

COPIA

SALA TERCERA
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA
SECCION Nº 006
SECRETARIA SR. NUÑEZ ISPA
RECURSO 001/116/2004

TRIBUNAL SUPREMO
REGISTRO GENERAL

21 JUN. 2005 12:58

PRESENTADO



A LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
DEL TRIBUNAL SUPREMO

D^a MARÍA LUISA ESTRUGO LOZANO, Procuradora de los Tribunales y de las entidades "COORDINADORA DE BARRIOS PARA EL SEGUIMIENTO DE MENORES Y JOVENES" y "ASOCIACION PRO DERECHOS HUMANOS DE ANDALUCÍA", según la representación que tengo acreditada en autos, ante esta Sala comparezco y como mejor proceda en derecho, **DIGO:**

Que por medio del presente escrito, y dentro del plazo conferido al efecto, vengo a formular **DEMANDA CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA** de conformidad con lo dispuesto en los artículos 52 y siguientes de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa (L. 29 /98 de 13 de julio, en adelante, L.J.C.A.) contra el R.D. 1774/2004 de 20 de Julio por el que se aprueba el Reglamento de la L.O. 5/2000 de 12, de enero reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, con base en los siguientes

HECHOS

Primero.- Con fecha de 12 de Enero se aprobó la L.O. 4/2000 reguladora de la Responsabilidad Penal de Menor que entró en vigor el 13 de Enero de 2001.

En la disposición Adicional Séptima de la citada Ley bajo el epígrafe de “*entrada en vigor y desarrollo reglamentario*”, la ley recoge la necesidad de que en el plazo de la *vacatio legis*, las Comunidades Autónomas con competencias en materia de protección y reforma adecuen sus normativas a lo dispuesto en dicha ley.

Segundo.- Con fecha 12 de diciembre de 2000 el Defensor del Pueblo insta al Gobierno la aprobación del Reglamento ejecutivo de la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Igualmente la Consejería de Servicios Sociales de la Comunidad de Madrid, en fecha 26 de octubre de 2001 solicita la aprobación del antecitado Reglamento ejecutivo, iniciándose la tramitación, con la elaboración del Proyecto de Real Decreto (versión 1) el 5 de marzo de 2002 y continuándose de conformidad con lo recogido en el expediente administrativo que ha sido aportado por el Ministerio de Justicia y que obra en la Sala a la que nos dirigimos.

Tercero.- Con fecha de 31 de Julio de 2004 se aprobó en el Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de Justicia, el R.D. 1774/2004 de 20 de Julio por el que se aprueba el Reglamento de la L.O. 5/2000 de 12, de Enero Reguladora de la Responsabilidad Penal de los menores. EL R.D. 1774/2004 fue publicado el 30 de Agosto de 2004 en el Boletín Oficial del Estado, habiendo entrado en vigor el día 1 de Marzo de 2005.

A estos hechos, son de aplicación los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Vulneración del principio de jerarquía normativa (art. 9.3 de la Constitución Española y 51 de la Ley 30/1992 que señala que

“1. Las disposiciones administrativas no podrán vulnerar la Constitución (RCL 1978, 2836) o las leyes ni regular aquellas materias que la Constitución o los Estatutos de Autonomía

reconocen de la competencia de las Cortes Generales o de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas”.

Por su parte, el artículo 23.2 de la Ley 50/97, preceptúa lo siguiente, en lo que aquí interesa:

“Los reglamentos no podrán regular materias objeto de reserva de ley, ni infringir normas con dicho rango”.

Así pues, el Reglamento no puede vulnerar el principio de jerarquía normativa ni regular materia que la Constitución reconocen como competencia de las Cortes Generales. La reserva de ley es una manifestación del principio de competencia.

El Reglamento no puede contener mandatos nuevos respecto a la ley, ni definir los derechos subjetivos ni los deberes y requisitos necesarios para ser titulares de aquellos derechos. Es obligado citar en este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 1992 (RJ 8103), que haciendo exégesis de la jurisprudencia, establece en los siguientes términos sobre el reglamento:

“que, en cuanto norma jurídica de carácter general emanada de la Administración, **colabora con la Ley, complementándola**. De ahí que se distinga entre la norma básica de las cuestiones fundamentales, que siempre corresponden a la Ley, y a las normas secundarias o reglamentos, necesarias para la puesta en práctica de la Ley. **El reglamento, como complemento de la Ley, puede explicitar reglas que en la Ley estén simplemente anunciadas incluso aclarar preceptos de la Ley que sean imprecisos. En definitiva, el reglamento no puede contener mandatos nuevos respecto de la Ley**, pero sí debe comprender las reglas precisas que aseguren la correcta práctica de la Ley. Pero como ya se puntualizó en las Sentencias de esta Sala de fechas 20-5-1992 (RJ 1992\4462) (Recurso de Apelación núm. 2031/1990) y 10-7-1992 (RJ 1992\6258) (Recurso de Apelación núm. 617/1992), ello es **cosa distinta de que el reglamento sobrepase «el modo como ha delimitado la Ley la esfera jurídica de los particulares, definiendo los derechos**

subjetivos y los deberes y requisitos necesarios para ser titulares de aquellos derechos. Esta última es cuestión propia de la Ley, a no sobrepasar por una norma reglamentaria”.

Basta una mera comparación del RD 1774/04 con la Ley Orgánica 5/00 reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores (en adelante, LORPM) para constatar la existencia de una ideología en el Reglamento que, lejos de explicitar o aclarar los intereses y principios esbozados en la Ley, reforma y da un giro en el tratamiento previsto al menor, **creando un marco nuevo para el menor muy distinto del establecido por la Ley que debía desarrollar**, llegando a definir nuevos requisitos exigibles para disfrutar de ciertos derechos del menor y sus familiares.

A) VULNERACIÓN EN EL REGLAMENTO DEL ESPÍRITU TRATAMENTAL DE LA LEY.

Para examinar si ambas normas tienden a la misma finalidad debe partirse de los principios señalados en la Exposición de Motivos de la Ley:

4.- *“asentando firmemente el principio de que la responsabilidad penal de los menores presenta frente a la de los adultos un **carácter primordial de intervención educativa que trasciende a todos los aspectos de su regulación jurídica y que determina considerables diferencias entre el sentido y el procedimiento de las sanciones en uno y otro sector, sin perjuicio de las garantías comunes a todo justiciable**”.*

5.-*“proceso, encaminado a la adopción de unas **medidas que, como ya se ha dicho, fundamentalmente no pueden ser represivas, sino preventivo-especiales, orientadas hacia la efectiva reinserción y el superior interés del menor**, valorados con criterios que han de buscarse primordialmente en el ámbito de las ciencias no jurídicas”.*

6. *“Como consecuencia de los principios, criterios y orientaciones a que se acaba de hacer referencia, puede decirse que la redacción de la presente Ley Orgánica ha sido conscientemente guiada por los siguientes principios generales **naturaleza formalmente penal pero materialmente sancionadora-educativa del procedimiento** y de las medidas aplicables a los infractores menores de edad, reconocimiento expreso de todas las garantías que se*

derivan del respeto de los derechos constitucionales y de las especiales exigencias del interés del menor”.

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 consiguiente, el principio de que la responsabilidad penal de los menores presenta un carácter primordial de intervención educativa con el sentido de imponer medidas que fundamentalmente no pueden ser represivas (rechazando expresamente otras finalidades como la proporcionalidad entre el hecho y la sanción o la intimidación de los destinatarios de la norma), sino orientadas hacia la efectiva reinserción y el superior interés del menor, con naturaleza por tanto sancionadora-educativa.

El Reglamento, no obstante, carece de toda fundamentación educativa en su introducción, limitándose a hacer un resumen de la nueva regulación, reseñando una importante declaración: el Capítulo IV del Régimen Disciplinario de los Centros se inspira en el **“Título X del Reglamento Penitenciario [...]; finalmente, los artículos 81 a 85 contienen reglas especiales sobre las sanciones (ejecución y cumplimiento, reducción, suspensión y anulación, extinción y prescripción) y sobre **incentivos o recompensas de un modo similar al artículo 263 del Reglamento Penitenciario**”**.

Así pues, el Real Decreto impugnado implanta un sistema penitenciario a los menores, no sólo en el Capítulo IV de las sanciones como expresamente reconoce, sino a lo largo de todo el Capítulo III del Reglamento. Siguen la misma dinámica de tratamiento del Reglamento Penitenciario a los menores privados de libertad en más de la mitad de los artículos del RD 1774/04. Entre

otros, señalándose primero los del RD 1774/04, y segundo los del Reglamento Penitenciario, destacan:

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.

Existen incluso remisiones expresas al citado régimen penitenciario, tales como la derivación a la normativa reguladora de la relación laboral especial penitenciaria, señalada en el artículo 53.4 del RD impugnado.

Basta comprobar que si la **LO 5/00 señalaba en sus 64 artículos hasta 16 veces las palabras clave: educación-formación y socialización, a fin de conseguir los objetivos reseñados en la Exposición de Motivos, el Reglamento en sus 85 no supera las 6**. La ley establece el criterio *de que el interés del menor tiene que ser atendidos por especialistas en las áreas de educación y la formación*, eludiendo su Reglamento de desarrollo cualquier motivación pedagógico educativa (Motivo de la Exposición nº 12).

En este sentido, puede recordarse que en el Informe de APEGA (Documento 48 del Expediente administrativo) señalan textualmente, los pedagogos que *“Finalmente y en relación con todo lo anterior, **consideramos imprescindible profundizar en el carácter educativo** del procedimiento y de las medidas, otorgándole mayor protagonismo, frente al puramente penal y sancionador”*.

Realmente la **única perspectiva tenida en cuenta ha sido la de régimen-seguridad, prevaleciendo una visión sancionadora, que se evidencia al dedicar un único artículo para los incentivos que se incluye dentro del Capítulo IV “Del régimen disciplinario de los centros”**. Esta ausencia de incentivos y de promoción de la conducta positiva del menor

contraviene el principio fundamental de resocialización del menor, consagrado en el artículo 55 de la Ley Penal del Menor.

Así, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 19 de junio de 1992, dictada en el Recurso 46/89, (RJ 1992\5352) señaló la trascendencia de la Exposición de Motivos, de la siguiente manera:

“Un método para interpretar la «mens legis» de una norma jurídica, determinando su alcance y contenido, es el de acudir al Preámbulo o Exposición de Motivos de dicha norma, donde el Órgano que la produce, explica la «ratio legis», que con ella persigue.[...]

Habiéndose de interpretar las normas jurídicas conforme a lo que dispone el art. 3.1, del vigente Código Civil, «según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllos»; **y, habida cuenta de la reiterada referencia que se hace en la Exposición de Motivos** de la Ley al carácter educativo de la mismas, no cabe obviarla en el Reglamento que regula el tratamiento de los menores infractores.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2002, dictada en el Recurso 246/97, (RJ 2003\3005), en un proceso de impugnación de una disposición reglamentaria, acude a la Exposición de Motivos como elemento determinante para su enjuiciamiento:

“En consecuencia, no se ha llevado a la convicción del juzgador que la potestad reglamentaria se haya utilizado para fines distintos a los previstos en la norma, fines que, como se dijo, se encuentran recogidos en la Exposición de Motivos del Rea Decreto-Ley y en el Preámbulo del Reglamento”.

En parecidos términos se expresó la Sentencia de 15 de julio de 2003, del recurso 44/02 (RJ 2003\5841), que ratificó la importancia de la Exposición de motivos al rechazar *“la posición del Sr. Abogado del Estado que afirma que lo*

que cuenta en la Ley son sus artículos y no las explicaciones que el legislador ofrece, en cuanto a las razones por las que se promulga la ley en la correspondiente exposición de motivos”.

En conclusión **el RD centra toda su atención en un régimen sancionador ya fracasado en los Centros Penitenciarios en cuanto mecanismo de transformación de conductas antisociales.** Así el propio texto en su artículo 59 dispone copiando textualmente –sin complejos- el artículo 231 del Reglamento Penitenciario que la finalidad es contribuir a “la seguridad y la convivencia ordenada en estos y estimular el sentido de la responsabilidad y la capacidad de autocontrol de los menores internados.

No obstante, se olvida que según las técnicas de tratamiento de conductas antisociales, a la que sólo aludimos por no ser este el lugar de discusión, señalan que el castigo es considerado como el mecanismo de debilitar una conducta menos efectivo: Es un método de aprendizaje negativo, pues enseña lo que no debe hacerse pero no aporta ninguna información sobre qué hacer o cómo hacerlo. Desde luego su aplicación a lo largo de la historia tiene su justificación en la fácil aplicabilidad frente a otros medios más imaginativos que requieren mayores esfuerzos y produce satisfacción en la persona que lo aplica al estar ofreciendo una respuesta a una acción antisocial.

B) ILEGALIDAD OMISIVA DEL RD 1774/04

Se ha incumplido el mandato dado por la Ley en su Exposición de Motivos, número 24 que señalaba que “**Los principios científicos y los criterios educativos a los que ha de responder cada una de las medidas, aquí sucintamente expuestos, se habrán de regular más extensamente en el Reglamento** que en su día se dicte en desarrollo de la presente Ley Orgánica”.

Toda vez que según el 43.2 de la Ley “Tampoco podrán ejecutarse dichas medidas en otra forma que la prescrita en esta Ley y en los Reglamentos que la desarrollen” y que de acuerdo con el artículo 49 “La entidad pública remitirá al Juez de Menores y al Ministerio Fiscal, con la periodicidad que se establezca reglamentariamente en cada caso [...]

informes sobre la ejecución de la medida y sus incidencias, y sobre la evolución personal de los menores sometidos a las mismas”.

A pesar de la citada delegación clara y expresa, el RD recurrido sólo regula el tratamiento del menor para el tratamiento ambulatorio (artículo 16) e internamiento terapéutico (artículo 27), existiendo otras referencias genéricas que no concretan en que puede consistir, ni cuáles serán los medios para el buen fin del tratamiento, limitándose a señalar la existencia de programas de ejecución.

En este sentido la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, en el recurso nº 250/93, dictó Sentencia de 23 de enero de 1998 (RJ 1998\1261) disponiendo que: **“es apreciable una ilegalidad omisiva controlable en sede jurisdiccional cuando el silencio del Reglamento determina la implícita creación de una situación jurídica contraria a la Constitución o al ordenamiento jurídico** o, al menos, cuando siendo competente el órgano titular de la potestad reglamentaria para regular la materia de que se trata, la ausencia de la previsión reglamentaria supone el incumplimiento de una obligación legal establecida por la ley que el reglamento trata de desarrollar o ejecutar”.

C) RESERVA DE LEY

Ya señalamos que el artículo 51 de la Ley 30/92 disponía que el Reglamento no podía *“regular aquellas materias que la Constitución o los Estatutos de Autonomía reconocen de la competencia de las Cortes Generales o de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas”*.

Ello supone que el RD no puede regular materias reservadas a normas con rango de ley, como son las cuestiones de naturaleza procesal o específicamente relativas a las competencias y facultades de los jueces y tribunales, así como **no debe “definir los derechos subjetivos y los deberes y requisitos necesarios para ser titulares de aquellos derechos. Esta última es cuestión propia de la Ley, a no sobrepasar por una norma reglamentaria”** según

señaló la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 1992 (RJ 1992\8103).

Que regula cuestiones procesales, reservadas a la Ley, fue puesto de manifiesto por el Consejo General del Poder Judicial (Documento Número 21) y reiterado por el Consejo de Estado (Documento Número 42), entre otros. Recomendaciones no seguidas en artículos tales como el 34.1 d) y 40.7, entre otros.

Por otro lado, el RD 1774/04 limita el ejercicio de determinados derechos, imponiendo a sus titulares unos requisitos no previstos legalmente. Afecta no sólo a los menores, sino a otras personas interesadas, como son los familiares y amigos, letrados, asociaciones,

Se introducen nuevos requisitos para el acceso a derechos fundamentales previstos en la Constitución Española y derechos subjetivos consagrados por la Ley, tales como el derecho a la defensa y a la asistencia letrada, la intimidad familiar,...

Ante las vulneraciones generalizadas reseñadas, se postula con carácter principal la anulación del Reglamento, al considerar que la nueva regulación viola los más elementales principios y criterios reseñados en la LO 5/00 a través de su Exposición de Motivos y en su articulado, dejando aspectos esenciales para el interés del menor huérfanos de regulación como es el tratamiento, amen de regular materias objeto de reserva de ley, introduciendo nuevos requisitos para el ejercicio de los derechos no previstos en la Ley Orgánica.

En conclusión, el RD introduce un nuevo sistema muy alejado del iniciado por la LO 5/00, y muy próximo al régimen previsto para los mayores de edad en los Centros Penitenciarios. Exigiendo en determinados supuestos paradójicamente más requisitos a los menores que a los mayores de edad, conculcando así derechos reconocidos por la propia Ley *“Las personas a las que se aplique la presente Ley gozarán de todos los derechos reconocidos en la Constitución y en el*

ordenamiento jurídico” (artículo 1), y el criterio mantenido por la Fiscalía General del Estado en su Circular 1/00, que consideró como “*derechos mínimos infranqueables los establecidos para mayores*”.

SEGUNDO.- PRESUNCIÓN DE MINORIDAD: La regulación del artículo 2.9 del RD 1774/04 vulnera el principio general de presunción de minoridad por contravenir los principios de jerarquía normativa y reserva legal en materia de competencias de Jueces y Tribunales (arts. 9.3; 24.1 y 117.3 C.E. y el artículo 2 de la LORPM).

El artículo 2.9. del RD 1774/04 establece ex novo la prioridad de la jurisdicción de adultos, consagrando una presunción de mayoría, respecto a los menores o jóvenes de cuya edad se dude, al señalar que: “*Cuando la policía judicial investigue a una persona como presunto autor de una infracción penal de cuya minoría de edad se dude y no consten datos que permitan su determinación, se pondrá a disposición de la autoridad judicial de la jurisdicción ordinaria para que proceda a determinar la identidad y edad del presunto delincuente por las reglas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Una vez acreditada la edad, si esta fuese inferior a los 18 años, se procederá conforme a lo previsto en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores”.*

El artículo 2 de la Ley 5/00, establece el ámbito de aplicación de la Ley bajo la rúbrica: “Competencia de los Jueces de Menores” así mismo el citado artículo 1 señalaba en el apartado primero que: “Esta Ley se aplicará para exigir la responsabilidad de las personas mayores de catorce años y menores de dieciocho por la comisión de hechos tipificados como delitos o faltas en el Código Penal o las leyes penales especiales”.

Se introduce así, por vía reglamentaria, una nueva figura hasta ahora desconocida en nuestro derecho: la presunción de mayoría, en su doble vertiente de atribuir el conocimiento inicial a la jurisdicción ordinaria, y de ser tratado penalmente como mayor en caso de no poder acreditarse la minoridad.

Entendemos que esta previsión reglamentaria contenida en el artículo del RD 1774/04 es nula y contraria a nuestro ordenamiento jurídico por cuanto

A.- Establece una nueva distribución de competencias judiciales por medio de una norma de rango reglamentario

Este aspecto ya fue denunciado por el Consejo General del Poder Judicial en su primer informe al Proyecto de Reglamento, de la que fue ponente Doña Monserrat Comas d'Argemir i Cendra, (Documento Número 21) que rechazó esta posibilidad al disponer en su Conclusión tercera, que:

“Debe sin embargo evitarse que el Reglamento, que es una disposición administrativa, regule cuestiones de naturaleza procesal o dé instrucciones o establezca facultades u obligaciones para los Jueces o Fiscales, cuya función únicamente puede ser regulada por Ley. Los preceptos correspondientes han de redactarse de manera que se establezca qué pueden hacer las Autoridades administrativas en el caso de que los Jueces o Fiscales actúen o decidan en un sentido determinado”.

Así pues, salvando el caso excepcional expresamente previsto en el artículo 16.5 de la Ley 5/00, de que los hechos hubieran sido cometidos conjuntamente por menores y mayores de edad, y que el Juzgado de Instrucción ya conociera de la causa por cualquier motivo, o la situación excepcional del procedimiento de “habeas corpus”, no cabrá en ningún otro supuesto que sea el Juzgado de Instrucción el que conozca de menores. En el supuesto de detención por funcionarios de policía es claro que debe ser puesto a disposición del Ministerio Fiscal, de acuerdo con la redacción del 17.4.

Coherentemente con la conclusión del Consejo General del Poder Judicial, los apartados 1 y 2 del mismo artículo 2 del Reglamento señalan que es “la Policía Judicial la que actúa **en la investigación de los hechos**

cometidos por menores bajo *la dirección del Ministerio Fiscal, actuación que deberá atenerse a las ordenes del mismo*. Chocando pues, que a continuación, en el apartado 9 atribuya el conocimiento a una autoridad judicial distinta, creando así una nueva atribución de competencias judiciales, que rompe con la tradición y práctica actual.

Esta modificación de competencias judiciales, que carece de sustento en la Ley Reguladora de Responsabilidad Penal del Menor, y en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuya posibilidad es excluida a sensu contrario en ésta última, pues sólo señala que los Juzgados de Instrucción podrán instruir las primeras diligencias, concluidas las cuales se remitirán al Juez o Tribunal que deba conocer de la causa con arreglo a las Leyes.

B.- Establece una presunción contraria al resto del ordenamiento jurídico.

La presunción de minoridad, se configura como un principio general del derecho que hasta la entrada en vigor del RD 1774/04 venía operando en la práctica procesal y que tiene su concreta regulación en distintos textos legales y normativos, cuya prelación sobre el texto impugnado es evidente en orden al mencionado principio de jerarquía normativa

La recomendación numero R (87) 2' del Comité de Ministros a los Estados Miembros sobre reacciones sociales ante la delincuencia juvenil, adoptada por el Comité de Ministros el 17 de septiembre de 1987 ya recogía en su párrafo 2º punto 5º de 2 evitar la remisión de los menores a la jurisdicción de adultos cuando existen jurisdicciones de menores.

En esta misma línea la propia ley de extranjería (LO 4/2000) se hace eco del problema de la determinación de la edad regulando en su artículo 35.1 (precepto reformado por la L-O- 8/2000 de 22 de Enero) que *“en los supuestos en los que los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado localicen a un extranjero indocumentado cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad se le dará por*

los servicios competentes de protección de menores la atención inmediata que precise de acuerdo con lo establecido en la legislación de protección jurídica del menor, poniéndose el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal...”

Por otro lado, debe destacarse que la nueva regulación pretende modificar el funcionamiento, facultades y obligaciones de los fiscales, en contra de lo establecido por el Consejo General del Poder Judicial, desarrolladas por la Circular 1/00 de la Fiscalía General del Estado, de 18 de diciembre (JUR 2000\262899), que en el punto VI.2.B sobre las Diligencias Preliminares señala que:

“En esta fase de Diligencias Preliminares se habrá de valorar la concurrencia de los presupuestos necesarios legalmente para acordar la incoación del Expediente de reforma, que son, desde el punto de vista fáctico, la verosimilitud de los hechos denunciados y la determinación de la identidad y edad de los partícipes en su ejecución y desde el punto de vista normativo, la tipicidad penal de la conducta denunciada.

*Si la duda en torno a la edad verdadera del denunciado no llega a despejarse en fase de Diligencias Preliminares pese al diligente agotamiento de los medios de investigación disponibles, en caso de suscitarse duda racional sobre la mayoría de edad del sujeto, **se incoará Expediente de reforma y quedará sujeto a la jurisdicción de menores en tanto no se acredite fehacientemente su mayoría de edad al ejecutar el hecho punible**”*

Una interpretación literal del precepto impugnado impondría continuar por la jurisdicción ordinaria, sometiendo a un posible menor a la jurisdicción, plazos y proceso de jurisdicción de adultos. Recoge la Circular 1/00 de la Fiscalía General del Estado, también en el punto VI.2-A que

“ante el riesgo potencial de sujetar a un menor de edad a un sistema procesal y penal legalmente improcedente debe optarse por la solución menos arriesgada, que es la aplicación de las normas reguladoras de la responsabilidad penal de menores”.

A todo lo que debe añadirse que el principio del **IN DUBIO PRO REO**, que como ha reiterado la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, entre otras Sentencia la nº 1.593 de 18 de diciembre 1997, RJ 1997\9093, consiste en que *“cuando el Tribunal expresa directa o indirectamente su duda, es decir, no puede descartar con seguridad que los hechos hayan tenido lugar de una manera diferente y más favorable al acusado, y no obstante ello adoptan la versión más perjudicial al mismo, vulneran el principio «in dubio pro reo», que -según la STC 30/1981 (RTC 1981\30)- está garantizado constitucionalmente como uno de los elementos de un proceso con todas las garantías en el artículo 24 CE -cfr. Sentencias 23 octubre 1996-”*.

En este sentido, el Tribunal Supremo señaló desde antiguo respecto a los menores, en Sentencia número 1956, de 24 de septiembre de 1992 (RJ 1992\7258) que :

“Para que la persona física adquiriera las condiciones exigidas para su imputabilidad penal, es necesario, como presupuesto ineludible, que haya alcanzado una edad por la cual se puede estimar que tiene una capacidad normal de conocer y querer [...]

Tal finalidad legal de protección al menor exige que la interpretación de estas normas penales haya de hacerse siempre con un criterio favorable a la extensión de la exención o de la atenuación de la responsabilidad, en definitiva en beneficio del reo [...]

*Si, como ocurre en el caso presente, no consta la hora del nacimiento, **tal omisión probatoria ha de beneficiar al acusado («in dubio pro reo»)**, de modo que se haya de entender que nació en una hora posterior a aquella en que se produjo el hecho delictivo, y, por consiguiente, que éste ocurrió cuando aún no habían sido cumplidos los años correspondientes (en este caso los 18)”*.

La Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo número 850/99, de 26 de Mayo 1999 (RJ 1998\5258) dictada en el Recurso de Casación 2244/98, confirma el criterio del in dubio pro reo, al señalar que:

“el cómputo de esta materia penal ha de realizarse de momento a momento, teniendo en cuenta la hora en que ha de reputarse cometido el delito y aquella otra en que se produjo el nacimiento. Así se ha pronunciado esta Sala, en Sentencia de 14-1-

1988 (RJ 1988\247)...». «Si, ..., no consta la hora del nacimiento, tal omisión probatoria ha de beneficiar al acusado ("**in dubio pro reo**")", de modo que se haya de entender que nació en una hora posterior a aquella en que se produjo el hecho delictivo,...".

Así mismo otras normas de menor rango son igualmente ilustrativas de la contradicción evidente entre el texto reglamentario y los preceptuado por las leyes para la determinación de la edad del presunto menor, sometido a medidas de protección o reforma

- Normas Provisionales sobre tratamiento policial de menores de la Dirección General de la Policía, de la Subdirección General Operativa de la Comisaría General de la Policía Judicial, de 11 de enero de 2001, (Anuario de Justicia de Menores 2003 nº III de Astigi, Justicia Penal de Menores y Jóvenes, Tirant lo blanch, pag. 420) que en su artículo 10 establecía:

1. *En todo tipo de actuaciones policiales, se realizarán de oficio y de propia autoridad, las averiguaciones oportunas, en cada caso, a fin de determinar, con la mayor precisión posible, la edad e identidad de los menores.[...].*

3. **En los supuestos en que no pueda establecerse con seguridad la minoría de edad, se procederá a: [...]** b) **Poner el hecho en conocimiento inmediato del Ministerio Fiscal para que disponga lo necesario en orden a la determinación de su edad.**

6. **En caso de duda razonable, respecto de la determinación de la edad, se procederá: a) Si la duda es en cuanto a la minoría o la mayoría de edad, se remitirán las actuaciones policiales, en caso de menores infractores, a la Sección de Menores de la Fiscalía [...].**

- *Normas de actuación de la Guardia Civil con menores (Anuario de Justicia de Menores 2003 nº III de Astigi) que señala en la norma B.4 “Actuación cuando existe duda sobre la edad del menor”:*

“En caso de duda sobre la mayoría de edad del detenido se le dará tratamiento de menor poniéndolo a disposición del Fiscal de Menores”.

TERCERO.- LIBRE ELECCION DE ABOGADO Y DERECHO DE DEFENSA La regulación del artículo 41.6 del RD 1774/04 vulnera el derecho a la asistencia letrada por contravenir los artículos 24. 1 y 2 de la C. E. y 56.2.i) de la LORPM.

En el artículo 41 del Reglamento se regulan las comunicaciones con Letrados y otros profesionales recogiendo el derecho a comunicarse en local reservado con abogados y procuradores, entre otros profesionales

En el párrafo 6, se establece que el abogado, en el momento de la visita, además de acreditarse deberá presentar la *“designación o documento en el que conste como defensor o representante del menor en las causas que se sigan contra él o por las cuales estuviere internado”*.

Por su parte, la Ley de Responsabilidad Penal de los Menores establecía en el artículo 56.2.i) el **“derecho de los menores a comunicarse reservadamente con sus letrados”**, en plural, lo que hace pensar en que da por hecho que un solo menor pueda tener distintos letrados para diversos supuestos.

Estos artículos de la específica legislación de menores han de ser puestos en relación con otra normativa que ha sido considerada a menudo como una garantía mínima que la de menores no podía vulnerar, esto es, la general de enjuiciamiento criminal, por una parte, y la penitenciaria de adultos, por otra.

Así, con relación a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, los derechos de defensa de cualquier imputado (y también de los condenados privados de libertad) están recogidos en diversos artículos, como el 118, el 520, el 523 (derecho de los detenidos o presos a la comunicación con el abogado defensor) y el 767.

Por su parte, la Ley Orgánica General Penitenciaria en su artículo 51 se refiere a la comunicación del interno *“con su abogado defensor o con el abogado expresamente llamado en relación con asuntos penales...”*. En el Reglamento Penitenciario, el artículo 48 regula la comunicación del interno con sus “abogados defensores” imponiendo en su párrafo 1.2ª que acrediten su condición de tales defensores, pero, sin embargo, permitiendo en el párrafo 2 que esa comunicación también se aplique a *“los abogados (...) cuando antes de personarse en la causa como defensores (...) hayan sido llamados expresamente por los internos a través de la Dirección del establecimiento o por los familiares de aquellos”*. Además, el párrafo 4 extiende el régimen a cualquier abogado con autorización judicial.

La restrictiva regulación que el reglamento hace del derecho del menor a comunicarse con un letrado carece de amparo legal alguno.

Así, dicha restricción (que el letrado esté designado como defensor en la causa que se siga contra él o por la que esté internado) vulnera el principio de legalidad al contemplar un requisito no previsto en la ley. Esto coarta de manera flagrante el derecho a la libre elección de abogado y a la asistencia jurídica, como parte inherentes del derecho de defensa, que es mucho más amplio que la mera intervención profesional en una concreta causa penal.

También sorprende que se otorgue al menor siempre la cualidad de imputado al *“referirse a las causas que se sigan contra él”*, olvidando que el menor también puede ser parte actora – denunciante- y que no solo existen procedimientos penales, sino que el menor puede recabar la asesoría jurídica

de un letrado para la defensa de sus intereses, en muchos otros campos (civil, extranjería, procedimientos administrativos, etc..)

Además, al privársele al menor de la comunicación con un letrado que no se encuentre designado, viene a dificultarse al menor la designación de un letrado de su elección diferente. Esto parece contradecir lo previsto en el artículo 17 de la Ley, en el que se reconoce al menor el derecho a nombrar abogado.

En este sentido, el informe que en su día emitió el Consejo General del Poder Judicial (unido a los autos como documento 21), ya aconsejaba que debería preverse que el menor reciba visitas, no solo del letrado designado en la causa sino también de aquel que el menor designe libremente.

Incluso si esa tesis parece demasiado amplia, podría seguirse la que mantuvo la Abogacía General del Estado frente al proyecto de Reglamento de la LO de responsabilidad penal de los menores (informe unido a los autos como documento 33). Este organismo ya resaltaba que, pese a que la mención de la LO al abogado del menor en diversos puntos (audiencias para distintos trámites, vista del expediente, proposición de diligencias, etc) parece siempre referida al “letrado del menor” y, por tanto, al designado en la causa, tal mención resulta restrictiva respecto de la legislación penitenciaria “que podría servir a efectos interpretativos”. De esta manera, el informe del Abogado General del Estado entiende que el proyecto de Reglamento era restrictivo por no contemplar el supuesto de abogado “llamado en relación con la causa por la que está interno”, distinto del ya designado y de “otro abogado no contemplado en lo anterior, que podría ser objeto de una comunicación con autorización judicial específica. Este informe ya declaraba que “la normativa penitenciaria debería marcar un mínimo de garantía, por lo que sería deseable recoger en este párrafo 6 la previsión del artículo 48 puntos 2 y 4 del Reglamento General Penitenciario”, lo que no se ha hecho.

En este sentido, **el Consejo General de la Abogacía Española emitió informe considerando la restricción del acceso como una privación ilegal**

del derecho a la asistencia jurídica. Informe que se acompañó junto al escrito presentado por esta parte el día 6 de mayo de 2005

Del mismo modo, aprobó recomendar a los Colegios de Abogados la implantación de Servicios de Orientación y Asistencia Jurídica en los Centros de Reforma, al estilo de los Penitenciarios, que no podrían funcionar bajo la presente regulación al impedir el RD la participación de los expresamente llamados.

Por otra parte, como ya señala también el informe del Abogado General del Estado, también vulnera el principio de jerarquía normativa y el de legalidad el que el artículo 41.6 del Reglamento permitan la suspensión de las comunicaciones con el Letrado por expresa orden judicial, ya que resulta contrario a la doctrina expuesta por el Tribunal Constitucional, con relación a la idéntica posibilidad dentro de la legislación penitenciaria (STC 183/1994 y 58/1998). Así, en esas sentencias se concluía que existían dos requisitos cumulativos para poder proceder legalmente a esa suspensión, consistentes en orden judicial y en previsión legal que permita dicha limitación (como impone el artículo 53.1 de la Constitución española). Dado que la LO, en el artículo 56.2.i) no prevé ninguna limitación a las comunicaciones del menor con el Letrado, el informe del Abogado General, así como la Fiscalía, concluye que no existe previsión legal que permita que el Reglamento introduzca la posibilidad de limitación vía orden judicial.

Por tanto, la previsión del Reglamento en el artículo 41.6 vulnera tanto derechos constitucionales, como previsiones internacionales, como la Convención de Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1959, se establece: ***“Todo niño privado de libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal o autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción”***.

También las Reglas Mínimas adoptadas por la Asamblea General de la ONU en Resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990, para la protección de los menores privados de libertad, recogen en la número 18 a) que los menores ***“tendrán derecho al asesoramiento jurídico y podrán solicitar asistencia jurídica gratuita, cuando ésta exista, y comunicarse regularmente con sus asesores jurídicos. Deberá respetarse el carácter privado y confidencial de estas comunicaciones”***.

En tercer lugar, también queda vulnerado por el Reglamento el derecho del menor a la asistencia letrada en el marco del procedimiento disciplinario, pues devalúa el derecho de defensa y del derecho a la asistencia letrada (art. 24.2 CE) del menor en el procedimiento administrativo sancionador; en paralelo a las críticas que merece este aspecto en el procedimiento disciplinario del Reglamento Penitenciario, del que el del menor es copia, y que ha dado lugar a tantos recursos de amparo ante el Tribunal Constitucional.

El derecho a la asistencia letrada tiene rango constitucional de derecho fundamental con el máximo nivel de protección y tiene una íntima relación con el derecho de defensa, del que en el caso concreto puede ser condición. La negación del derecho a asistencia letrada produce indefensión, lo cual es especialmente relevante en el caso de los menores, a los que se puede presuponer una menor capacidad de defenderse por sí solos en cuestiones jurídicas.

En este aspecto, **debe de catalogarse como ilegal la imprevisión de un sistema eficaz en la regulación del procedimiento sancionador, para asegurar la posibilidad real de asistencia letrada (tanto tras la notificación del Pliego de cargos, como tras la notificación de la Propuesta de resolución y tras la notificación del acuerdo sancionador para el posible recurso al Juzgado de menores) y el exiguo plazo para interponer Pliego de descargos, formular alegaciones o recurso ante el Juzgado** de 24 horas frente a los 3 días hábiles del art. 242.2º.h del Reglamento penitenciario, plazo en el que se incluye la práctica del asesoramiento letrado (localización de un Letrado, comunicación entre el Letrado y el menor y formulación del Pliego de

descargos). El art. 60.7º de la LO 5/2000 prevé la posibilidad de que el Letrado del menor presente recurso ante el Juzgado de menores, pero el Reglamento no articula el procedimiento para hacerlo posible, dado que simplemente menciona (art. 76.2º RM) la notificación “en su caso, al letrado del menor”, sin que se sepa muy bien qué significa “en su caso”.

Mientras que inicialmente en un Proyecto de Reglamento (unido al expediente como Documento 37), se preveía que la formulación de cargos se notificase tanto al menor como a su letrado, la redacción actual solo prevé la notificación al menor. Varios organismos ya alertaron en su día de la necesidad de una mayor presencia del letrado del menor a lo largo de todo el procedimiento para garantizar debidamente su derecho de defensa. Así, la Fiscalía, en el informe 14 unido a autos, recomienda que el Letrado reciba notificación de todos los actos relevantes que se produzcan en su desarrollo y, especialmente del pliego de cargos de la propuesta de resolución y del propio acuerdo sancionador. Sin embargo, el Reglamento omite tal presencia vulnerando ese derecho.

La Jurisprudencia constitucional es constante y reiterada al declarar (en múltiples sentencias desde la STC 18/1981 hasta la que se cita STC 81/2000) *“no sólo la aplicabilidad a las sanciones administrativas de los principios sustantivos derivados del art. 25.1 CE [...] sino también [...] las garantías procedimentales insitas en el art. 24.2 CE, no mediante una aplicación literal sino en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del precepto, y la seguridad jurídica que garantiza el art. 9 de la Constitución”,* si bien ha precisado que no se trata de una aplicación literal, dadas las diferencias entre uno y otro orden sancionador, sino *“con el alcance que requiere la finalidad que justifica la previsión constitucional”.*

En relación con esa operación de traslación de las garantías del art. 24 CE al procedimiento administrativo sancionador, que viene condicionada a que se trate de garantías que resulten compatibles con la naturaleza de dicho procedimiento, se ha ido elaborando progresivamente en numerosas resoluciones una consolidada doctrina constitucional, en la que se citan como

aplicables, sin ánimo de exhaustividad, el derecho de defensa, que proscribiera cualquier indefensión; el derecho a la asistencia letrada, trasladable con ciertas condiciones; el derecho a ser informado de la acusación, con la ineludible consecuencia de la inalterabilidad de los hechos imputados; el derecho a la presunción de inocencia, que implica que la carga de la prueba de los hechos constitutivos de la infracción recaiga sobre la Administración, con la prohibición absoluta de utilizar pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales; el derecho a no declarar contra sí mismo; o, en fin, el derecho a la utilización de los medios de prueba adecuados para la defensa, del que deriva la obligación de motivar la denegación de los medios de prueba propuestos (por todas, SSTC 7/1998, de 13 de enero, FJ 6; 14/1999, de 22 de febrero, FJ 3.a).

Descendiendo de lo general a lo particular, en cuanto a la traslación de aquellas garantías al procedimiento disciplinario penitenciario, el Tribunal Constitucional asimismo, ha venido destacando que las peculiaridades del internamiento en un establecimiento penitenciario en modo alguno pueden implicar que *"la justicia se detenga a la puerta de las prisiones"* [Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 28 de junio de 1984, Caso Campbell y Fell] y concretando el alcance de esta regla general, en lo que al presente recurso de amparo interesa, en la aplicación en los procedimientos disciplinarios penitenciarios del derecho de defensa y a la actividad probatoria (SSTC 2/1987, de 21 de enero, FJ 6; 297/1993, de 18 de octubre, FJ 3; 97/1995, de 20 de junio, FJ 2; 195/1995, de 19 de diciembre, FJ 7; 128/1996, de 9 de julio, FJ 5; 169/1996, de 29 de octubre, FJ 7, 35/1997, de 25 de febrero, FJ 5; 39/1997, de 27 de febrero, FJ 6; 83/1997, de 22 de abril, FJ 2; 181/1999, de 11 de octubre, FJ 2)".

Como en múltiples sentencias, el Tribunal constitucional ha declarado (por todas véase por ejemplo la STC 128/1996 y todas las en ella citadas) tanto el procedimiento penal como el administrativo sancionador son ejercicio de la potestad punitiva del Estado y que *"tratándose de sanciones disciplinarias impuestas a internos penitenciarios, este conjunto de garantías se aplica con especial*

rigor, al considerar que la sanción supone una grave limitación a la ya restringida libertad inherente al cumplimiento de una pena”.

Por ello, el Tribunal Constitucional sentó que *“Pese a que el derecho «a la asistencia de Letrado» debe referirse primordialmente a los procesos judiciales, y específicamente al proceso penal, **la Administración penitenciaria ha de permitir a los internos contar con asistencia jurídica en los procedimientos disciplinarios** en forma y grado tal que pueda ser estimada proporcionada a la naturaleza de la falta imputada, a la sanción imponible y al procedimiento que se siga para decidir sobre su imposición (STC 74/1985 [RTC 1985\74]).*

Es más la jurisprudencia constitucional reconoce la supremacía de dichos derechos constitucionales sobre los plazos para interponer Pliego de descargos, por lo que dicho plazo deberá interrumpirse para hacer posible dicho ejercicio del derecho de asistencia letrada (STC 2/1987, FJ nº 6).

Igualmente la notificación de la resolución sancionatoria al Letrado/a del menor debe entenderse como preceptiva y en todo caso, no en unos casos sí y en otros no (art. 76.2 RM), máxime considerando que el RM no indica en qué casos debe realizar la entidad pública dicha comunicación.

Si bien la jurisprudencia constitucional vigente señala que al día de hoy **en los Centros Penitenciarios** no existe derecho a asistencia letrada gratuita, ello no puede ser de aplicación al ámbito de menores.

Las Sentencias dictadas en el ámbito de los Centros Penitenciarios, RTC 2001\27 de 29 de enero, dictada en el Recurso de Amparo 4707/99 y RTC 2002\236 de 9 de diciembre, señalan:

“Hemos dicho que este derecho cobra una perspectiva distinta en la medida en que (por lo dispuesto en el art. 242.2 del Reglamento Penitenciario) EL ASESORAMIENTO PARA LA DEFENSA DEL INCURSO EN EL EXPEDIENTE puede ser realizada no solamente a través de Abogado (aunque su intervención no sea preceptiva), sino también valiéndose del consejo de un funcionario,

NORMALMENTE EL JURISTA CRIMINÓLOGO, como consta en el Reglamento Penitenciario de 1981 [SSTC 74/1985, de 18 de junio (RTC 1985\74), F. 3; 2/1987, de 21 de enero, F. 6; 190/1987, de 1 de diciembre (RTC 1987\190), F. 3; 192/1987, de 2 de diciembre (RTC 1987\192) F. 2 b); 161/1993, de 17 de mayo (RTC 1993\161), F. 4; 143/1995, de 3 de octubre (RTC 1995\143), F. 4; y 128/1996, de 9 de julio (RTC 1996\128), F. 6]. **Además, el propio Reglamento permite que el asesoramiento para la defensa en un expediente disciplinario se lleve a cabo «por cualquier persona que designe».**

Si el Reglamento Penitenciario prevé en el artículo 242.2 la posibilidad de asesoramiento “*por funcionario o cualquier persona que designe durante la tramitación del expediente*”, entre cuyos funcionarios que integran el equipo técnico a designar en los Centros Penitenciarios se encuentran el jurista (274.2), el RD 1774/04 sólo prevé en el 72.2b) la posibilidad de ser asistido por **personal del centro o por cualquier otra persona del propio centro** para la **redacción del pliego de descargos**. Es decir, no puede ser ni el jurista, ni cualquiera otra persona, ni para toda la tramitación de todo el Expediente. En este sentido, el RD 1774/04 no contempla al jurista como personal técnico, no incluyéndolo el art.4 que lo determina. Así pues, frente al derecho a la asistencia jurídica gratuita de los juristas en los Centros Penitenciarios, los menores según la actual redacción carecerían de él.

A todo lo que hay que unir la indefensión, que determinan las peculiaridades de la minoridad de edad que les dificultan para participar en la complejidad del debate procesal, y a la cultura y conocimientos jurídicos del menor.

En conclusión, el RD 1774/04 ha privado al menor del derecho a la asistencia letrada, en las siguientes vertientes: **la libre designación de letrado por el menor o sus familiares, impidiendo el acceso del abogado “expresamente llamado”** en terminología del Reglamento Penitenciario; en la previsión de **suspensión de las comunicaciones** con el letrado sin el debido sustento legal y judicial; **en la limitación de la asistencia letrada que, a tenor del artículo 44 de la LO 5/00, debe participar en todas las incidencias de la ejecución** en las que será oído pudiendo incluso instar al Juez y en la

gratuidad de la misma, entre ellas la disciplinaria; **y en la gratuidad de la asistencia** establecida en el artículo 31 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita 1/96, según la cual los Abogados designados desempeñarán sus funciones de asistencia y representación de forma real y efectiva hasta la terminación del proceso en la instancia judicial de que se trate y, en su caso, la ejecución si las actuaciones se produjeran dentro de los dos años siguientes a la resolución judicial dictada en la instancia.

CUARTO.- AISLAMIENTO Y SEPARACION DE GRUPO: Los artículos 66 y 55 del RD 1774/04 vulneran el derecho a la integridad personal y violan la prohibición de los malos tratos y torturas por contravenir las Reglas 66 y 67 de las Reglas de Beijing aprobadas por la Asamblea General de la ONU el 29 de noviembre de 1985; los art. 37 c) y 40 de la Convención de los Derechos del Niño y los artículos 15 y 25.3 de la Constitución española y el artículo 56.2 de la LORPM

Son abundantes los textos legales que protegen la dignidad e inviolabilidad de la persona del menor privado de libertad, y de manera muy especial su derecho a la integridad física y psicológica prohibiendo la aplicación de castigos y sanciones que por su duración, intensidad o naturaleza pudieran constituir malos tratos o torturas, o que sin incardinarse en dicho tipo penal, pudieran de algún modo menoscabar la integridad física del menor.

Además, hay que tener en cuenta que a los menores les son igualmente aplicables todas las garantías procesales recogidas para adultos, junto a aquellas que les sean específicas. Así lo declaró la Sentencia del Tribunal Constitucional del Pleno, de 14 de febrero de 1991, número 36/1991 y recurso 1001/1998, BOE 66/1991 (EDJ 1991/1562):

“Las disposiciones a tomar en consideración son, por lo tanto, las contenidas en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en la Convención de Roma...(…) Cabe afirmar, como conclusión de cuanto antecede, que, interpretados

de acuerdo con el Tratado Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y la Convención de los Derechos del Niño, los derechos fundamentales que consagra el art. 24 CE han de ser respetados también en el proceso seguido contra menores a efectos penales”.

En este sentido la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984) y de manera específica, el artículo 37 de la Convención de los derechos del Niño señala que Los Estados Partes velarán por que:

a) Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. No se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad;

Frente a la abundadísima legislación nacional e internacional que recoge **la prohibición de las penas inhumanas y de medidas disciplinarias tales como reclusión en celda oscura o aislamiento en celda solitaria, el Real Decreto 1774/2004 regula la imposición a los menores de la sanción de separación de grupo y la medida de aislamiento como método de contención.**

La sanción de separación de grupo, constituye *de facto* el aislamiento del menor respecto de su grupo de convivencia, separándole del resto de los menores y educadores confinándole a una habitación o celda donde permanecerá aislado durante veintidós horas al día, pudiendo disfrutar únicamente de dos horas de tiempo libre al día, también separado o aislado del grupo.

En esta materia observamos cómo el Reglamento de Menores intenta, denominando distinto a lo igual, diferenciar dos figuras idénticas: la separación de grupo y el aislamiento (regulado en el Reglamento Penitenciario de adultos,

art. 254) . Una comparación minuciosa de ambas pondrá de manifiesto este ejemplo de libro de “fraude de etiquetas”:

<p align="center"> AISLAMIENTO EN ADULTOS (Art. 254 Reglamento Penitenciario)</p>	<p align="center">“SEPARACIÓN DE GRUPO” (Art. 66 Reglamento de Menores)</p>
<p>Por evidente agresividad o violencia por parte del interno o cuando éste reiterada y gravemente altere la normal convivencia del centro</p>	<p>Cuando se manifieste una evidente agresividad o violencia por parte del interno o cuando éste reiterada y gravemente altere la normal convivencia del centro</p>
<p align="center">Seis a catorce días</p>	<p align="center">Tres a siete días</p>
<p>En caso de enfermedad se aplazará la efectividad de la sanción hasta que el interno sea dado de alta</p>	<p align="center">No se aplicará a los menores enfermos</p>
<p>Se cumplirá en el compartimento que habitualmente ocupe el interno y en caso que lo comparta con otros pasará a uno individual de semejantes medidas y condiciones.</p>	<p align="center">Se cumplirá en la propia habitación del menor o en otra de análogas características</p>
<p>El médico del establecimiento vigilará diariamente al interno.</p>	<p align="center">Diariamente visitará al menor el psicólogo o el médico del centro.</p>
<p>Disfrutará de dos horas de paseo en solitario</p>	<p align="center">El menor dispondrá de dos horas al aire libre y deberá acudir a la enseñanza obligatoria y podrá recibir las visitas del ar. 40 y 41</p>
<p>No se aplicará esta sanción a las mujeres gestantes y a las mujeres hasta seis meses después de la terminación del embarazo, a las madres lactantes y a las que tuvieran hijos consigo.</p>	<p>La sanción de separación de grupo no se aplicará a las menores embarazadas hasta que hayan transcurrido seis meses desde la finalización del embarazo, a las madres lactantes y a las que tengan hijos en su compañía.</p>

La única razón que justifica esta denominación distinta para igual contenido no es sino eludir la aplicación de la 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”...*

Estamos ante un claro fraude de ley (Art. 6.4 CC) tal y como lo ha definido la jurisprudencia del Tribunal Supremo (STS, Sala 1 de 21 de diciembre de 2000) como *sinónimo de daño o perjuicio conseguido mediante un medio o mecanismo utilizado a tal fin como subterfugio o ardid, con infracción de deberes jurídicos generales que se imponen a las personas. Implica, en el fondo, un acto contra legem, por eludir las reglas del derecho, pero sin un enfrentamiento frontal sino, al revés, buscando unas aparentes normas de cobertura o una cobertura indirecta; respetando la letra de la norma pero infringiendo su espíritu, de forma que el *fraus alterius* o *fraus homini* implica, con carácter general, un *fraus legi* que requiere, como elemento esencial, una serie de actos que, **pese a su apariencia de legalidad, violen el contenido ético de los preceptos en que se amparan**, ya se tenga o no conciencia de burlar la ley* (Cfr. TS SS 6 Feb. 1957, 13 Jun. 1959, 1 Abr. 1965, 2 May. 1984, 1 Feb. 1990, 20 Jun. 1991, 17 Mar. 1992 y 29 Jul. 1996). STS. (Sala 1) 21/12/2000 Martínez Calcerrada

Con el Fiscal General del Estado, Sr. Conde Pumpido entendemos que *“el artículo 25.3 de la Constitución española no otorga cobertura a esta clase de sanción para el supuesto de menores privados de libertad, por lo que la misma, a la que se acude de manera habitual en los centros de menores tendrá que ser efectivamente erradicada”*.(Responsabilidad Penal de Menores. Ed Trivium. VV.AA. pag 483). Se acude al fraude de ley para, en vez de erradicar el aislamiento, otorgarle categoría de norma en un ejercicio de un nominalismo encubridor de uno de los aspectos más deshumanizadores del Reglamento de Menores.

De conformidad con el artículo 68 del Reglamento de Menores no cabe el cumplimiento sucesivo de diversas sanciones impuestas en el mismo o diferentes procedimientos, pero la sanción de aislamiento sí se puede imponer con un intervalo de un día de tal forma que nos encontraríamos con que un menor puede cumplir 7 días de aislamiento y 1 de vida ordinaria/ 7 días de aislamiento y 1 de vida ordinaria, **sin límite alguno**. Nos enfrentamos de nuevo con la posible implantación de un auténtico régimen de vida incompatible con el derecho a la dignidad (Art. 10 CE).

La sanción de separación de grupo o aislamiento del menor contraviene lo dispuesto en el artículo 15 de la CE, la Regla 67 de las Reglas de Beijing y el Art. 15 de la LORPM dado que constituye un peligro para la salud física y mental del menor

El citado artículo 66 del Reglamento de Menores prevé que se dejará sin efecto la “separación de grupo” en el momento en que esta sanción “afecte a la salud física o mental”. La previsión legal de la posible afectación de la salud del menor reconoce la perversidad de la medida.

La doctrina, representada por el profesor G^a Valdés ha sido unánime al afirmar que *“La exigencia de que ésta sanción se cumpla previo informe y reconocimiento médico, no supone sino la aceptación tácita de los efectos nocivos que el aislamiento genera lo que viene avalado desde la propia ciencia médica cuando se reconoce que el aislamiento en celda produce procesos psíquicos como cuadros depresivos y ansiosos, ideas paranoides, brotes epilépticos, reacciones histéricas y esquizoides además de una general sintomatología neurótica”* (G^a Valdés A. “Medicina psicosomática y patología carcelaria”, cuadernos de Política Criminal nº 12, Madrid 1980. “El suicidio en la Institución Penitenciaria: Revista de Estudios Penitenciarios nº 247, Madrid 1999).

Asimismo el artículo 66 vulnera el principio de proporcionalidad cuando impone para menores de edad sanciones idénticas que para adultos con menos garantías que para aquéllos, sin tomar en consideración aspectos como

la especial vulnerabilidad de los menores. Así el Reglamento Penitenciario establece que “el médico del establecimiento vigilará diariamente al interno”, mientras que el Reglamento de menores establece que “diariamente visitará al menor el médico o el psicólogo (...)”. no alternativamente por uno u otro dado que su ámbito de actuación es bien distinto, por lo que ambos deberán informar sobre la salud física y mental del menor. En este sentido el Consejo General del Poder Judicial en el informe que con carácter preceptivo emitió al proyecto señaló “*debería ser obligatorio que en los centros existiese un Médico con carácter permanente o al menos en completa disponibilidad*” (Doc nº 21, pag 42).

Esta alternancia en el control de la salud física y/o psíquica de los menores sancionados a aislamiento vulnera las prescripciones del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes cuando establece en que “un nivel inadecuado de asistencia sanitaria puede conducir de hecho a situaciones que caigan dentro del ámbito del término inhumano y degradante”.

Como ya se ha señalado, este régimen de aislamiento viene taxativamente prohibido por las citadas Reglas Mínimas para la Protección de los menores privados de libertad y que fueron aprobadas por la Asamblea General de la ONU en su resolución 45 /113 que son aplicables y directamente invocables, por cuanto el artículo 39.4 de la Constitución Española incorpora al ordenamiento jurídico español, todas las normas internacionales dictadas para la protección de los menores.. ***4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.***

En esta misma línea la Sentencia del Tribunal Constitucional Sala Primera, de 12 de julio de 1993, recurso 2515/1990, BOE 192/1993, referencia El Derecho EDJ 1991/6979 señala, refiriéndose a un proceso penal contra un menor, en el que se había acordado su internamiento:

“...la comparecencia judicial se ajustó a los principios y respetó las garantías establecidas en la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño que lleva fecha de 20 noviembre 1989 y fue ratificada el 30 noviembre 1990 -art. 40.2.b)-, conocida pero no vigente todavía en aquel momento, como también se ajusta a las llamadas "reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores" o "reglas de Beijing" (arts. 14 y 15) aprobadas por la Asamblea General el 29 noviembre 1985. Es claro que las normas de Derecho interno, en lo que aquí atañe, fueron interpretadas sobre la materia, ratificados por España, según manda el artículo. 11 CE”.

También la Sentencia del Tribunal Constitucional del Pleno, de 14 de febrero de 1991, número 36/1991 y recurso 1001/1998, BOE 66/1991 (EDJ 1991/1562) declara:

“... Tanto aquéllas (Reglas de Beijing) como ésta (recomendación del Comité de ministros del Consejo de Europa 20/1987, de Reacciones Sociales ante la delincuencia juvenil) expresan una doctrina generalmente aceptada en el correspondiente ámbito y que, seguramente, debe inspirar la acción de nuestros poderes públicos...”.

También la jurisprudencia menor ha recogido la necesidad de que, en los procesos contra menores, España no sólo aplique la LEY 5/2000, sino también las normas internacionales en la materia. Así lo recoge, por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial Sección Primera de Las Palmas, número 216/2002, de 26 de septiembre de 2002, en el recurso 1/2002, referencia El Derecho 2002/65086, que declara:

“en esta medida de internamiento se ha de tener en cuenta no sólo lo que establece la LORPM, sino también las normas internacionales sobre la materia, sobre todo la Convención sobre los Derechos del Niño aprobada por Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y las Reglas mínimas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing)...”.

Así mismo entiende esta parte que dicha vulneración del principio de jerarquía normativa e interdicción de las penas inhumanas y degradantes afecta a la regulación de los **MEDIOS DE CONTENCIÓN** por cuanto el Artículo 55 del Reglamento de Menores vulnera las Reglas 66 y 67 de las Reglas de Beijing aprobadas por la Asamblea General de la ONU el 29 de noviembre de 1985, así como los artículos 37 y 40 de la Convención de los Derechos del Niño y los artículos 15 y 25.3 de la Constitución española dado que:

- En su apartado 2.b) establece que podrán emplearse como medio de contención las “defensas de goma”. La Regla 65 de las de Beijing afirma que “*en todo centro donde haya menores detenidos deberá prohibirse al personal usar y portar armas*”. **El Reglamento de Armas (RD 137/93 e 29 de enero que desarrolla la Ley 1/92) define en su artículo 5.1 como arma “las defensas eléctricas, de goma, tonfas o similares”.**

Así, al aparecer claramente definidas “las defensas de goma” como armas en el citado Reglamento, siendo estas excluidas por las Reglas de Beijing hace que el apartado 2.b del Reglamento de menores sea nulo de pleno derecho por vulnerar el artículo de la Ley 30/92.

En esta misma línea se expresó la Fiscalía General del Estado, siendo así recogido en el primer Proyecto de Real Decreto (versión 1ª), documento nº 3, y así se hizo constar apareciendo entre corchetes “**en contra la Fiscalía**”

- En su apartado 2 c) dado que vulnera el principio de proporcionalidad jurisprudencialmente establecido. En este mismo sentido se expresó, con relación al uso de la contención mecánica, la Abogacía del Estado en el informe preceptivo emitido y que consta en el expediente administrativo como documento nº 33. En el mismo se recoge que “la Comisión Interautonómica propone que se

supriman las referencias a los materiales de sujeción mecánica que pueden utilizarse para la contención de los internos. Debe señalarse a estos efectos que comparando esa redacción del proyecto con el artículo 72.1 del RGP resulta que el proyecto de Reglamento prevé que a los menores no se les puedan aplicar aerosoles ni sujeciones metálicas; lo que parece una atención a su menor edad que hace aconsejable mantener la redacción revista”.

- En su apartado 2.d) establece como medio de contención el aislamiento. Aislamiento proscrito por la Regla 67 de las de Beijing que prohíbe explícitamente su uso así como cualquier otra que pueda poner en peligro la salud física o mental del menor. De conformidad con esta regulación y con la Constitución española, el aislamiento como medida de contención no goza de cobertura legal.

QUINTO.- INTERVENCIÓN DE OBJETOS PERSONALES: El artículo 30. 2 c y d) vulnera el derecho a la dignidad de la persona y la intimidad (arts. 10.1 y 18 de la CE y 56.2 c) de la LORPM) y el principio de legalidad (artículo 9.3 de la C.E.)

El artículo 30. 2 c) del RD 1774/04 otorga al Director del Centro la potestad para intervenir los objetos personales del menor con capacidad para determinar qué objetos están o no permitidos, sin que se establezca un criterio para acordar la limitación de objetos a poseer. En este sentido nos encontramos ante una norma de prohibición general que habilita a los directores de centros a establecer excepciones a la misma, autorizando “de forma expresa” aquellos objetos de valor que pudieran permanecer en posesión de los internos.

Así mismo el punto d) de dicho artículo establece qué objetos se considerarán prohibidos por el centro, estableciendo en su punto 6º “*aquellos previstos por la normativa de funcionamiento interno de los centros*”.

Esta intervención generalizada de los objetos personales de los menores, fundamentales para configurar un sentimiento de pertenencia, para disminuir los perniciosos efectos que el desarraigo consecuencia del internamiento y de la separación del núcleo familiar provoca en los menores y para mantener elementos de identidad y referencia en el menor, vienen a constituir una injerencia desproporcionada en la intimidad del menor y vienen a perjudicar el bienestar del mismo, contraviniendo lo dispuesto en la regla 35 de las Reglas Mínimas aprobadas en Resolución 45/113: *“La posesión de efectos personales es un elemento fundamental del derecho a la intimidad y es indispensable para el bienestar psicológico del menor. Deberá reconocerse y respetarse plenamente el derecho de todo menor a poseer efectos personales y a disponer de lugares seguros para guardarlos”*.

Esta norma restrictiva de derechos que se configura como una norma penal en blanco, al proporcionar la “posibilidad de que por esa vía se prohíban cualesquiera otros objetos más que los específicamente peligrosos, que son los comprendidos en la enumeración anterior, tal y como denunció el Consejo General del Poder Judicial en su informe de fecha 22 de Julio de 2002 (pag 12) que obra como documento nº 21 del expediente administrativo viene a vulnerar el principio de legalidad.

Las garantías que derivan del principio de legalidad se materializa mediante la existencia de una *“lex preavia”* –que pueda ser conocida por el sujeto que debe cumplirla- de una *lex scripta* – por la que se excluye la costumbre, y de una *lex stricta* – que impone un cierto grado de precisión de la ley que da lugar al mandato de determinación por el que se exige que la norma prescriba de forma suficientemente diferenciada los criterios normativos y su consecuencia.

De esta manera no cabe hacer en el reglamento de desarrollo de una ley una remisión genérica a una normativa de funcionamiento interno de una regulación: la de los objetos prohibidos- cuya posesión puede dar lugar a sanciones de separación de grupo por infracción del artículo 63.i).

SEXTO- TRABAJO PRODUCTIVO DE LOS MENORES.- A) El artículo 53 del RD 1774/04 vulnera el derecho a la intimidad y a no revelar su condición de menores internos (Art. 18 de la CE y 56-2c LORPM). B) La remisión al RD 782/01 regulador de la Relación Laboral Especial de los Penados es contraria a la Ley de acuerdo con la jerarquía normativa (art. 9.3 de la Constitución Española y 51 de la Ley 30/1992) y la reserva de ley (artículo 23.2 de la Ley 50/97).

A) El artículo 53 de la norma impugnada pone en evidente riesgo el derecho a la intimidad de los menores al posibilitar que la entidad pública competente para la ejecución de las medidas tenga la consideración de empleador a fin de favorecer el trabajo productivo de los menores. Esta posibilidad viola el derecho de los menores a que no se conozca su condición de internados o sometidos a medidas de reforma al quedar reflejado en su expediente laboral, hoja de vida laboral o documento análogo dicha condición siempre que hayan desarrollado un trabajo productivo en el interior de los centros de internamiento. El reglamento no arbitra ningún tipo de medida correctora al respecto.

Este hecho, viene a poner en riesgo el mencionado principio de resocialización a que deben estar encaminadas todas las medidas educativas tomadas en aplicación de la LORPM (art. 55) y, de modo más general, cualquier pena o medida impuesta en el seno de un procedimiento sancionador (art. 25 C.E)

En este mismo sentido se pronuncia el art. 56-2c) L.O.R.P.M. ***Derecho a que se preserve su dignidad y su intimidad, a ser designados por su propio nombre y a que su condición de internados sea estrictamente reservada frente a terceros.***

La regla 40 de las de Beijing señala que en atención a ese derecho de que nos se revele su condición ***Los diplomas o certificados de estudios otorgados a los menores durante su detención no deberán indicar en ningún caso que los menores han estado recluidos.***

B) Dispone el artículo 53.4 del RD 1774/04 que *“El trabajo productivo que se desarrolle en los centros específicos para menores infractores será dirigido por la entidad pública correspondiente [...] y le será de aplicación la normativa reguladora de la relación laboral especial penitenciaria y de la protección de Seguridad Social establecida en la legislación vigente para este colectivo”*.

No obstante, el artículo 56 de la Ley 5/00 sólo señalaba el derecho a un trabajo remunerado, y no hacía remisión alguna al RD 782/01 establecido para los penados. La Ley 53/02, de 30 de diciembre señalaba en su artículo 39 que *“Sé considerará relación laboral de carácter especial la de los menores incluidos en el ámbito de aplicación de la LO 5/00 [...] Se autoriza al gobierno para establecer un marco de protección de Seguridad Social para los menores a que se refiere la presente disposición, que tenga en cuenta las especiales características y necesidades del colectivo”*.

Así pues, la Ley no remitió al RD 782/01 -ya en vigor- que regula la Relación Laboral de carácter especial de los penados. Y no lo hizo intencionadamente por varios motivos, entre ellos, porque el citado RD regulaba la relación entre el Organismo Autónomo Trabajo y Prestaciones Penitenciarias y los internos de los centros penitenciarios (art. 1), así como por las especialidades propias de los menores, siendo imposible aplicar una normativa que señala la participación de órganos inexistentes en los Centros de Menores tales como las Juntas de Tratamiento, entre otras.

Finalmente, debe destacarse que la autorización al Gobierno fue por lo demás explícita, sólo para la protección de la Seguridad Social, no para la regulación de la relación laboral, que goza de reserva de ley.

SÉPTIMO.- RÉGIMEN DISCIPLINARIO: el Capítulo IV del RD 1774/04 vulnera el principio de igualdad ante la ley (Art. 14 de la CE y 60 y 44 de

la LORPM) y el principio de proporcionalidad; la tipificación de las faltas vulnera las previsiones de la LRJAE y PAC (arts 127 y 129)

El Régimen Disciplinario en los centros de cumplimiento de medidas juveniles de internamiento nos sitúa en un ámbito en el que se debe tratar de lograr un difícil equilibrio entre la necesidad educativa de aprender el respeto a unas normas, el respeto a las normas que hacen posible una vida en el centro basada en el respeto a los demás —lo cual tiene también su componente educativo— y en la facilitación de la actividad educativa, con el respeto a las garantías que el adolescente tiene en cuanto persona y en cuanto menor de edad a la hora de sufrir privaciones o restricciones de derechos.

La educación y la convivencia en el seno de una familia u otro grupo humano es establecida de manera informal, aunque siempre con el respeto a los derechos de la persona y sin que las sanciones informales puedan superar el límite de la “corrección moderada y razonable” (art. 167 Código civil). El aprendizaje de normas y el respeto a las normas forman parte indisoluble del proceso de maduración y de socialización y son imprescindibles para la convivencia. Y el proceso de aprendizaje de normas requiere siempre de formas de respuesta que refuercen el aprendizaje, normalmente mediante sanciones positivas y negativas.

En la medida en que los adolescentes internados en los centros se encuentran en ellos privados de libertad por disposición de una decisión judicial y que están directa o indirectamente bajo la tutela estatal, estas normas y estas sanciones deben establecerse de manera formal, sometidas a unos principios y las sanciones impuestas con criterios claros, con transparencia y con respeto a garantías y procedimientos formales, que se traduce en este caso en el respeto por los principios informadores del derecho administrativo sancionador.

Tipificación de las infracciones y principio de legalidad

Resultan aplicables al régimen disciplinario, a las medidas de corrección educativa y al uso de medios de contención todos aquellos derechos y libertades fundamentales que, como establece el art. 25.2 CE, no sean restringidos por el fallo condenatorio, la ley o el sentido de la pena.

Es especialmente significativo en relación con estas materias el art. 25.1 CE, que consagra el principio de legalidad en materia de sanciones administrativas: *“Nadie puede ser sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento”*.

De este art. 25.1º se deduce claramente que las conductas constitutivas de infracciones sancionables por la Administración deben tipificarse en norma con rango de ley, que debiera ser ley orgánica si afecta al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas (art. 81 CE). El rango de ley orgánica no se cuestiona para la tipificación de conductas que lleven a aparejadas penas privativas de libertad u otros derechos fundamentales, lo cual debiera tenerse en cuenta si se considerase que algunas sanciones disciplinarias de menores son privativas de libertad.

No obstante, esta consecuencia general del derecho constitucional se ha relativizado para las denominadas relaciones de sujeción especial.

Aunque la doctrina de las relaciones de especial sujeción ha llevado a la jurisprudencia a limitar la eficacia del principio de legalidad sobre el régimen sancionatorio (véase STC 2/1987, de 21 de enero), también es cierto que el Tribunal Constitucional advierte de que este carácter puede significar la relativización del principio de legalidad pero no su supresión (STC 61/1990, de 29 de marzo). Por ejemplo, en las relaciones de sujeción especial se admite que las infracciones se tipifiquen en norma reglamentaria, mientras que en las relaciones de sujeción general deben establecerse en norma con rango de ley.

La ausencia de tipificación en la LO 5/2000 genera importantes dudas de constitucionalidad (CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., 2001, 481, con cita de la SSTC 117/1995 y 212/1996 y STS 14.5.1991).

No cabe duda de que, al igual que las personas presas o los soldados, las personas menores de edad internadas por orden judicial en un centro de menores se encuentran en una relación de sujeción especial respecto a la Administración competente, tanto en la forma de gestión directa como indirecta (art. 45.3 LO 5/2000).

En concreto, este tipo de relaciones de sujeción especial se denominan de funcionamiento (*Betriebsverhältnisse*) en las que las necesidades de funcionamiento de la institución pueden hacer prevalecer en algunos casos los intereses generales sobre los derechos individuales (NIETO, Derecho Administrativo sancionador, 3ª edición, 2002, 225). Como ha declarado el Tribunal Constitucional, a mayor intensidad de la sujeción especial se produce una mayor relativización, que no supresión, del principio de legalidad (STC 61/1990, 29 de marzo).

En conclusión, la tipificación de las infracciones disciplinarias de las personas menores de edad internadas por una norma sin rango de ley es dudosamente compatible con el art. 25.1º de la Constitución. El art. 25.1 incorpora una reserva de ley para el Derecho administrativo sancionador que sólo ha sido admitida por el TC para las disposiciones reglamentarias preconstitucionales. La delegación en blanco del art. 60 LO 5/2000 a norma reglamentaria constituye una clara vulneración del principio de reserva de ley (CONDE-PUMPIDO 2001, 482).

Negar la reserva de ley para las infracciones disciplinarias de los menores internados es dudosamente constitucional, pero parece que desgraciadamente admisible en aplicación de la ya en sí dudosa doctrina de las relaciones de sujeción especial, tal como ha ocurrido para justificar el régimen disciplinario en el ámbito penitenciario (STC 119/1996).

En su momento, la STC 2/1987 estableció que en todo el derecho administrativo sancionador rige la reserva de ley para la tipificación de las infracciones, por lo que *“una sanción carente de toda base normativa legal devendría, incluso en estas relaciones [de sujeción especial], no sólo conculcadora del principio objetivo de legalidad, sino lesiva del derecho fundamental considerado”* (lo cual significa que todas las sanciones disciplinarias que se han impuesto desde la entrada en vigor de la LO 5/2000 son nulas por conculcadoras de estos derechos, dado que ni en la ley ni en ninguna norma legal, al no existir reglamento, se tipificaban las conductas sancionables). Sin embargo, se admite que en las relaciones de sujeción especial *“la propia reserva de ley pierde parte de su fundamentación material, dado el carácter en cierto modo insuprimible de la potestad reglamentaria, expresiva de la propia capacidad de autoordenación correspondiente”* [idea según la cual las infracciones disciplinarias entiendo que serían competencia exclusiva de normas con rango de ley de las comunidades autónomas]. Ello lleva a admitir que lo previsto en la LOGP y la regulación en el Reglamento penitenciario son suficientes para amparar la potestad disciplinaria en las prisiones.

Aunque esta doctrina constitucional no se ha corregido posteriormente, la afirmación de esta sentencia de que *“al estar ya privado de libertad en prisión, no puede considerarse la sanción como una privación de libertad, sino meramente como un cambio en las condiciones de su prisión”* ha sido matizada por otras sentencias posteriores (en este sentido NIETO 2002, 225-227, con cita de la STC 61/1990; también crítico con la anterior doctrina jurisprudencial MAPELLI CAFFARENA, Reglas especiales para la ejecución de las medidas, 222).

Si bien el TC ha declarado la admisibilidad constitucional conforme al art. 25.1º de la tipificación en norma con rango inferior a ley, a partir de 1992 es claramente ilegal desde el punto de vista de la legalidad ordinaria. Admitirla en la situación actual sería una interpretación en contra de la literalidad del art. 127 LRJAE y PAC de 1992, posterior a las primeras sentencias constitucionales mencionadas, en el que sólo se excluyen de los principios aplicables a la potestad sancionadora en las relaciones de sujeción general a las relaciones con personal al servicio de las administraciones y a las unidades

por relación contractual, lo cual evidentemente no incluye a personas internadas por autoridad judicial.

Artículo 127. Principio de legalidad

1. La potestad sancionadora de las Administraciones públicas, reconocida por la [Constitución](#), se ejercerá cuando haya sido expresamente reconocida por una **norma con rango de Ley**, con aplicación del procedimiento previsto para su ejercicio y de acuerdo con lo establecido en este título...

3. Las disposiciones de este Título no son de aplicación al ejercicio por las Administraciones públicas de su potestad disciplinaria respecto del personal a su servicio y de quienes estén vinculados a ellas por una relación contractual.

Artículo 129. Principio de tipicidad.

1. Sólo constituyen infracciones administrativas las vulneraciones del ordenamiento jurídico previstas como tales infracciones **por una Ley**...

2. Únicamente por la comisión de infracciones administrativas podrán imponerse sanciones que, en todo caso, estarán delimitadas por la Ley.

3. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo podrán introducir especificaciones o graduaciones al cuadro de las infracciones o sanciones establecidas legalmente que, sin constituir nuevas infracciones o sanciones, ni alterar la naturaleza o límites de las que la Ley contempla, contribuyan a la más correcta identificación de las conductas o a la más precisa determinación de las sanciones correspondientes.

El art. 129 LRJAE y PAC de 1992, norma directamente aplicable por mandato del art. 60 LO 5/2000, muy claramente determina la reserva de ley para la tipificación de las infracciones administrativas, permitiendo a las disposiciones reglamentarias de desarrollo únicamente especificaciones o graduaciones.

La LO 5/2000 sólo dice que las infracciones serán muy graves, graves y leves, remitiéndose al reglamento para su tipificación, lo cual constituye una clarísima infracción de la LRJAE y PAC y del art. 25.1º CE, que sólo cabría admitirse con una interpretación claramente *contra legem*.

La tipificación de infracciones no respeta los criterios previstos en la ley que desarrolla, el art. 60.2º LO 5/2000

Artículo 60. Régimen disciplinario.

1. Los menores internados podrán ser corregidos disciplinariamente en los casos y de acuerdo con el procedimiento que se establezca reglamentariamente, de acuerdo con los principios de la Constitución, de esta Ley y del Título IX de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, respetando en todo momento la dignidad de aquéllos y sin que en ningún caso se les pueda privar de sus derechos de alimentación, enseñanza obligatoria y comunicaciones y visitas, previstos en esta Ley y disposiciones que la desarrollen.

2. Las faltas disciplinarias se clasificarán en muy graves, graves y leves, atendiendo a la violencia desarrollada por el sujeto, su intencionalidad, la importancia del resultado y el número de personas ofendidas.

No exige mayor explicación que el desarrollo reglamentario de una ley no puede contradecir la ley que desarrolla, máxime teniendo en cuenta el principio de reserva de ley que rige la tipificación de infracciones disciplinarias. La LO 5/2000 fija unos criterios orientadores para la tipificación de las infracciones que el reglamento no ha respetado. Así, el reglamento ha considerado faltas muy graves “sustraer materiales o efectos del centro o pertenencias de otras personas”, conducta en la que evidentemente no hay violencia, no se establece un mínimo económico que permita entender que hay un resultado gravemente lesivo para el centro u otras personas ni señala que deba ser ofendida más de una persona, por lo que es palmario que esta disposición del art. 62 del RD1774/04 no respeta los criterios de reenvío normativo determinados por el legislador orgánico.

Lo mismo cabe decir de la mera introducción de sustancias estupefacientes o psicotrópicas o alcohol sin determinar una cantidad mínima, ni un destino al tráfico, ni una intencionalidad de consumo compartido ni ninguna otra circunstancia que pudiera avalar la consideración como muy grave a partir de los criterios del art. 60.2 LO 5/2000.

Además, como ya estableció la STC de 20 de julio de 1999: “*En conclusión, cabe reiterar que se ha producido una vulneración del principio de*

legalidad penal en cuanto comprensivo de la proscripción constitucional de penas desproporcionadas, como directa consecuencia de la aplicación del art. 174 bis a) C.P. 1973. El precepto resulta, en efecto, inconstitucional únicamente en la medida en que no incorpora previsión alguna que hubiera permitido atemperar la sanción penal a la entidad de actos... ...el precepto legal en cuestión hubiera debido permitir la imposición de una pena proporcionada a las circunstancias del caso: no habiéndolo hecho así, el reiterado precepto incurre en inconstitucionalidad en el sentido que se acaba de indicar.”

Es decir, la comprensión en una sola categoría punitiva de una conducta que admite formas de comisión de muy diferente gravedad resulta lesiva del principio de proporcionalidad y del principio de legalidad, principios amplios de necesaria aplicación al derecho administrativo sancionador por imperativo del art. 131 LRJAE y PAC 1992.

La tipificación de algunas de las infracciones disciplinarias es más restrictiva que la tipificación prevista en el Reglamento penitenciario, contraviniendo el criterio de que la persona menor de edad no puede resultar de peor condición que el adulto.

En este sentido el artículo 109. c) RP califica como falta grave:.

c) Instigar a otros reclusos a motines, plantes o desórdenes colectivos, sin conseguir ser secundados por éstos.

Que es considerado en el RD 1774/04 como falta muy grave según el artículo 62 c)

Art. 62 C) Instigar o participar en motines, plantes o desórdenes colectivos.

El artículo 109. RP califica como falta grave:.

La embriaguez producida por el abuso de bebidas alcohólicas autorizadas que cause grave perturbación en el establecimiento o por aquéllas que se hayan conseguido o elaborado de forma clandestina, así

como el uso de drogas tóxicas, sustancias psicotrópicas o estupefacientes, salvo prescripción facultativa.

Que es considerado en el RD 1774/04 como falta muy grave según el artículo 62 h)

Introducir, poseer o consumir en el centro drogas tóxicas, sustancias psicotrópicas o estupefacientes o bebidas alcohólicas.

La referencia a la legislación penitenciaria se hace porque se establece como límite a la intervención posible en relación con los menores infractores. El régimen disciplinario de los centros de menores no puede ser más restrictivo que el previsto para los mayores de edad privados de libertad.

Y ello es así porque la persona menor de edad es en primer lugar persona, sujeto de derechos, por lo que no se le pueden restringir o suprimir las garantías establecidas por la legislación para todas las personas. Así lo declaró literalmente la Sentencia del Tribunal Constitucional 36/1991, de 14 de febrero al analizar la legislación de los Tribunales Tutelares de menores a la luz de la recién ratificada Convención de Derechos del Niño de 1989.

Una de las consecuencias de estas ideas garantistas en el ámbito de la justicia juvenil es que, en cuanto persona, el niño no puede resultar de peor condición que el adulto en el momento de afrontar su responsabilidad por la infracción de normas penales (STC 36/1991, FJ 7º): *“Es cierto que las conductas que de modo muy laxo describe el artículo cuestionado no son supuestos de hecho para el ejercicio del ius puniendi en su sentido más riguroso, pero tampoco puede ignorarse que las medidas que el Juez puede adoptar (las especificadas en el artículo 17 LTTM) comportan importantes restricciones a la libertad del menor. No son penas en sentido estricto, pero se adoptan precisamente como consecuencia de conductas penalmente tipificadas y resultaría paradójico que la atribución de estas conductas a un menor trajese como consecuencia una disminución, en su contra, de las garantías de las que gozaría si no lo fuese.”*

A través de este prisma puede considerarse lesiva de este principio, y de los ya desarrollados principios de igualdad ante la ley y de proporcionalidad, la tipificación de la falta del art. 62.c) y g) y h) del Real Decreto -introducir o poseer drogas u objetos prohibidos- cuando el art. 109 RP 1981 la considera únicamente grave.

OCTAVO .- PERMISOS ORDINARIOS DE SALIDA. El artículo 45 del RD 1774/04 vulnera el principio de igualdad ante la ley, contraviniendo lo dispuesto en el artículo 14 C.E. y el principio de resocialización del art. 55 LORPM.

El artículo 45 del Reglamento tiene como objeto regular los permisos ordinarios de salida, estableciendo un obvio paralelismo con la regulación que sobre la misma materia efectúa el Reglamento Penitenciario en sus artículos 47 y siguientes.

No obstante la regulación de los permisos de salida para el régimen cerrado resulta en su conjunto más restrictiva que la recogida para los adultos privados de libertad.

Si bien los internamientos en régimen abierto y semiabierto 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, contemplando el artículo 45.2 un mayor número de días respecto de los previstos para adultos privados de libertad, no sucede lo mismo con el llamado 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 doce días por año.

De esta manera un adulto en un centro penitenciario puede disfrutar de un máximo de 48 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 anclada en el tenor de la ley que limite las posibilidades resocializadoras que la misma ley abre, sino que se aparte de la finalidad propia que inspira la institución que analizamos ha de ser tenida como irrazonable (STC 112/1996) de 24 de junio.

Esta regulación tan restrictiva no sólo 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, ambos de Julio de 2002 y que obran en el expediente administrativa señalan 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.

Así lo exige el Alto Tribunal en sentencia 55/1996, con posterior reiteración en la STC 161/1997 **«el principio de proporcionalidad no constituye en nuestro ordenamiento constitucional un canon de constitucionalidad autónomo cuya alegación pueda producirse de forma aislada respecto de otros preceptos constitucionales. Es, si quiere decirse así, un principio que cabe inferir de determinados preceptos constitucionales y, como tal, opera esencialmente como un criterio de interpretación que permite enjuiciar las posibles vulneraciones de concretas normas constitucionales. (...). El ámbito en el que normalmente y de forma muy particular resulta aplicable (...) es el de los derechos fundamentales»** (fundamento jurídico 3.º).

La plena vigencia e invocabilidad del principio de proporcionalidad para el juicio de constitucionalidad y legalidad de cualquier norma es acogido en la jurisprudencia cuando se señala con relación al principio de proporcionalidad que:

*“Por lo que se refiere al Ordenamiento Jurídico Español, si bien no aparece expresamente recogido en la Constitución, su reconocimiento y alcance constitucional no ofrecen dudas como se afirma en numerosas sentencias del Tribunal Supremo. Los valores de libertad y justicia a los que se refiere el art. 1.1 de la CE (RCL 1978\2836 y ApNDL 2875) son los pilares básicos de la construcción del principio de proporcionalidad. **La libertad**, en cuanto opción valorativa de realización preferente, dota de contenido al principio de proporcionalidad, ya que en caso de duda, habrá que estar por la vigencia del favor «libertatis». El **valor justicia**, en cuanto que, en sí mismo, integra la prohibición de excesividad y conecta con la idea de moderación, medida justa y equilibrio, también resulta básico para el contenido del principio que se comenta”* **RJ 1999\4666 Sentencia del Tribunal Supremo núm. 807/1999 (Sala de lo Penal), de 12 mayo.**

En atención a lo anterior podemos concluir que **la regulación de los permisos de salida para los menores internos en régimen cerrado por su rigurosidad objetivamente constatada ante el evidente diferencia existente con los adultos en idéntico régimen integran esa “prohibición de excesividad”** además de resultar claramente contraria a la pretensión

constitucional y legal de favorecer la pronta integración del menor a su núcleo familiar, prepararle para la vida en libertad y favorecer su resocialización.

La regulación contenida en el artículo 45 del Reglamento de desarrollo de la L.O.R.P.M, impugnada por esta parte por contravenir el principio de igualdad ante la ley, al conceder menos días de permiso a los menores de edad, que a los adultos, vulnera el principio de proporcionalidad al establecer un régimen de vida más estricto que para los adultos privados de libertad en régimen cerrado y el principio de resocialización al privar a los menores de edad de un medio definido legal y jurisprudencialmente como el medio idóneo para tal fin

Esta regulación incompatible con las previsiones de la L.O.R.P. y encaminada a endurecer su aplicación se enmarca dentro de lo que el Tribunal Constitucional define como **«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)

Tampoco resulta aceptable la imposición, contenida en el mismo punto séptimo del precepto en cuestión, de una suerte de período de seguridad de 1/3 de la condena, durante el cuál el menor en régimen cerrado no tendría acceso a permisos ordinarios de salida. El fundamento de su ilegalidad radica en que vulnera el principio de resocialización contenido en el artículo 55.3 de la LORPM, ya que únicamente la vindicación anima dicha restricción, a la que el reglamento concede, durante ese tiempo, una supremacía intolerable sobre la favorable evolución y pronóstico del menor, suficientemente objetivada en los requisitos contenidos en el punto cuarto del mismo artículo. En este sentido vuelve a ser de plena aplicación el principio de proporcionalidad e igualdad ante la ley invocada con relación a la cuantía y duración de los permisos, es preciso reseñar la doctrina del Tribunal Supremo cuando señala que **“Los principios de proporcionalidad y resocialización requieren interpretación extensiva.”** STS 08.03.94.

El artículo 45.4 e) del Reglamento, y el artículo 52.2, constituyen una incomprensible vulneración del Principio Constitucional de presunción de inocencia, por cuanto que permiten que la mera imputación de un hecho constitutivo de delito conlleve por sí sola, tanto la no concesión de permisos de salida, como la revocación de permisos ya concedidos. Así, un menor que reúne el resto de las condiciones requeridas por el artículo 45.4, relativas a conducta y pronóstico favorables, puede no disfrutar de permisos hasta que recaiga sentencia firme que finalmente puede ser absolutoria, quizá incluso en un momento posterior al cumplimiento de la medida.

Abundante jurisprudencia en materia penitenciaria viene considerando los permisos de salida como el medio idóneo y necesario para hacer efectiva la resocialización.

La Audiencia Provincial de Madrid en Auto de 19 de noviembre de 1997: *"El permiso no es sólo un instrumento idóneo de preparación para una libertad que ha de llegar, y que no debe hacerlo de golpe, como el paso brusco de la oscuridad a la luz, es un reconocimiento expreso de que no sólo nominalmente sino también en la realidad el penado forma parte de la sociedad"*.

Extremo confirmado por la Central Penitenciaria de Observación del Ministerio del Interior concluyeron en su informe especial que versaba sobre la reincidencia, de 2003 que:

*"Todas las medidas que influyen en unas condiciones más suaves de cumplimiento como: reducciones de condena, participación en actividades y programas de tratamiento, clasificación en tercer grado de tratamiento, **permisos de salida, etc., resultan ser causa de una menor reincidencia, lo que resulta esperanzador, ya que, nuestra legislación contempla esas actuaciones y pueden ser el instrumento adecuado para reducir la reincidencia en el delito"***.

NOVENO.- MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR.- El artículo 80 del RD 1774/04 vulnera el principio de jerarquía normativa vulnerando lo dispuesto en los arts. 9.3 de la C.E y 28 de la LORPM .

El artículo 80 del RD 1774/2004 establece la posibilidad de acordar con carácter cautelar, durante el trámite administrativo, la imposición de medidas que aseguren la eficacia de la sanción. La previsión contenida en el artículo 80.1 in fine, que identifica las medidas cautelares con las sanciones previstas en el Reglamento, viene a configurar dichas medidas cautelares como cumplimiento anticipados de las sanciones.

La regulación del artículo 80 introduce por vía de Reglamento una importantísima restricción y privación de derechos de los menores que en modo alguno viene contemplada por la Ley que desarrolla.

Así lo recoge la Fiscalía General de Estado, en su informe de fecha 22 de julio de 2002, cuando afirma ***“La ley no autoriza la ejecución de ninguna medida, ni como cautelar ni como definitiva, en tanto no gane firmeza la resolución sancionadora”***.

La imposición de una sanción con carácter cautelar, bien al principio bien durante la instrucción del procedimiento sancionador –esto es con anterioridad a la resolución sancionadora- viene a posibilitar el cumplimiento inmediato de las sanciones convirtiendo el derecho del menor a formular alegaciones de descargo y de solicitar el amparo judicial por la vía del recurso contemplado en el artículo 60.7 de la Ley, en un procedimiento virtual. Esta restricción no solo del derecho de defensa sino del derecho a la tutela judicial efectiva- el cumplimiento anticipado de la sanción hará en la mayor parte de las ocasiones ilusoria la eficacia del recurso judicial,- principios ambos de absoluta relevancia cuando de personas privadas de libertad se trata- únicamente puede venir contemplada en la Ley, sin que quepa introducirla “ex novo” por vía de Reglamento.

La **plena vigencia del principio del legalidad** viene reconocida en el artículo 72 de la Ley 30 /92, sin que quepa hacer excepciones a la misma por razón de las especialidades que concurren en el Reglamento de Responsabilidad Penal del menor, al tratarse de menores sometidos a medidas de reforma. En este sentido es contundente la reciente doctrina constitucional en materia de relaciones de sujeción especial cuando señala el Alto Tribunal que *“las llamadas relaciones de sujeción especial no son entre nosotros un ámbito en el que los sujetos queden despojados de sus derechos fundamentales o en el que la Administración pueda dictar normas sin habilitación legal previa”* STC 10 de Diciembre de 1991.

En esta misma línea, el citado artículo 127.3 LRJAP-PAC, excluye únicamente la aplicación del principio de legalidad *“al ejercicio por las administraciones públicas de la potestad disciplinaria respecto del personal a su servicios y de quienes estén vinculados a ella por razón contractual”*. Por lo que la reserva de ley rige en el presente ámbito de relación de sujeción especial, pues los menores no son personas a su servicio ni nazcan de vínculos contractuales.

De esta manera podemos concluir que las exigencias derivadas del respeto escrupuloso de dicho principio son plenamente aplicables al procedimiento sancionador que regula el Capítulo IV del Reglamento de la Ley del Menor.

Las medidas cautelares en cuanto que instrumentos propios de la justicia preventiva, *“son medidas que se insertan en un proceso, con las garantías propias del mismo, y que, además, versan sobre la existencia de un acto previo”* Dictamen nº 660/93, Sección 3ª, de 10 de junio de 1993, en el expediente relativo al Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento para el ejercicio de la potestad sancionadora del Consejo de Estado.

La Ley de Responsabilidad Penal del Menor no recoge en modo alguno la posibilidad de imponer medidas cautelares durante el procedimiento disciplinario administrativo, señalando de modo expreso

para la imposición de las mismas la existencia de resolución sancionadora (artículo 60.7).

Parece adecuado detenerse por un instante en la regulación que de estas normas hace la LRJAP y PAC. Debemos en primer lugar anotar una particularidad de carácter terminológico. **El Reglamento impugnado alude a medidas cautelares cuando propiamente y a la luz de la Ley 30/1992, se trata técnicamente de medidas provisionales.** Esta última norma habla solamente de medidas cautelares cuando se refiere a la suspensión de la ejecución del acto administrativo en vía de recurso (art. 112.4 después de la modificación).

El artículo 136 de la Ley 30/92 establece la posibilidad de imponer medidas provisionales *“que aseguren la eficacia de la resolución final que pudiera recaer”*. No obstante de la lectura del artículo 72.2 de dicha Ley que regula las medidas provisionales con carácter general se señala que

*“Antes de la iniciación del procedimiento administrativo, el órgano competente, de oficio o a instancia de parte, en los casos de urgencia y para la protección provisional de los intereses implicados, **podrá adoptar las medidas correspondientes en los supuestos previstos por una norma con rango de Ley.**”*

Por lo que de la lectura íntegra del texto de la ley se desprende que no cabe la imposición de medidas provisionales que no vengan previstas por una norma con rango de ley.

La imperatividad de respetar el principio de jerarquía normativa ya la recordó la Fiscalía General del Estado, en su informe de 11 de Julio de 2002 cuando recogió la necesidad de suprimir este artículo 80 *“la articulación armónica del artículo 80 del Reglamento con el texto legal y con los principios inspiradores del Derecho Administrativo sancionador aconseja la supresión del artículo 80 del Proyecto”*

En este sentido la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor, únicamente permite en su artículo 60.7 imponer la medida cautelar de

separación de grupo a un menor sancionado: esto es, cuando ya existe resolución administrativa de sanción con el único fin de restablecer el orden alterado y por un plazo máximo de dos días.

Las pretensiones manifestadas por las Entidades Publicas competentes para la ejecución de las medidas de reforma durante la elaboración de la norma impugnada de asegurar el cumplimiento inmediato de las sanciones a fin de garantizar la eficacia de las mismas se ha introducido en el Reglamento por la vía de las medidas cautelares que no están ni contempladas ni previstas en el texto legal que esta norma desarrolla.

Si lo que caracteriza a una medida cautelar es la finalidad de asegurar la ejecución de la resolución futura la mayor parte de las medidas recogidas en el artículo 65: amonestación, privación de salidas o de actividades de carácter recreativo carecen de virtualidad para el logro de ese propósito, convirtiéndose de esta manera la previsión contenida en el artículo 80 una habilitación normativa para el cumplimiento de las anticipado de las sanciones.

En este sentido el artículo 70. 3 de la LRJAP y PAC señala respecto del procedimiento sancionador que *“No se podrán adoptar medidas provisionales que puedan causar perjuicio de difícil o imposible reparación a los interesados o que impliquen violación de derechos amparados por las leyes”*

El artículo 55 del Reglamento de desarrollo de la ley del menor ya establece las medidas necesarias para asegurar el restablecimiento de la normalidad y seguridad del centro, fin ultimo del régimen disciplinario,. Dicho artículo 55 ya especifica que el uso de estas medidas nunca supondrá la imposición encubierta ni duraran más del tiempo necesario para cumplir su finalidad.

DÉCIMO.- ALEJAMIENTO DEL ENTORNO FAMILIAR. La regulación del artículo 35 vulnera el derecho a la intimidad familiar por contravenir lo dispuesto en los artículos 39 1 y 4 de la C.E. y 55 de la LORPM

El artículo 35.1 recoge los supuestos en que un menor puede ser trasladado fuera de su comunidad autónoma

a) Cuando el domicilio del menor o el de sus representantes legales se encuentra en dicha comunidad autónoma.

b) Cuando la entidad pública competente proponga el internamiento en un centro de otra comunidad autónoma distinta, **fundamentado en el interés del menor de alejarlo** de su entorno familiar y social, durante el tiempo que subsista dicho interés.

c) Cuando la entidad pública competente, **por razones temporales de plena ocupación de sus centros o por otras causas**, carezca de plaza disponible adecuada al régimen o al tipo de internamiento impuesto.

Esta última previsión normativa incorporada al articulado del reglamento viola de manera flagrante la previsión contenida en el artículo 46 de la Ley que desarrolla, que es tajante cuando manifiesta que

“El traslado a otro centro distinto de los anteriores (en referencia a los más cercanos al domicilio del menor) SÓLO SE PODRÁ FUNDAMENTAR EN EL INTERÉS DEL MENOR de ser alejado de su entorno familiar y social y requerirá en todo caso la aprobación del Juez de Menores que haya dictado la sentencia”.

En igual sentido se pronuncia el artículo 56 de la Ley cuando reconoce al menor:

“e) **Derecho a estar en el centro más cercano a su domicilio**, de acuerdo a su régimen de internamiento, **y a no ser trasladados fuera de su**

Comunidad Autónoma excepto en los casos y con los REQUISITOS PREVISTOS EN ESTA LEY y sus normas de desarrollo”.

Ese mismo criterio se recoge en el mismo texto del reglamento al disponer en artículo 10.1-2ª RD, sobre el “Inicio de la ejecución” de la medida de internamiento, que se requerirá la previa aprobación judicial:

a) *Cuando de conformidad con el artículo 46.3 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, se proponga, **en interés del menor**, el ingreso en un **centro de la comunidad autónoma que se encuentre alejado de su domicilio** y de su entorno social y familiar, aun existiendo plaza en un centro más cercano adecuada al régimen o al tipo de internamiento impuesto”.*

Reiteramos que el artículo 46.3 de la Ley Orgánica 5/00 autorizaba el traslado a otros centros más lejanos, incluidos los de otra comunidad (supuestos de 10.1-2ª y 35.1 b del RD), fundamentado en el interés del menor, así recordemos que dice que se:

*“designará el **centro más adecuado para su ejecución DE ENTRE LOS MÁS CERCANOS AL DOMICILIO DEL MENOR** en los que existan plazas disponibles para la ejecución por la entidad pública competente en cada caso. **El traslado a otro centro distinto de los anteriores SÓLO SE PODRÁ FUNDAMENTAR EN EL INTERÉS DEL MENOR de ser alejado de su entorno familiar y social** y requerirá en todo caso la aprobación del Juez de Menores que haya dictado la sentencia”.*

Previsión que tiene su fundamento en el principio de resocialización, contenido en el artículo 55.2 de la misma Ley:

*“En consecuencia, la vida en el centro debe tomar como referencia la vida en libertad, **reduciendo al máximo los efectos negativos que el internamiento pueda representar para el menor o para su familia, favoreciendo los vínculos sociales, el contacto con los familiares y allegados**, y la colaboración y participación de las entidades públicas y privadas en el proceso de integración social, especialmente de las más próximas geográfica y culturalmente”.*

El traslado de un menores a un centro alejado de localizado su domicilio familiar origina perjuicios irreparables para este al incrementar el desarraigo y las consecuencias negativas que toda privación de libertad supone, y en modo alguno puede estar justificado por razones estrictamente administrativas.

La ponderación de los intereses en conflicto el puramente administrativo y el derecho del menor a la intimidad familiar y a comunicarse regularmente con su familiares y allegados no admite parangón. La Constitución Española eleva a derecho fundamental el derecho a la intimidad familiar en el artículo 18, y así parece recogido en el artículo 4 de la Ley Orgánica 1/96, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor: *“Los menores tienen derecho al honor, a **la intimidad personal y familiar** y a la propia imagen”*.

El artículo 37.c) de la Convención de las Naciones Unidas de 20 noviembre 1989, ratificada por Instrumento de 30 noviembre 1990 considera que el menor *“**tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales**”*

El artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos reconoce el Derecho al respeto a la vida privada y familiar.

1.- *Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.*

2.- *No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.*

El resto de normas internacionales ahonda en el mismo sentido: Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores de Pekín de 1985 (RCL 2001\815), prescriben que *“ningún menor*

podrá ser sustraído, total o parcialmente, a la supervisión de sus padres, a no ser que las circunstancias de su caso lo hagan necesario.” (art. 18.2).

El Comité de Ministros del Consejo de Europa, en sus Recomendaciones R (87) 20 de 17 de septiembre de 1987 sobre Reacciones sociales ante la delincuencia juvenil, aconseja en el punto 11 “que las intervenciones con respecto a los jóvenes delincuentes se realicen con preferencia en el ambiente natural de la vida de éstos”, y en el 13 “prever establecimientos educativos de pequeñas dimensiones bien integrados en el medio social, económico y cultural ambiente”, “favorecer las relaciones con la familia”, “evitando el internamiento demasiado alejado y poco accesible” y “manteniendo el contacto entre el medio de internamiento y la familia”.

La norma 30 de las Reglas Mínimas de la ONU para la protección de los menores privados de libertad (Resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990) señala igualmente como derecho *“el acceso de las familias de los menores y sus contactos con ellas. Convendrá establecer pequeños centros de detención e integrarlos en el entorno social, económico y cultural de la comunidad”*.

Todas estas normas hacen referencia a la importancia de la familia que, de conformidad con el párrafo 1 del artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, es **«el elemento natural y fundamental de la sociedad»**. *Dentro de la familia, los padres tienen, no sólo el derecho, sino también la responsabilidad de atender y supervisar a sus hijos. Por consiguiente, la separación de los hijos respecto de sus padres sea una medida aplicada como último recurso. Sólo puede recurrirse a ella cuando los hechos que constituyen el caso exigen claramente la adopción de esta grave medida, por ejemplo, el abuso de menores.* (Comentario textual publicado en el Boletín de Información del Ministerio de Justicia de 15 enero 2001, núms. 1884/2001 1885/2001, Suplemento).

De acuerdo con la legislación reseñada y con la jurisprudencia, contenida en el motivo decimotercero de la demanda sobre contenido del

derecho de visitas aplicable directamente a este caso al que nos remitimos, **el derecho del menor y de la familia a que el internamiento se produzca en el centro más cercano a su entorno familiar y social, sólo podrá ser limitado por un motivo: el supremo interés del menor previsto en la ley, según el artículo 46.3 de la LO 5/00.** En desarrollo de dicha previsión el RD regula en sus artículos el mismo supuesto en sus artículos 10.1-2ª y 35.1 b.

Por ello, el menor sólo podrá ser internado en centro alejado o trasladado fuera de su Comunidad Autónoma en el citado supuesto, que es el único que la Ley 5/2000 habilita, **excluyendo de manera taxativa cualquier otro supuesto al recoger** como principio inspirador de la ejecución de las medidas *“el interés superior del menor sobre cualquier otro interés concurrente.”*

Por lo tanto es manifiestamente ilegal que el artículo 35 del reglamento prevea el traslado de un menor a un Centro de otra Comunidad Autónoma *“por razones temporales de plena ocupación de sus centros o por otras causas”*, al establecer intereses administrativos contrarios al interés del menor, y al incluir por vía de reglamento supuestos no previstos en la ley.

El artículo 9 del RD 1774/04 señala sobre el punto de conexión para determinar la Administración competente en la ejecución de las medidas, que:

- 9.1 y 9.2: *Supuesto previsto en artículo 46.3 de la Ley (interés del menor de ser alejado de su entorno) **en cuyo caso la competencia corresponderá a la Administración de la Comunidad Autónoma a que pertenezca el Centro**, desde el momento en que ingresa inicialmente (9.1.2 del Reglamento) o es trasladado a el mismo tras iniciar el cumplimiento en otro Centro de la comunidad origen (9.2). En ambos casos, se refiere expresamente al supuesto del artículo 46.3 de la Ley.*

- 9.3: *En el caso de traslado de centro por circunstancias previstas en el artículo 35.1.b) (lo que es un error al ser el citado supuesto el tratado en el párrafo anterior del interés del menor) y c) (razones temporales de plena ocupación o por otras causas), **continuará siendo competente de la ejecución de la medida la comunidad autónoma donde se ubique el juzgado de menores que la haya acordado**, sin*

perjuicio de la colaboración prestada por la comunidad autónoma responsable del centro de destino.

La Ley, sin embargo, dispone en el artículo 45.2 titulado Competencia administrativa, que: **“2. La ejecución de las medidas corresponderá a las Comunidades Autónomas y Ciudades de Ceuta y Melilla, donde se ubique el Juzgado de Menores que haya dictado la sentencia, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 3 del artículo siguiente”.**

Esta distinción clarifica la doble ilegalidad manifiesta del RD 1774/04. Por un lado, la delegación de competencias a otra comunidad establecida en el 9.1 y 9.2 RD frente al artículo 46.3 de la Ley que impide la cesión de competencias; y por otro el supuesto del 9.3, que reitera el supuesto del 35.1c) (razones temporales de plena ocupación o por otras causas) carente de sustento legal alguno, atribuyendo además consecuencias distintas, en concreto el mantenimiento de las competencias, para el supuesto del 35.1 b), para el que ya había establecido la delegación en el 9.1 y 2 del RD.

UNDÉCIMO.- VISITAS. La regulación del art 40. 6 vulnera el derecho a comunicarse libremente con sus familiares (art. 50 6 LORPM y artículo 18 C.E.)

Las comunicaciones orales iniciadas podrán ser suspendidas o terminadas, e incluso suspendido el derecho a la comunicación, según el 40.6 RD cuando:

“en su desarrollo se produzcan amenazas, coacciones, agresiones verbales o físicas, se advierta un comportamiento incorrecto, existan razones fundadas para creer que el interno o los visitantes puedan estar preparando alguna actuación delictiva o que atente contra la convivencia o seguridad del centro, o entienda que los visitantes puedan perjudicar al menor porque afecten negativamente al desarrollo integral de su personalidad”.

En similares términos se expresa el 40.7.

“Cuando se considere que las comunicaciones previstas en este artículo perjudican o pueden perjudicar al menor porque afecten negativamente a su derecho fundamental a la educación y al desarrollo integral de su personalidad, el director del centro lo pondrá en conocimiento del juez de menores competente, sin perjuicio de suspender cautelarmente este derecho a la comunicación hasta tanto este resuelva, oídos el Ministerio Fiscal y el equipo técnico. También podrá el director suspender cautelarmente el derecho de comunicación cuando, en atención a la seguridad y buena convivencia en el centro, se aprecie razonadamente la concurrencia de peligro grave y cierto para estas.

En ambos casos, la suspensión cautelar acordada por el director debe ser comunicada de manera inmediata al juez de menores”.

La Ley reconocía en el artículo 56.2 h el:

“Derecho a comunicarse libremente con sus padres, representantes legales, familiares u otras personas, y a disfrutar de salidas y permisos, con arreglo a lo dispuesto en esta Ley y sus normas de desarrollo”.

Pues bien, el Reglamento al regular los motivos por los que debe procederse a la suspensión de la vistas impone un control sobre las mismas que permite limitar un derecho de los menores y de los padres y familiares u otras personas. Se imponen nuevos requisitos para ejercitar un derecho reconocido que debe determinar la nulidad del citado articulado.

Presupone la imposición de un modelo de visita y convivencia controlado no previsto en la Ley, ni tan siquiera en el propio Reglamento, **al prever que se puedan presenciar** no solo amenazas, coacciones o agresiones sino incluso un comportamiento incorrecto lo que contradice abiertamente el **“derecho a comunicarse libremente”** previsto en el 56.2 h) de la Ley Orgánica 5/00, interpretado de acuerdo con el derecho a la intimidad familiar previsto en la Constitución española y normas de desarrollo, de directa aplicación al no estar afectado por el contenido de la condena (56.1 de LO 5/00). En este sentido el propio Reglamento Penitenciario en su artículo 41.2 señalaba que las

comunicaciones se celebrarán de manera que se respete al máximo la intimidad.

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.**

DUODECIMO- .- CONTROLES DE COMUNICACIONES ESCRITAS Y PAQUETES. La regulación del artículo 43, 3 y 4 y del artículo 44 vulnera al derecho al secreto de las comunicaciones postales recogido en el artículo 18. 3 C.E.

La regulación de las comunicaciones escritas vulnera el derecho a la intimidad, toda vez que dispone el artículo 43.3 y 4 RD que:

*“3. **La recepción de la correspondencia dirigida a los menores internados se llevará a cabo previa comprobación de la identidad de quien la deposita. La correspondencia de entrada será entregada a su destinatario, quien la abrirá en presencia del***

personal del centro, con el único fin de controlar que su interior no contiene **objetos o sustancias prohibidas**.

4. Los menores **deberán cerrar la correspondencia que envíen en presencia del personal** designado por la dirección del centro, con la única finalidad de comprobar que no contienen **objetos y sustancias prohibidas** o que no les pertenecen legítimamente”.

Idéntica regulación se prevé para los paquetes en el artículo 44:

“Los menores podrán enviar y recibir paquetes sin ningún tipo de limitación, salvo prohibición expresa del juez. El **contenido de los que se pretendan enviar o el de los recibidos será revisado en su presencia** para comprobar que lo enviado pertenece legítimamente al menor y para evitar, en los recibidos, la entrada de **objetos o sustancias prohibidos** o en deficientes condiciones higiénicas. La recepción de paquetes dirigidos a los menores internados se llevará a cabo previa comprobación de la identidad de quien lo deposita”.

La omisión en las previsiones reglamentarias referentes a registros de persona y de correspondencia o paquetes de cualquier referencia a los principios de proporcionalidad y necesidad, y de preferencia a la utilización de medios de carácter electrónico como se estipula para los propios menores en el artículo 54.5.a) hace ilegal los citados preceptos. Constituyen una nueva restricción de derechos sin límite alguno, que se compatibiliza mal con las previsiones legales que otorgan a los privados de libertad el derecho a enviar correspondencia “en sobre cerrado” a determinadas instituciones públicas entre ellas el Defensor del Pueblo.

Es del todo improcedente la obligación de enseñar el contenido de lo recibido o enviado, toda vez que ni los internos en Centros Penitenciarios tienen la citada restricción. Para estos dispone el 46.3 RP que en relación a la correspondencia de los internos sólo se podrá actuar así “*cuando el peso o volumen excedan de lo normal y que incidan a sospecha*”.

Así la Circular de Fiscalía 1/00, en los puntos XI.9 señala que la ausencia de una norma que, de manera similar a lo previsto en la 138 Disposición Final primera sobre aplicación supletoria respecto del CP y la LECrim, prevea la aplicación supletoria de la legislación penitenciaria impide operar cualquier restricción de derechos que no esté expresamente contemplada y determinada en la LO 5/2000.

DECIMOTERCERO.- CONTENIDO DEL DERECHO DE VISITAS Los artículos 40. párrafos 1, 4 y 8 el artículo 42.2 contraviene el derecho del menor a comunicarse libremente con su familiares (art. 39.1 y 50.6 LORPM) vulnerando el artículo 14 C.E

Siendo el interés del menor el fin primordial al que debe dirigirse todo tratamiento que reciba el menor, no es de recibo la limitación del derecho a comunicarse libremente, en unos mínimos tan mínimos: 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).

Las llamadas que pueden efectuar los menores serán un total de veinte minutos, dos de diez minutos de duración cada una (artículo 42 Reglamento de Ley Penal Menor), frente a los veinticinco de los internos en Centro Penitenciario, a razón de cinco de cinco minutos de duración cada una (47.4 RP).

El Tribunal Constitucional ha manifestado que el derecho a la intimidad familiar es un derecho fundamental, en Sentencia nº 201/97, de 25 de noviembre de 1997 (RTC 1997\201).

“La comunicación familiar no es un derecho absoluto, como no lo son ninguno de los derechos constitucionalmente protegidos. Su ejercicio puede ser limitado o condicionado (SSTC 36/1982 [RTC 1982\36], 53/1985 [RTC 1985\53],

214/1991 [RTC 1991\214], 314/1991 [RTC 1991\314], 371/1993 [RTC 1993\371], 57/1994 [RTC 1994\57] y 142/1993 [RTC 1993\142], entre otras muchas). **Sin embargo, cuando la dirección del establecimiento penitenciario estime que su acuerdo es razonable, ha de hacer explícita, con claridad y precisión, la ponderación de los valores que ha efectuado, a fin de llevar a cabo su decisión restrictiva del derecho fundamental, en este caso, la intimidad familiar del recluso. Y esa resolución ha de cumplir las exigencias que este Tribunal tiene establecidas para la constitucionalidad de tales decisiones, según hemos dicho en el fundamento jurídico 7.º**”.

Dicho Tribunal Constitucional también ha señalado la aplicabilidad de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en Sentencia nº 303, de 25 de octubre de 1993 (RTC 1993/303), reiterada en la 119 del año 2001 (RTC 2001\119) manteniendo que:

“la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 10.2 de nuestra Constitución, ha de servir de criterio interpretativo en la aplicación de los preceptos constitucionales tuteladores de los derechos fundamentales”.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en Sentencias de 23 de septiembre de 1994 (Hokkanen v. Finlandia), párrafo 54; 19 de febrero de 1996 (GÜ v. Suiza), párrafo 32; y 28 de noviembre de 1996 (Ahmut v. Países Bajos), párrafo 60, mantiene que: *“Desde el momento del nacimiento del hijo y por el mismo hecho del nacimiento existen entre él y sus padres un vínculo equivalente a vida familiar, incluso sin los padres no viven”*.

Según la Sentencia del TEDH de 7 de agosto de 1996 (Johansen v. Noriega), párrafo 52: *“El disfrute por padre e hijo de su mutua compañía constituye un elemento fundamental de la vida familiar”*.

En el mismo sentido, las Sentencias de 16 de septiembre de 1999 (Buscemi v. Italia), párrafo 53; 27 de abril de 2000 (K i T v. Finlandia), párrafo 132; y 27 de abril de 2000 (L v. Finlandia), párrafo 101.

Finalmente, el TEDH en Sentencia de 3 de abril de 2003 (TEDH 2003\16), asunto Klamecki contra Polonia, mantiene que: *“El Tribunal reitera que la prisión preventiva, como cualquier otra medida de privación de libertad de una persona, supone limitaciones inherentes a su vida privada y familiar. Sin embargo, **es una parte esencial del derecho del detenido al respeto de su vida familiar que las autoridades le permitan o, si es necesario, le ayuden a mantener el contacto con su familia más próxima**”.*

La regulación que del contenido de las visitas hace el texto impugnado, que copia casi textualmente las previsiones del reglamento penitenciario, agravándolos en muchos supuesto se compadece mal con el mandato legal y constitucional de favorecer la comunicación familiar del menor con su familia.

El hecho de que se establezca tan estricto régimen de visitas y **de manera especial un régimen de llamadas telefónicas sensiblemente inferior al dispuesto para los adultos**, no garantiza que “el menor continúe formando parte de la sociedad” ni que de manera efectiva “se tome como referencia la vida en libertad”.

El propio 40.2 señala que se podrán conceder otras o éstas fuera del horario establecido, como ya se analizó anteriormente, como recompensa o por motivos justificados. Es decir, la regla general será el mínimo de 40 minutos, a los que se podrán añadir otras en función de la buena conducta y evolución del menor. Esto es el reglamento ha convertido en graciable lo que constituye un derecho del menor y una obligación para las Administraciones Publicas.

Así pues, ninguna razón ampara estas limitaciones tan estrictas, que son en su mayoría una asimilación a las establecidas en el artículo 41 y siguientes del Reglamento Penitenciario. Se dice mayoría, porque el nuevo Reglamento llega incluso a ser más estricto, al limitar a dos visitas semanales, cuando el artículo 42 del RP señala dos mínimas “y cuantas permita el horario de trabajo los penados clasificados en tercer grado”. Esta previsión no existe para los menores internos en un régimen de semilibertad similar en Centros Abiertos y Semiabiertos.

Por todo ello,

A LA SALA SUPLICO, que teniendo por presentado este escrito con sus copias y la documentación que lo acompaña, tenga por interpuesta **DEMANDA CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA** contra el R.D. 1774/2004 de 20 de Julio por el que se aprueba el Reglamento de la L.O. 5/2000 de 12, de enero reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores y, tras los trámites legales oportunos, acuerde LA NULIDAD del citado RD 1774/04, y subsidiariamente, para el caso que no se estimase la nulidad de la totalidad del mismo, LA NULIDAD DE LOS SIGUIENTES ARTÍCULOS 2.9; 30. 2 c y d ; 35; 40. 1, 4,6 y 8; 41.6; el 42.2; 43, 3 y 4; 44; 45; 53; 55 Y 66; CAPÍTULO IV EN SU TOTALIDAD y el art. 80.

Por ser Justo lo pido en Madrid a 20 de junio de 2005.

PRIMER OTROSÍ DIGO: SOLICITAMOS QUE SE ADOPTE LA MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN DEL REAL DECRETO 1774/04, objeto del presente recurso contencioso-administrativo, **EN SU TOTALIDAD Y SUBSIDIARIAMENTE EN SU PARCIALIDAD**. Con carácter principal se solicita la suspensión de la aplicación de la totalidad del articulado, interesándose con carácter subsidiario la suspensión parcial, en concreto la atinente a los siguientes artículos: 2.9; 30. 2 c y d ; 35; 40. 1, 4,6 y 8; 41.6; el

42.2; 43, 3 y 4; 44; 45; 53; 55 Y 66; CAPÍTULO IV EN SU TOTALIDAD y el art. 80.

Solicitamos la suspensión de su entrada en vigor, con base en los siguientes argumentos:

a.- La Exposición de Motivos del mismo indica que el Reglamento viene a cumplir la previsión de desarrollo establecida en el apartado 24 de la Exposición de Motivos de la Ley del Menor. No obstante, lo cierto y verdad, es que no existe ninguna Disposición Adicional que prevea la elaboración de Reglamento, que sería la única que podría habilitar su desarrollo.

En cualquier caso, ya el citado apartado de la Exposición de Motivos de la Ley Penal del menor, señala que el desarrollo reglamentario debería de seguir “los principios científicos y criterios educativos” expuestos en la Ley, y que en concreto la perspectiva sería la sancionadora-educadora- (apartado 6) debiendo primar el interés del menor en todo momento (apartado 11). El Reglamento no obstante, obvia toda referencia al carácter educativo, no apareciendo en ni una sola ocasión las palabras “educación” y “formación”. La única perspectiva tenida en cuenta ha sido la sancionadora. Esto contraviene el derecho de los menores infractores a la educación, así como el principio resocializador contenido en el artículo 55 de la Ley Penal del Menor.

En este sentido, el Reglamento se limita a copiar, según hemos señalado en el cuerpo de este escrito -en muchos casos textualmente- el Reglamento Penitenciario establecido para mayores, llegando en ocasiones hasta el extremo de endurecerlo. Todo ello, puede suponer una clara vulneración de los principios constitucionales y generales del derecho, contraviniendo el mandato de la Asamblea General de las Naciones Unidas, contenidas en las Reglas Mínimas para la administración de justicia de menores, así como en las Reglas Mínimas para la protección de los menores privados de libertad (Resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990). La Fiscalía General del Estado en su Circular 1/00 consideró como derechos mínimos infranqueables los establecidos para mayores, aplicándosele estos únicamente en lo que pudiera resultarle beneficioso, nunca con carácter general.

B.- Cuando la aplicación de la disposición pudiera hacer perder la finalidad legítima al recurso.

B1.- Daños y perjuicios.-

En primer lugar, será preciso comprobar si de no suspenderse la disposición general ***pudiera*** hacer perder su finalidad legítima al recurso, o lo que es lo mismo, en términos de la Sentencia de 12 de abril de 1994 (3118), que *“la ejecución pueda causar perjuicios [...] que hagan ilusoria la estimación del recurso entablado”*.

En el caso concreto, la entrada en vigor del citado Reglamento ya está produciendo daños reales e irreparables. Es imposible determinar cuántos están siendo, pero de lo que no hay duda, es que se producirán muchos y variados, en el bien entendido que se van a causar a niños y que serán efectos que repercutirán en su evolución y desarrollo posteriores. Obsérvese que la misma regulación legal y jurisprudencia de desarrollo utiliza el verbo “poder”.

Entre los daños que causará la entrada en vigor del citado Reglamento citamos los siguientes:

1.- Los menores se verán afectos a un nuevo sistema legal sancionador que abandona la educación, y se apartará de su interés.

2.- La sociedad y las familias perderán la opción rehabilitadora prevista en la ley.

3.- El menor será tratado como mayor de edad en caso de dudas, frente a la presunción de minoridad actualmente existente (2.9).

4.- Se ampararan dispersiones geográficas y traslados sin justificación anclada en el interés del menor (31 y 35).

5.- Los familiares, amigos y menores se someterán al régimen penitenciario de mayores en las comunicaciones, pudiendo someterse de manera unilateral por la dirección (40 a 43).

6.- El menor se verá privado o limitado de ejercer el derecho a la defensa y en consecuencia a la tutela judicial efectiva, al no poder ser visitado por letrado de libre designación propia o familiar, o aceptado por áquel. (41.6).

7.- El menor y la familia no podrá disfrutar de los permisos extraordinarios en la amplitud actual, tal y como hacen incluso los internos en centros penitenciarios. Los permisos pierden el sentido actual con la nueva regulación (45 a 49).

8.- La realización de trabajo productivo supondrá un señalamiento permanente para el menor en su informe de vida laboral, que le estigmatizará e impedirá trabajar en empresas del exterior en su futuro (53).

9.- Los cacheos, los medios de contención, aislamiento provisional, defensas de goma y vigilantes de seguridad, en lo que respecta a su porte y utilización, acarrearán daños para la integridad física y psíquica, al autorizarse armas y mecanismos de castigo, que hasta ahora no estaban autorizados en los centros.

10.- Las sanciones podrán ser impuestas dependiendo de cada momento y entidad respectiva, e incluso en defecto de previsión por parte de la dirección de los centros. Sanciones que sin potestad administrativa deberán ser cumplidas. La tipificación, clasificación y graduación de faltas y sanciones no guardan la debida correlación y proporcionalidad. Se sufrirán sanciones más importantes por los menores que por los internos en Centros Penitenciarios. Se infringirá el principio del non bis in idem al permitirse la imposición de doble sanción (60 a 67).

En consecuencia el menor y sus familias de no suspenderse se encontrarán en una situación de elevado riesgo, que se concretará sin lugar a dudas en daños y perjuicios. El Reglamento (artículo 66.4) llega a reconocer que determinadas medidas pueden ocasionar daños físicos y psíquicos, al señalar que el “médico o el psicólogo” (como si ambos pudieran atender indistintamente ambas materias) diariamente visitará al menor separado, informando al Director sobre el **estado de salud física y mental del menor**. Es seguro pues, que el menor sufrirá algún perjuicio en su salud.

La gravedad e importancia de los daños, que se aprecia en la imposibilidad de acogerse el menor a mecanismos que puedan reducir o atemperar los perjuicios ya causados o que se le puedan ocasionar como consecuencia del Reglamento. El propio Reglamento impide la asistencia letrada que no sea del que posea **“designación o documento en el que consten como defensor o representante del menor en las cuasas que se sigan contra él o por las cuales estuviera internado”**.

Así pues, si el Letrado habitualmente de oficio de la causa penal de origen, no asiste a los Centros de Menores para hacer el seguimiento de la ejecución de la condena, como actualmente esta ocurriendo al no tener obligación de ello, el menor internado no podrá ni asesorarse ni ejercitar derecho alguno.

Al margen del asesoramiento jurídico penal, existen otras materias de las cuales el menor es sujeto de derecho y obligaciones, tales como la civil, administrativo, mercantil,...y, por consiguiente, capacitado para su ejercicio, del cual se ven impedido con tal previsión normativa.

En consecuencia, los daños causados serán insalvables e irreparables al no poder contar con mecanismos al alcance de todo ciudadano, la asistencia jurídica que podría atemperar los citados daños.

Ni tan siquiera cabrá pedir la suspensión del acto concreto recurrido ante el órgano jurisdiccional competente, como podría acaecer si el orden competente fuera el contencioso-administrativo.

Aún existiendo prueba suficiente, no debe olvidarse que el Tribunal Supremo ya señaló en resolución de 17 de marzo de 1992 (448) que:

*“Ya esta Sala ha dicho y reiterado que la Ley de la Jurisdicción **no exige una prueba rigurosa de los daños alegados, concediendo para ello un plazo probatorio: muchas veces la simple lectura del acto o disposición impugnados y el examen de las consecuencias que pueden derivarse de la ejecución o de la suspensión son suficientes para decidir sobre la procedencia o improcedencia de adoptar la medida cautelar solicitada y esto es lo que ocurre en el presente caso”.***

La jurisprudencia declaró que no procedía la suspensión cuando los “efectos dañosos, en su caso fácilmente podrían ser reparados por la Administración, pues se condensarían en una reparación económica”, según las Sentencias de 23 de enero (226), 3 de noviembre (7792) y 4 de noviembre (7794) de 1989, 3 de junio (4606) y 17 de junio (5016) de 1991, entre otras. La evolución posterior terminó determinando que el hecho de que sea evaluable no era suficiente para rechazar en todo caso la suspensión. Se mantuvo no obstante, que **cuando el daño no es susceptible de valoración económica, se considera de reparación imposible o al menos difícil**, de acuerdo con la doctrina recogida en la Sentencia de 21 de julio de 1989 (6069). Lo que desde luego será de aplicación al caso.

B2.- Fumus boni iuris.-

Pero es que incluso por las circunstancias concurrentes hay una apariencia de buen derecho que permitiría acordar la suspensión en defecto (siquiera parcial) de alegación y prueba de daños difícilmente reparables (TJCE 19-6-90 caso Factortame) con la finalidad de que la necesidad de acudir a un procedimiento o proceso para obtener la razón no se convierta en perjuicio para el que la tiene.

Como dice la Sentencia de 7 de octubre de 1997 (7229):

“El principio de que la necesidad del proceso para obtener la razón no debe perjudicar al que la tiene ha sido considerado por la jurisprudencia (12 de enero y 23 de abril de 1991 (3423) y 4 de diciembre de 1995 (9058) como causa determinante de la suspensión de la ejecución, cuando el recurso contencioso-administrativo viene justificado de antemano de tal manera que, sin prejuzgar la decisión final que haya de dictarse, puede razonablemente entenderse que habrá de ser estimado, apariencia de buen derecho”.

Debe concluirse la virtualidad de este principio, de acuerdo con la reciente Sentencia de 12 de abril de 2003 (4174) que señala que es claro que en una pieza de suspensión no cabe decidir sobre la cuestión de fondo planteada en el proceso, pero en determinadas ocasiones ha de valorarse la apariencia de buen derecho que asiste al recurrente como criterio de ayuda en la ponderación de los distintos intereses en conflicto para la decisión sobre una medida cautelar.

A estos efectos es importante señalar que la respuesta del Defensor del Pueblo Estatal a la queja planteada sobre el Reglamento es tajante al señalar 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”.

El Consejo General de la Abogacía Española por su parte acordó denunciar “la vulneración en el nuevo reglamento de menores de determinados de los menores reclusos, tales como el acceso al asesoramiento de Letrado de

su libre elección o al asesoramiento jurídico gratuito, y a tal efecto solicitamos la modificación del artículo 68 del referido reglamento, dando traslado, con carácter previo a su aprobación, de la nueva redacción, al Consejo General de la Abogacía, para informar al efecto”.

Asimismo manifestaban su deseo de implantar donde existan centros de menores servicios de orientación y asistencia jurídica a los mismos, lo que no podrá realizarse conforme a la actual redacción.

No debe olvidarse que además, más de 150 organizaciones sociales que trabajan con menores y por tanto relacionadas con el tema han mostrado su rechazo al presente texto.

C.- Valoración previa circunstanciada de todos los intereses en conflicto que pudieran sufrir perturbación.

El precepto en cuestión alude a una potestad del órgano jurisdiccional – “**podrá**”, dice dicho apartado- cuando se afecten **gravemente** esos intereses.

Para ello habrán de determinarse con carácter previo los intereses en conflicto a fin de decidir cuál debe prevalecer, esto es, qué sacrificio sería más soportable para una u otra de las partes.

Lo cierto y verdad que el único interés que puede presidir dicha regulación es el **interés del menor**, de acuerdo con la propia Exposición de Motivos de la Ley antes mencionada, pues no hay ninguno otro susceptible de ser perseguido. Parece difícil de encontrar un menor que se pueda perjudicar por la suspensión del contenido del presente reglamento y que pueda estar interesado en la aplicación del nuevo reglamento.

Parece claro pues, que no hay interés general que se pueda dañar por la adopción de la medida cautelar solicitada. En este sentido, no debe olvidarse que desde la Ley Orgánica 5/00 de 12 de enero, han transcurrido ya 5 años, por lo que no parece que la espera de unos meses pueda suponer perjuicio de importancia. Que la Administración disponga de 5 años para dictar una normativa y que el interés aparente del menor aconseje la suspensión, parece argumento suficiente para decretar la citada medida cautelar.

Pero es que además, lo que aquí se cuestiona es la forma de servir a esos intereses generales. Siguiendo a la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2002 (1876), la potestad del órgano jurisdiccional del 130.2 cuando se afecten gravemente esos intereses:

*“mas, al margen de que se trata de una **excepción a la procedencia de la medida cautelar cuando concurren los presupuestos del apartado anterior**, que como tal excepción ha de tratarse, de su redacción no se desprende que por intereses generales pueda enervarse la virtualidad y la procedencia de tal medida cuando, como aquí, [...], porque lo que se cuestiona es la <forma> de servir a esos intereses generales, no que se realice o no la carretera, e incluso podría decirse que esa <forma>, si no se ajusta a Derecho [...] si afectaría a intereses generales y de terceros, adecuadamente ponderados, como se verifica en el Acuerdo recurrido, e insuficientes para sostener que quepa ahora una decisión anticipada sobre el fondo del recurso, que es lo que, indebidamente y en fase procesal inoportuna, implicaría la no suspensión de la ejecución, dado los efectos expuestos de su inmediata ejecución”.*

SEGUNDO OTROSÍ DIGO: Solicitamos a la Sala la declaración de nulidad del art, 60. apartados 3 a) y b) 4 a) y 6 de la **Ley Orgánica 5/2000** dado que recogen la sanción de separación del grupo, encubriendo en fraude de ley un auténtico aislamiento, aislamiento proscrito para menores por las Reglas 66 y 67 de Beijing y el artículo 25.3 de la CE, o en su caso la inaplicación del mismo, al amparo del art. 6 LOPJ, de lo cual se deriva la nulidad de las disposiciones adoptadas en su virtud.

A LA SALA SUPLICO, que tenga por realizada la manifestación anterior a los efectos oportunos.

TERCER OTROSI DIGO: Que solicito que se reciba a prueba el presente procedimiento y durante dicho trámite se tratará de acreditar los siguientes hechos que son relevantes para la estimación de las pretensiones de esta parte:

- 1) La vulneración del principio de jerarquía normativa consagrado en los arts. 9.3 de la Constitución Española y 51 de la Ley 30/1992. El Reglamento no puede contener mandatos nuevos respecto a la ley, ni definir los derechos subjetivos ni los deberes y requisitos necesarios para ser titulares de aquellos derechos.
- 2) La vulneración del principio general de presunción de minoridad.
- 3) La vulneración del derecho de defensa y la libre elección de abogado.
- 4) Los artículos 55 y 66 del RD 1774/04 vulneran el derecho a la integridad personal y violan la prohibición de los malos tratos y torturas por contravenir las Reglas 66 y 67 de las Reglas de Beijing aprobadas por la Asamblea General de la ONU el 29 de noviembre de 1985; los art. 37 c) y 40 de la Convención de los Derechos del Niño y los artículos 15 y 25.3 de la Constitución española y el artículo 56.2 de la LORPM.
- 5) El artículo 30. 2 c y d) vulnera el derecho a la dignidad de la persona y la intimidad y el principio de legalidad.
- 6) El artículo 53 regula el trabajo y vulnera el derecho a la intimidad y a no revelar su condición de menores internos.
- 7) Que el Capítulo IV del RD 1774/04 vulnera el principio de igualdad ante la ley (Arts. 14 de la CE y 60 y 44 de la LORPM) y el principio de proporcionalidad.
- 8) El artículo 45 del RD 1774/04 al regular el régimen de permisos de salida ordinarios vulnera el principio de igualdad ante la ley y el principio de resocialización del art. 55 LORPM.
- 9) El artículo 80 del RD 1774/04 configura las medidas cautelares en el procedimiento sancionador y vulnera el principio de jerarquía normativa.
- 10) La regulación del artículo 35 vulnera el derecho a la intimidad familiar por contravenir lo dispuesto en los los artículos 39 1 y 4 de la C.E. y 55 de la LORPM.

- 11) En materia de visitas, el art 40. 1, 4, 6 y 8 y el art. 42.2 vulneran el derecho de los menores a comunicarse libremente con sus familiares.
- 12) La regulación del artículo 43, 3 y 4 y del artículo 44 vulnera al derecho al secreto de las comunicaciones postales recogido en el artículo 18. 3 C.E.

Junto a este escrito de demanda se aporta la siguiente documentación:

- 1) DOCUMENTO Nº 1: Informe pericial emitido por D. Javier Barbero Gutiérrez, Psicólogo Clínico, colegiado M-15.939.
- 2) DOCUMENTO Nº 2: Informe pericial emitido por D. Julián C. Ríos Martín. Doctor en Derecho Ppenal, Diplomado Superior en Criminología y profesor del derecho penal y criminología en la Universidad P. Comillas (ICADE).
- 3) DOCUMENTO Nº 3: Informe pericial emitido por los doctores en pedagogía y psicología respectivamente, D. Gonzalo Romero Izarra y Dña. Amparo Caballero González.
- 4) DOCUMENTO Nº 4 Informe pericial emitido por Doña Luhé Palma Chazarra, Jurista-Criminóloga y Mediadora, Profesora colaboradora de la Universidad de Sevilla y del Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología.

A LA SALA SUPlico, que teniendo por hechas las anteriores manifestaciones, acuerde el recibimiento del presente procedimiento a prueba y la celebración de vista.

CUARTO OTROSÍ DIGO: Que teniendo en cuenta el contenido de la acción que se ejercita, ésta no es cuantificable económicamente,

A LA SALA SUPlico: que tenga por realizada la anterior manifestación a los efectos oportunos.

QUINTO OTROSÍ DIGO: Que asimismo, se procede a la devolución del expediente original que fue entregado a esta representación.

A LA SALA SUPlico: que tenga por realizada la anterior manifestación a los efectos oportunos.

Reitero Justicia en Madrid a 21 de junio de