medidas de hasta 2 años por igual tiempo de suspensión, condicionada a no incurrir en nuevas infracciones y no ser condenado en sentencia firme por delito cometido durante el tiempo que dure la suspensión si alcanzó la mayoría de edad o no serle aplicada medida en sentencia firme de esta ley durante el tiempo que dure la suspensión, pudiéndose condicionar a libertad vigilada o medida socioeducativa. Se acordará ahora por el juez de ejecución en la sentencia o por auto motivado en la ejecución. Ello hace pensar en la doble oportunidad de instarlo ante el juzgador y el que ejecutará. Igualmente una interpretación literal de la suspensión, permite mantener la misma a pesar de existir antecedentes.

Se introduce como novedad que la **víctima**, más allá de personarse como acusación particular, será informada por el Secretario de toda resolución del Ministerio Fiscal o Juzgado que pueda afectar a sus intereses, informándole del derecho a nombrar abogado de oficio, caso de ser titulares del derecho a la asistencia jurídica gratuita.

La modificación no tiene con carácter retroactivo, tal y como señala en la Disposición Transitoria Única.

**Los profesionales debemos formular una reflexión seria sobre la no utilización de la limitación de las medidas y suspensión. Tal vez que la suspensión en el proceso de adultos suela plantearse de oficio por el Juzgado y la utilización masiva de la citada figura puedan explicar la diferencia en la aplicación.**

**Por otro lado, merced una clara censura el reconocimiento a la víctima del derecho a justicia gratuita, igualándose a violencia de género, a pesar de que no existan causas que justifiquen dicha solución. Así pues, se genera una doble acusación justamente contra el menor, cuyo interés es prioritario. Omitiéndose no obstante, garantizar el derecho del menor en la ejecución.**

**Únicamente se introduce ex novo el oír al Letrado del menor cuando este interpusiera un recurso contra cualquier resolución adoptada durante la ejecución de las medidas impuestas (art. 52.2). El Letrado ya podía interponerlo en la redacción originaria que se mantiene (52.1.3).**

### **III.- SISTEMA PENITENCIARIO EN LOS CENTROS DE REFORMA: REGLAMENTO PENITENCIARIO PARA LOS CENTROS DE REFORMA.**

El RD 1774/04, de 30 de julio por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 5/00, entró en vigor el 1 de marzo de 2005.

Dicho RD fue calificado por más de 150 entidades sociales de todo el estado como una mala copia del Reglamento Penitenciario, por lo que fue objeto de impugnación ante la jurisdicción contenciosa administrativa. El Tribunal Supremo tras

la desestimación de la solicitud de suspensión, de práctica de pruebas, de vista y de todo lo que se instó por parte de los recurrentes, resolvió desestimar íntegramente el mismo, por Sentencia de 10 de noviembre de 2006 (Sección 6ª).

El citado Recurso planteaba con carácter principal la ilegalidad del mismo, y subsidiariamente de 38 de los 85 artículos . Se adjunta enlace por el interés que puede suponer el replantear cuestiones de ilegalidad y de inconstitucionalidad sobre el texto ante los propios Juzgados de Menores. (<http://www.coordinadoradebarrios.org/documentos/DEMANDA%20%20MENORES%20%20TOTAL%20junio%202005.pdf>).

La demanda acompañó Informe al Parlamento del Defensor del Pueblo estatal, que había señalado textualmente que “existen algunos aspectos, entre otros la prioridad que se da a la jurisdicción de adultos cuando existan dudas sobre la edad, la posibilidad de internar a menores fuera de sus zonas de arraigo, o la calificación de ciertos comportamientos como faltas graves o muy graves, que llaman poderosamente la atención, ya que en esas materias parece que no se han tenido en cuenta el interés superior del menor”.

Igualmente se adjuntó el acuerdo del Consejo General de la Abogacía Española que denunció “la vulneración en el nuevo reglamento de menores de determinados derechos de los menores reclusos, tales como el acceso al asesoramiento de Letrado de su libre elección o al asesoramiento jurídico gratuito”.

Muestra de la copia literal de muchos artículos del Reglamento Penitenciario son ( 39 - 230; 40 - 41 a 45; 41 - 48 y 49; 42 - 47; 43 - 46; 44 - 50; 45 - 154; 47- 155; 48 - 114; 52 - 157; 55 - 72; 57 - 53 y 54; 59 - 231; 60 - 232; 62, 63 y 64 -108, 109 y 110 del Reglamento Penitenciario de 1981; 63 - 109; 64 - 110; 65 - 233; 66 - 254; 67 - 234; 68 - 236; 69 - 237; 70 - 78; 240 - 249; 79 - 251; 80 - 243; 81 - 252; 82 - 255 y 256; 84 - 254; y 85 – 119 y 263; llegando incluso a endurecerlo en numerosas ocasiones.

Todo ello hacía que el Reglamento se alejara de la ley constituyéndose en ilegal.

El Tribunal Supremo, no obstante, consideró que el hecho de que las Asociaciones recurrentes, hubieran preferido regímenes más amplios y flexibles no implica vulneración de preceptos constitucionales ni legales, pues correspondía a la Administración el proceder a desarrollar dentro de los límites de la ley, a su desarrollo.

La Sentencia recurrida entró en contradicciones continuas en sus propias argumentaciones, al señalar que Fundamento de Derecho 15 “ *No hay lógicamente una sustancial identidad en cuanto son distintos los lugares donde en cada caso se cumple la privación de libertad, según sean mayores o menores de edad e incluso son diferentes los principios rectores que deben inspirar las finalidades en cada caso perseguidas con esa privación de libertad*”, y sin embargo aplicar de manera constante Sentencias del Tribunal Constitucional sobre Centros Penitenciarios (FD 15, 16,..) al señalar que “*Como dicen reiteradísimas sentencias del Tribunal Constitucional refiriendo a los internos en Centros Penitenciarios, pero cuya filosofía es aplicable a los menores*”.

Así pues, el Supremo con esta resolución **dio visos de legalidad a que en entre otros extremos, en caso de duda sobre la edad el menor sea tratado como un mayor, legaliza la presencia de las armas en el interior de los centros, el aislamiento de los menores -a pesar de estar prohibido por la legislación internacional de menores-, establece sanciones más graves y menos días de permiso al año ( 46 días para adultos frente a las 12 de los niños), limitaciones a la tenencia de objetos personales, consagra la insuficiencia de plazas como motivo de que el menor cumpla en centros alejados de su familia y un régimen de visitas y comunicaciones orales y escritas limitado que no existente ni en los Centros Penitenciarios, todo ello en aras al nuevo principio de seguridad que parece presidir el nuevo régimen de menores, muy ajena al supremo interés del menor previsto en la ley que debía desarrollar el reglamento.**

El único aspecto positivo de la resolución es que aclaró un artículo del Reglamento impugnado, en el sentido propugnado por los recurrentes, de entender ilegal la práctica que estaban realizando los Centros de Reforma de impedir la entrada de abogados de menores que no fueran los personados en la causa penal, al señalar que *“resulta palmario que el precepto impugnado no está regulando, ni limitando el derecho de asistencia letrada”* toda vez que caben otras formas de designación, realizando una interpretación que excede por mucho lo razonable a fin de salvar la ilegalidad evidente del Reglamento.

En la actualidad el mismo se halla recurrido al Tribunal Constitucional por vulneración del **principio de igualdad y proporcionalidad, así como por la vulneración de derechos concretos.** Se reproducen a continuación algunos de los argumentos utilizados en dicho recurso de amparo.

En primer lugar, la identidad entre las privaciones de libertad de los mayores y menores de edad es sustancial en lo importante, pues existe privación de libertad, siendo la finalidad primordial de ambas también la misma, la reeducación.

Efectivamente los centros y los principios no son idénticos, como tampoco lo son en todos los de Instituciones Penitenciarias. Los principios se han ido cada vez más acercando, hasta el punto de que se han transformado en la aplicación de iguales figuras jurídicas.

Serán en estas figuras, donde debe examinarse la igualdad. Así lo entendió este Alto Tribunal al concluir con la no igualdad para el cuerpo militar (Auto núm 68/96 de 25 de marzo), para posteriormente sobre el mismo cuerpo señalar que sí se vulnero en una concreta figura pues existe **“trato discriminatorio si no encontrase justificación bastante en el principio de disciplina y jerarquía propio de la institución militar en que aparece inspirado”** (Sentencia 115/01, de 10 de mayo).

Así pues, en la jurisdicción especial militar entendió que en cada caso debió justificarse la motivación para no aplicar el mismo régimen general. Lo que debió ser de igual aplicación al precedente recurso.

Ese Tribunal específicamente para menores señaló, en el Fundamento de Derecho tercero de su Sentencia núm 30/05 de 14 de febrero, que “este Tribunal ha reiterado que las garantías constitucionales que disciplinan el procedimiento penal son

también de aplicación al procedimiento de menores ( SSTC 36/1991, de 14 de febrero [ RTC 1991, 36] , F. 6, y 60/1995, de 16 de marzo [ RTC 1995, 60] , F. 5), en el que **la especial incidencia en la finalidad reeducativa, y no tanto sancionadora, no implica que no deban aplicarse estrictamente todas las garantías constitucionales**".

Así pues, existe

a) Privación de libertad. La Sentencia núm. 214/06 de 3 de julio señaló que en estos supuestos, se exige que "a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas y, en consecuencia, veda la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación razonable. Lo que prohíbe el principio de igualdad es, en suma, la desigualdad que resulte artificiosa o injustificada por no venir fundada en criterios objetivos y razonables, según criterios o juicios de valor generalmente aceptados. También es necesario, para que sea constitucionalmente lícita la diferencia de trato, que las consecuencias jurídicas que se deriven de tal distinción sean proporcionadas a la finalidad perseguida, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos. En resumen, el principio de igualdad no sólo exige que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada, sino también que supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida".

b) Finalidad primordial de la privación: reeducación. En cuanto al carácter sancionador la Sentencia núm. 60/05, de 17 de marzo, concretó que "por la naturaleza de las medidas, que no pueden poseer un mero carácter represivo, sino que han de dictarse en el exclusivo interés del menor y estar orientadas hacia su efectiva reinserción, como por la especial protección del menor en el seno del proceso, que puede aconsejar la exclusión de garantías esenciales del proceso penal, como es el caso de la «publicidad» del juicio oral, no todas las garantías del proceso penal son mecánicamente aplicables a este proceso especial que exige ciertas modulaciones".

**Por tanto, se deben aplicar las mismas garantías al menor, salvo las que sean precisas para salvaguardar al menor. No permitiéndose por tanto las que restrinjan sin que exista justificación objetiva y sin superar un juicio de proporcionalidad.**

Debe verificarse por tanto la proporcionalidad, es decir, que la norma penal no produzca «un patente derroche inútil de coacción que convierte la norma en arbitraria y que socava los principios elementales de justicia inherentes a la dignidad de la persona y al Estado de Derecho» (STC 55/1996, fundamento jurídico 8º) o una «actividad pública arbitraria y no respetuosa con la dignidad de la persona» (STC 55/1996, fundamento jurídico 9º).

Algunas de las pérdidas de garantías de los menores son:

## **1.- Derecho de defensa.**

Los penados en Centros Penitenciarios tienen posibilidad de ejercitar el derecho a defensa y el acceso al abogado, pudiendo éste formular los recursos correspondientes. El plazo de 24 horas para formular alegaciones del artículo 73.4 del RD 1774/04 contrasta con los 3 días hábiles del artículo 242.2ºh del Reglamento Penitenciario.

Si se ha reiterado que es inadmisibile que “la justicia se detenga a la puerta de las prisiones”, siguiendo a la Sentencia TEDH 28 de junio de 1984, Caso Campbell y Fell, difícilmente podría entenderse que tratándose de centros de menores la misma sí se detuviera. No debe olvidarse además, que frente a los internos de los Centros Penitenciarios que disponen de juristas, no se contempla esta figura para los menores privados de libertad.

## **2.- Aislamiento, separación de grupo y medios de contención.**

En los artículos 66 y 55 del RD 1774/04 se desarrolla la regulación de esta medida, que si bien estaba prevista en la Ley, no se encontraba desarrollada tan nítidamente.

Por ello, atendiendo el riesgo real que supone el uso del aislamiento, en la regulación actual, reconocido por el artículo 66 del RD al señalar que finalizará cuando “afecte a la salud física y mental del menor”, lo que determinó su prohibición por Regla 67 de las Reglas de Beijing aprobadas por la Asamblea General de la ONU el 29 de noviembre de 1985, ratificadas por España y que establece que “*estarán estrictamente prohibidas todas las medidas disciplinarias que constituyan trato cruel, inhumano o degradante, incluidos los castigos corporales, la reclusión en celda oscura y las penas de aislamiento, celda solitaria, así como cualquier sanción que pueda poner en peligro la salud física o mental del menor*”, no procede sino su consideración como atentatoria del principio de proporcionalidad de los derechos fundamentales a la integridad personal (art. 15), pudiendo llegar a violar la prohibición de tortura y malos tratos, así como el 25.3 de la CE, tal y como se consignó en la demanda.

Imponer las mismas sanciones que a los mayores de edad, con menos garantías que ellos, sin tomar en consideración aspectos como la especial vulnerabilidad de los menores, ratifica lo anterior.

Efectivamente, en el Centro Penitenciario el médico vigilará diariamente (art. 254) frente a los Centros de Menores. El CGPJ emitió informe señalando que “debería ser obligatorio que en los centros existiese un Médico con carácter permanente o al menos en completa disponibilidad”.

Tampoco parece proporcionado con fundamento en el mismo artículo 15 CE, que como medios de contención se puedan portar y usar defensas de gomas y el uso de contención mecánica. En contra de ambas se manifestaron Fiscalía y la Abogacía del Estado, respectivamente. En las prisiones no se portan.

No puede ser considerado como adecuado por el hecho de que se impondrán subsidiariamente cuando no exista otro remedio y por el tiempo indispensable, para



evitar actos que pongan en peligro bienes jurídicos necesitados de una especial protección. Siempre parece que podrá existir otro remedio para contener al menor, siendo del todo desproporcionado su uso para evitar daños en las instalaciones del centro o para la resistencia pasiva a las instrucciones del personal del centro.

### **3.- Intervención de objetos personales.**

Señaló el CGPJ que se permitía una falta de tipificación de los objetos prohibidos. Su posesión puede dar lugar a separación de grupo por infracción del artículo 63.i).

Los mayores en Centros Penitenciarios solo tienen restringidos el dinero, las alhajas y otros objetos de valor (art. 317 RP), frente a ello, el artículo 30 del RD 1774/04 dispone que exista una lista de objetos y sustancias prohibidos sin su determinación.

La Sentencia del Tribunal Supremo señaló que “en modo alguno puede aceptarse que regular qué determinados objetos que no se consideren seguros pueden ser colocados en lugar adecuado o que otros tóxicos o intrínsecamente peligrosos en su uso sean puestos a disposición de la fiscalía o del juzgado competente implique una vulneración del derecho a la dignidad de la persona y a su intimidad”. Se olvida que la tipificación del artículo 30 señala otros más “aquellos previstos por la normativa de funcionamiento interno de los centros” que al dejarse como lista abierta atenta contra la preceptiva tipicidad, igualdad y proporcionalidad.

### **4.- Trabajo productivo de los menores**

Es manifiestamente desproporcional con respecto a su derecho a la intimidad (art. 18) que el hecho de trabajar implique que se conozca de por vida (Informe de vida laboral, certificados,...) el carácter de menor infractor.

El Tribunal Constitucional viene aplicando la regla de Beijing de no publicidad como medida para evitar dicha estigmatización, por lo que se postula mantenga dicha interpretación, siguiendo la número 40 del mismo instrumento que señala que “*Los diplomas o certificados de estudios otorgados a los menores durante su detención no deberán indicar en ningún caso que los menores han estado reclusos*”.

Tampoco parece proporcional que el menor sea tratado en el trabajo que pueda desempeñar más como mayor de un centro penitenciario, que como un menor trabajador, que tendría que tener iguales derechos y deberes que un menor trabajador en libertad.

### **5.- Régimen disciplinario y medidas cautelares.**

La regulación del Capítulo IV vulnera el artículo 25.1 de la CE, el principio de legalidad penal.

Atenta el RD al regular el régimen disciplinario el principio de igualdad, estableciendo calificaciones más severas para los menores por idénticos hechos. Así, tipifica como falta muy grave “instigar o participar en motines, plantes o desórdenes colectivos” (artículo 62 c) catalogada como grave en el 109. c del RP. En el mismo sentido, se considera muy grave “introducir, poseer o consumir en le centro drogas tóxicas... o bebidas alcohólicas” (art. 62 h) frente a grave de 109 RP.

No parecen proporcionales a la entidad de los hechos las sanciones. Se reputan faltas muy graves hechos en los que no hay violencia, como la sustracción de materiales del centro o pertenencias de otras personas....

La Sentencia se limita a señalar que no puede realizarse una comparación abstracta.

La Fiscalía General del Estado señaló la necesidad de suprimir el artículo 80 e medidas cautelares. La Sentencia considera que cabe a tenor de la Ley 30/92 las medidas provisionales.

Así pues, se puede separar al menor antes de que exista resolución administrativa, lo que no es sino un adelantamiento de la sanción, toda vez que si finalidad es asegurar la ejecución, no se alcanza a entender que obstáculos pueden impedir su posterior cumplimiento.

Se vulnera la igualdad con mayores (art. 25.2) que establece para casos taxados su aplicación. No siendo proporcional con el fin perseguido, ante el riesgo de una eventual posterior anulación.

## **6.- Permisos de salida, control de comunicaciones escritas y paquetes, y visitas.**

Respecto a los permisos entendió la Sentencia que no podía aceptarse “la asimilación que de forma voluntarista hacen las recurrentes entre los regímenes aplicables a los menores, a saber el cerrado, abierto y semiabierto y los grados penitenciarios de cumplimiento de pena fijados en el Reglamento Penitenciario [...] sin olvidar el carácter educativo de las medidas a cumplir en los Centros de menores”. Señalando que no es desproporcional la imposición de un período de seguridad para el régimen cerrado del primer tercio de internamiento para el disfrute de permisos, pese a no existir para los mayores, semejante limitación.

Señalaba la demanda que el internamientos en régimen abierto (actividades en los servicios normalizados del entorno, residiendo en el centro) y semiabierto (en contacto con la comunidad) contemplados en la legislación de menores, resultan fácilmente asimilables a los regímenes de vida derivados de las clasificaciones en tercer grado (también denominado régimen abierto), y tercer grado restringido respectivamente, seguidas todas ellas de una libertad vigilada, de asimilación plena a la libertad condicional, a las que se les aplica un régimen de permisos más amplio que los mayores, no resulta igual con el régimen cerrado, descrito por el artículo 24 de la norma recurrida, que se corresponde inequívocamente con el segundo grado de la clasificación penitenciaria, para el que el artículo 47.2 del Reglamento Penitenciario para adultos prevé un máximo de 36 días de permisos de salida al año, mientras que el punto séptimo del artículo 45 del texto impugnado establece el límite máximo en 12 días por año.

De esta manera un adulto en un centro penitenciario puede disfrutar de un máximo de 36 días al año de permiso, mientras que un menor de edad ve restringidas sus posibilidades de preparar la vida en libertad en 12 días al año.

Carece de fundamento alguno que en la jurisdicción de menores, en la que el principio de resocialización no es solo el fin sino el medio para ejecutar las medidas, se prevea un empleo sustancialmente más restrictivo que en la jurisdicción de adultos, de **un instrumento cuyo única y fundamental finalidad es la preparación para la vida en libertad**. Y ello en abierta incoherencia con lo previsto para los regímenes abiertos y semiabiertos en los que sí se amplía el límite respecto de los adultos.

EL T. C. ya señaló respecto a al derecho a los permisos que si bien estos no tiene la categoría de derecho fundamental susceptibles de amparo constitucional ( SSTC 75/1998 y 88/1998) cualquier restricción a los mismos “no está anclada en el tenor de la ley que limita las posibilidades que limita las posibilidades resocializadoras que la misma ley abre, sino que se aparta de la finalidad propia que inspira la institución que analizamos y que por tanto ha de ser tenida como irrazonable” STC 112/1996

Esta regulación tan restrictiva no solo es inidonea para favorecer la reinserción de los menores y preparar su vida en libertad, sino que tiene difícil encaje constitucional por la desproporción que supone el límite máximo de los permisos de salida en tan solo doce días al año. En este sentido tanto el Consejo general del Poder Judicial como el Informe de la Fiscalía General del Estado, señalaron la necesidad de incorporar los permisos al régimen cerrado, señalando el límite mínimo en 20 días de permiso al año.

Esta falta de proporcionalidad hay que ponerla de manera directa con relación al principio de igualdad consagrado por nuestra Constitución y que adquiere especial relevancia cuando se trata del disfrute de derechos fundamentales, como son la libertad, la intimidad familiar y la educación.

Mutatis mutandi tendría que decirse para el establecimiento de un periodo de seguridad de un tercio, que en mayores es de un cuarto y por tanto más beneficioso para el mayor privado de libertad.

En segundo lugar, respecto a las comunicaciones escritas y paquetes de los artículo 43 y 44 del RD, la Sentencia entiende que el libre ejercicio del derecho a las comunicaciones está limitado por el derecho a la seguridad y convivencia pacífica.

El RD 1774/04 permite en sus artículos 43 y 44, que la recepción y envío de correspondencia requerirá la previa comprobación de quien la deposita, debiendo el menor abrirla y cerrarla en presencia del personal.

No obstante, no se postulaba una supresión total de control, sino que estos se limitaran a lo necesario, de acuerdo con la necesidad y proporcionalidad a fin de no violar derechos fundamentales de no ser preciso, utilizándose otros como los electrónicos, y solo cuando estos no fueran suficientes y existieran motivos de seguridad y concretos se pudiera realizar, tal y como prevé el RD 1774/04 para registro con desnudo integral 64.5d) o más específicamente en el 46.3 del RP “cuando el peso o volumen excedan de lo normal y que incidan a sospecha”.

Por tanto viola la igualdad con los mayores y la proporcionalidad con los derechos en juego intimidad y comunicaciones (18.3 CE).

Finalmente, las visitas y llamadas telefónicas, razona la Sentencia no inciden en el derecho a la libre comunicación, pues “la concesión de un derecho no implica que este pueda realizarse al arbitrio del menor internado que se encuentra en un Centro con otros menores donde tiene que haber unas normas mínimas de desarrollo de convivencia social, que lógicamente resultan incompatibles con que cada uno de ellos pueda, sin control alguno, ejercer derechos que le son legalmente concedidos”.

No se pretendía tampoco por los recurrentes un ejercicio ilimitado del derecho, pero si que al menos no fuera inferior al de mayores. El regulado en el RD 1774/04 de dos visitas por semana (40.1) de una hora y con un máximo de 4 personas (40.4), una de convivencia de tres horas (40.4), una íntima al mes de una hora (40.8), dos telefónicas de diez minutos (42.2) y en unas condiciones de precaria intimidad (40.6 y 7), no parece que se ajuste al artículo 55 de la LO 5/00 que determina que:

“La vida en el centro debe tomar como referencia la vida en libertad, reduciendo al máximo los efectos negativos que el internamiento pueda presentar para el menor o para su familia, favoreciendo los vínculos sociales, el contacto con los familiares y allegados”.

El Reglamento Penitenciario en sus artículos 41 y siguientes señala un régimen más permisivo para los mayores de edad, con un mínimo de dos y cuando lo permita el horario de trabajo de los penados en tercer grado, 5 llamadas de 5 minutos,...

Por tanto, se vulnera la igualdad de trato, siendo en todo caso desproporcional la citada regulación. No pudiéndose desde luego justificar en la necesidad señalada en la Sentencia de organización, pues más también existen en los Centros Penitenciarios y ello no permite la citada limitación.

Tampoco puede servir para justificar la proporcionalidad y la desigualdad de trato en el control de la visita que puede determinar la suspensión de la misma (40.6 y 40.7), en la seguridad en el centro o el propio desarrollo integral de la personalidad del menor, pues ello supone amparar una restricción no existente para los mayores de edad. La pregunta es como puede en las visitas, y más aún en íntimas, controlar que “se produzcan amenazas, coacciones, agresiones verbales o físicas o se advierta un comportamiento incorrecto o entienda que los visitantes puedan perjudicar al menor”. El 44 del RP no contemplaba restricción por posible perjuicio para el propio beneficiario del derecho.

## **7.- Privatización de Centros.**

La demanda señalaba “Mención aparte merece la extraña distribución de competencias realizadas por el Reglamento al Director y a la Entidad Pública, que no hacen sino consagrar la privatización de los Centros. Así atribuye las competencias a ambos órganos en los supuestos del 40.2, no lo determina en los casos previstos en el 40.1 y 40.8, y atribuye al Director los supuestos contenidos en el 40.3, 4, 5, 6 y 7)

La Ley Orgánica 5/00 en su artículo 46.3 de la ley, señalaba que una vez recibida la liquidación de la medida la entidad:

*“[...] designará de forma inmediata un profesional que se responsabilizará de la ejecución de la medida impuesta y, si esta fuera de internamiento, designará el centro más adecuado para su ejecución [...]”*. Es decir, acumulativamente la entidad pública designará un responsable, además de un centro donde llevar a cabo el cumplimiento. **Siendo competencia del responsable y no del director del centro adecuar y resolver las vicisitudes de su programa de intervención.**

También se señaló en el Fundamento de Derecho séptimo sobre procedimiento disciplinario que existía la posibilidad de gestión indirecta en el artículo 45.3 de la LO 5/00.

Pues bien la Sentencia, señala en su Fundamento decimocuarto al respecto que “las consideraciones que se hacen en relación a que las facultades de los directores consagran la privatización de los Centros, constituyen unos posicionamientos de las recurrentes, absolutamente respetables, pero irrelevantes”.

Entendemos que más allá de la parquedad en la motivación, es esencial en un estado de derecho que la privación de libertad, y todos los actos derivados de ella se realicen por personal público, tal y como ocurre con los mayores privados de libertad. Lo contrario vulnera el principio de igualdad y proporcionalidad.

En este sentido se pronunció el Congreso de los Diputados en proposición no de ley sobre el sistema de ejecución de medidas el 3 de noviembre de 2004, que señaló la necesidad de:

"Adoptar las medidas necesarias para la defensa del sistema de ejecución de penas como servicio público, gestionado directamente por el Estado a través de distintas administraciones". El sistema de reforma juvenil de Andalucía debería pues seguir los pasos anunciados por otras Comunidades como la Canaria de gestionar directamente el internamiento de los menores.

La LO 8/06 de modificación de la LO 5/00 introduce el carácter público del personal adscrito al Equipo Técnico. Por tanto, considerando que **la vulneración del principio de igualdad y proporcionalidad respecto a la libertad y educación es evidente, las Asociaciones recurrentes solicitaron al Tribunal Constitucional que procediera a plantear la cuestión al Pleno a fin de determinar la posibilidad de gestión privada y ejercicio de autoridad por personal no público.**

## **8.- Alejamiento del entorno familiar**

La Sentencia señala que la separación excepcional por interés del menor, cuando la impugnada realmente era por “razones temporales de plena ocupación o por otra causa” (art. 35), no vulnera el derecho a la intimidad familiar, pues esta hace referencia a “*cuestiones de ámbito privado que no resultan afectados por el traslado temporal*”.

Con independencia de la incongruencia con el supuesto pretendido, y la extraña interpretación que del derecho fundamental se hace, debe señalarse en esta sede la falta de proporcionalidad de la citada medida. No debe permitirse que la dejadez de la Administración determine la vulneración de un derecho fundamental, toda vez que no es proporcional.

## 9.- Derecho a la Educación

El artículo 54 de la LO 5/00 señala que la ejecución de la privación de libertad se hará en centros diferentes de los previstos para mayores. En especial el artículo 56.2 señala el derecho a “*recibir una educación y formación integral en todos los ámbitos*”.

Derecho a la educación distinta por tanto, en principio, al establecido para los mayores en el 25.2 de la Constitución Española:

*“Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia **la reeducación y reinserción social** [...]. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este capítulo, a excepción de los que se vean **expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, EL SENTIDO DE LA PENA y la ley penitenciario**”.*

Este precepto en principio no es de aplicación directa a las medidas en centros de menores tal y como señala la Sentencia recurrida atendiendo a la distinta finalidad, aunque postulamos antes que si debe serlo cuando se apliquen figuras establecidas para los mayores, en la medida que a una identificación del tratamiento y pérdida de finalidad, al menos debe seguirle una identificación de las garantías y de limitación a la restricción a los derechos fundamentales.

La LO 5/00 señala en su artículo 26 que:

*“**Todos los menores internados tienen derecho a que se respete su propia personalidad, su libertad ideológica y religiosa Y LOS DERECHOS E INTERESES LEGÍTIMOS NO AFECTADOS POR EL CONTENIDO DE LA CONDENA**”.*

Así pues, la diferencia entre mayores y menores parece clara. Sólo será posible limitación a los derechos fundamentales de los menores, y en especial el de educación, cuando exista previa limitación legal, de acuerdo con la doctrina de este Tribunal Constitucional y 53.1 CE, y de acuerdo con la LO 5/00 cuando esté afectado por la condena.

Se omite pues para los menores toda limitación con fundamento en el sentido de la pena, lo que se hace en no pocas ocasiones en la Sentencia recurrida.

En este sentido téngase en cuenta la Exposición de la LO 5/00 que aceptada por la Sentencia recurrida para interpretar la Ley indica:

7.- “Al pretender ser la reacción jurídica dirigida al menor infractor una **intervención de naturaleza educativa, aunque desde luego de especial intensidad, rechazando expresamente otras finalidades esenciales del Derecho penal de adultos, como la proporcionalidad entre el hecho y la sanción o la intimidación de los destinatarios de**

la norma, se pretende impedir todo aquello que pudiera tener un efecto contraproducente para el menor”.

12.- Se mantiene el criterio de que **el interés del menor tiene que ser atendido por especialistas en las áreas de la educación y la formación, pertenecientes a esferas de mayor inmediación que el Estado.**

Por todo ello, se puede fundamentar una violación del derecho a la educación del artículo 27 de la Constitución Española de la Sentencia rechazado por la Sentencia en su Fundamento de Derecho cuarto, al considerar que “no hace relación concreta de vulneraciones precisas, sino que se apoya en unas consideraciones más de índole filosófico o determinadas concepciones de las recurrentes en materia sancionadora y educativa, que de carácter jurídico, así se hace referencia en abstracto a una supuesta vulneración por parte del Reglamento, del carácter educativo, que debe presidir según la ley, el ámbito sancionador de los menores e incluso se habla del *silencio del Reglamento*”.

Silencio del Reglamento que no era figura jurídica de invención de los recurrentes, sino que atendía a jurisprudencia del propio Tribunal Supremo y que fue debidamente citada (Recurso nº 250/93, dictó Sentencia de 23 de enero de 1998).

#### **10.- Derecho a la Intimidad Familiar (Art. 18)**

La Sentencia señala sobre las visitas (40.1,4 y 8, 42.2) control de comunicaciones (art. 40.6 y 7) y alejamiento del entorno familiar (art. 35) que la regulación no impiden el ejercicio del derecho a la intimidad familiar.

Según la resolución la regulación de las visitas no incide sobre este derecho, el control de las comunicaciones es adecuado y compatibles a tenor del riesgo para el menor o para terceros, y el alejamiento no “*conlleva una vulneración del derecho a la intimidad familiar, que hace referencia a cuestiones del ámbito privado que no resultan afectado por el traslado temporal*”(Fundamento de Derecho Decimosegundo).

Pues bien, la fundamentación de la Sentencia no es otra que la necesidad de regulación, su compatibilidad y superioridad del orden del centro sobre la intimidad y que el hecho temporal impide considerar vulnerado un derecho.

No obstante, es procedente recordar que sólo es posible limitar la intimidad familiar por la Ley. La LO 5/00 no ha regulado limitación alguna por lo que no es procedente permitir limitaciones no amparadas en la Ley. Dijimos que el sentido de la pena no puede entrar en juego al no ser de aplicación directa el 25.2 que habla de pena y legislación penitenciaria.

#### **IV.- NECESIDAD DE PUESTA EN MARCHA DE SOAJ EN CENTROS DE REFORMA**

La Ley Orgánica 8/06 determinará que entre las asistencias de los SOAJP en los Centros Penitenciarios, nos encontremos jóvenes cumpliendo medidas de internamiento impuestas bajo la jurisdicción de menores. Estos estarán sometidos a una doble jurisdicción, la de menores para dejar sin efecto o modificar el internamiento impuesto y a la del Vigilancia para todo lo relacionado a las incidencias a las que se refiere la LOGP. Resultaría pues absurdo, que no se le pudiera asesorar o acompañar en los aspectos de ejecución, cuando si se les acompaña a los mayores de edad. La indefensión será aún de mayor calado, si se tiene en cuenta que el Juzgado de menores competente es el que impuso la primera Sentencia. Parece fácil de imaginar que el letrado que acompañó al menor en su primer procedimiento, no siga acompañando al menor años después, más aún a tenor de la dispersión geográfica.

**Por otro lado, parece obvia la necesidad por crear SOAJ en los centros de privación de libertad de menores, de manera muy especial tras las últimas reformas de la Ley y del nuevo Reglamento, en los que se trata al menor con un régimen penitenciario idéntico al de mayores.**

**El bagaje del que disponen los profesionales ya formados en los SOAJP, hace que sean estos los más preparados para la asunción y puesta en marcha de estos Servicios en lugar de las comisiones de menores de los Colegios de Abogados.**

Las únicas peculiaridades de la legislación de menores respecto a mayores en la ejecución de las medidas de internamiento son: la distribución de competencias (corresponde al primer juzgado en lugar de al último), las facultades de dejar sin efecto o sustituir (más ilimitadas que para los mayores); y los tipos de internamientos (cerrados, semiabiertos y abiertos) que no son sino en realidad muy similares a los grados penitenciarios, cuyo pase podrá ser acordado directamente por el juez. El resto son pequeñas matizaciones, que a veces flexibilizan o endurecen el sistema de vida, pero de una forma insignificante.