

Sala Tercera
Contencioso Administrativa
Sección N° 006
Secretaría: Sr.Núñez Ispa
Recurso 001/16 2004

**A LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
DEL TRIBUNAL SUPREMO**

Procurador de la asociación **PRES.O.S.**, según representación ante la Sala como mejor proceda en Derecho comparece para **DECIR:**

Que por medio del presente escrito formulo **DEMANDA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA** a tenor de lo dispuesto en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, Ley 29/98 de 13 de julio, **contra el REAL DECRETO 1774/2004** de 30 de julio por el que se aprueba el REGLAMENTO DE LA LEY ORGANICA 5/2000, de 12 de enero, REGULADORA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS MENORES.

Basamos el recurso en los hechos y fundamentos jurídicos siguientes,

HECHOS

PRIMERO.- Con fecha 13 de enero se publica en el BOE la LEY Orgánica 5/2000, de 12 de enero reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores que entró en vigor el 13 de enero de 2001

En el punto 24 de la Exposición de Motivos de dicha Ley dispone *“procede poner de manifiesto que los principios científicos y los criterios educativos a que han de responder cada una de las medidas... se habrán de regular más extensivamente en el Reglamento que en su día se dicte en desarrollo de la presente Ley Orgánica”*

Asimismo en diferentes artículos de la Ley Orgánica 5/2000 hay llamamientos concretos al desarrollo reglamentario:

Artículo 49.1, referido a la periodicidad con que se remitirá al Juez de Menores y al Ministerio Fiscal los informes sobre ejecución de la medida y sus incidencia y evolución.

Artículo 55.3 y 56.2.h), que faculta al reglamento para fijar las comunicaciones, permisos ordinarios y extraordinarios de los que podrá disfrutar el menor.

Artículo 56.2.c), sobre los requisitos para trasladar al menor de Centro fuera de la Comunidad Autónoma.

Artículo 56.2.h), sobre el derecho del menor a comunicarse libremente con sus padres y familiares.

Artículo 56.2.n), sobre el derecho de los menores internados a tener en su compañía a sus hijos menores de tres años.

Artículo 59.1, dispone que reglamentariamente se establecerá la forma y la periodicidad de las actuaciones de vigilancia y seguridad en los Centros.

Artículo 59.2, dispone que reglamentariamente se establezcan los medios de contención que podrán utilizarse

exclusivamente para evitar actos de violencia o lesiones de los menores, para impedir actos de fuga y daños en las instalaciones del Centro o ante la resistencia activa o pasiva de las instrucciones del personal del mismo en el ejercicio legítimo de su cargo.

Y el artículo 60, delega en el Reglamento el procedimiento del régimen disciplinario de los menores internados.

SEGUNDO.- Con fecha 30 de agosto de 2004 se publicó en el BOE el Real Decreto 1774/2004 de 30 de julio por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero reguladora de la responsabilidad penal de los menores

El Reglamento, que se impugna en este escrito, consta de cuatro capítulos y una Disposición Adicional con un total de 84 artículos en los que aborda cuatro materias concretas: la actuación de la Policía Judicial, la actuación del equipo técnico, la ejecución de las medidas cautelares y definitivas y el régimen disciplinario en los Centros de internamiento.

TERCERO.- Con fecha 21 de junio de 2005 las entidades jurídicas sociales “COORDINADORA DE BARRIOS PARA EL SEGUIMIENTO DE MENORES Y JOVENES y ASOCIACIÓN PRO DERECHOS HUMANOS DE ANDALUCIA formularon Demanda Contencioso Administrativa de conformidad con el artículo 52 de la Ley 29/98 contra el R.D.1774/2004 solicitando la nulidad de la norma y subsidiariamente de los artículos 2.9; 30.2 c) y d); 35; 40.1.4.6

y 8; 41.6; 42.2; 43.3 y 4; 44; 45; 53; 55 y 56, CAPITULO IV entero en su totalidad, y art.80. También se solicita la suspensión cautelar del Real Decreto impugnado y la declaración de nulidad del artículo 60 apartados 3 a) y b); 4 a) y 6 de la Ley Orgánica 5/2000

CUARTO.- Que a los efectos de este escrito, hacemos nuestros los hechos, fundamentos y pretensiones que se exponen en la anterior demanda por lo que deben entenderse por reproducido todo su contenido en el cuerpo de este escrito.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

NULIDAD DEL R.D.1774/2004, de 30 de julio POR SER CONTRARIO A LOS ARTICULOS 9.3; 10; 17; 18; 24.2; 25; 27.1.2.4,5 y 7; 39.4; 43; 53.1; 81.1, DE LA CONSTITUCION en los que fundamentamos nuestra solicitud de nulidad de la integridad del Reglamento.

Establece el artículo 9.3 de la C.E. en relación en el art.51 de la Ley 30/92, 23.2 de la Ley 50/97 la jerarquía normativa de la Ley sobre el Reglamento. El que impugnamos vulnera dicho principio, excede la delegación de la Ley ampliándola, contradice y supera los límites establecidos en la Ley Orgánica 5/2000 de la Responsabilidad Penal del Menor que trata de materias que afectan al contenido esencial de derechos fundamentales y en definitiva limita el goce de los derechos que se recogen en la normativa referida en el art.1.3 de la L.O. 5/2000

Consta expresamente en la Ley Orgánica 5/2000 en el punto 24 de la Exposición de Motivos que son los principios científicos y los criterios educativos los que habrán de regular el Reglamento, se dispone en la Ley Orgánica las materias concretas de desarrollo reglamentario (referidas en el hecho primero) y se reconocen la aplicación de los derechos reconocidos, además, en todas aquellas normas sobre protección del menor contenidas en los tratados internacionales válidamente cebrados por España.

El Reglamento lejos de explicitar los principios y criterios (punto 24 de Exposición de Motivos), abandona el carácter educativo y científico que debe presidir el interés del menor y su contextualización en el art.25.2 de la C.E. que exige y articula la orientación de las medidas hacia la efectiva reinserción. Lo hace el Reglamento al regular y articular restrictivamente derechos fundamentales tales como la libertad (detención, aislamiento, arts. 2,3,55 y 66), la intimidad personal (registros policiales y administrativos, cacheos, comunicaciones arts.2,3,40,41,45,46,47 y 54,), el derecho al Juez y al proceso

predeterminados por la Ley (se modifica la competencia judicial, art.2.9, en la adopción de resoluciones disciplinarias, capítulo IV) la educación y la salud (no se garantizan en la detención ni en la medida de aislamiento y demás sancionatorias)

Abandona el Reglamento el interés del menor al priorizar la jurisdicción de adultos ante la duda sobre la edad y acudir al modelo penitenciario de adultos (incluso lo sobrepasa) como criterio de orientación para regular las medidas cuando éstas legalmente ni siquiera tienen la naturaleza de penas y al silenciar las características que deben reunir los espacios habilitados para el menor en cada una de las situaciones de ejecución y las medidas económicas complementarias que se deben aplicar por la Administración en cuanto a construcción, diseño, dimensión y ubicación de los Centros.

La Ley Orgánica 5/2000 contempla el desarrollo reglamentario pero lo hace expresamente indicando el marco concreto en que se debe desarrollar. Lejos de ello el Reglamento excede el ámbito de delegación y regula materias tales como la detención, la actuación del equipo técnico dependiente del Ministerio Fiscal y del Juez de Menores, los registros personales realizados por personas ajenas al ámbito jurídico penal y que carecen de habilitación legal para tal cometido.

No nos olvidamos que estamos ante hechos considerados graves y delictivos pero tenemos muy presente que los infractores son menores de edad, sabemos que el ordenamiento jurídico especial trata de reaccionar jurídicamente de una forma penal, pero materialmente

sancionador-educativa, se rechaza expresamente la reacción intimidatoria hacia el menor y se obliga a impedir todo aquello que pudiera tener un efecto contraproducente primando siempre el interés del menor. El Reglamento que impugnamos no cumple el mandato legal anterior y además regula la reacción penal sobre el menor en contra de lo establecido y recomendado en la Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad adoptadas por la Asamblea General en la Resolución 45/113 de 14 de diciembre de 1990 (puntos 47, 65 y 67) y las Reglas Mínimas para la administración de Justicia de Menores (Reglas Beijing) adoptadas el 28 de noviembre de 1985)

Acompañamos a la demanda como prueba:

- .- El Informe del Parlamento del Defensor del Pueblo Estatal de 2002
- .- El Acuerdo del Congreso General de la Abogacía Española que ha denunciado la vulneración en el nuevo Reglamento de Menores de determinados derechos de los menores reclusos.

II

EL ARTICULO 2.3 Y 2.6 del REGLAMENTO QUE SE IMPUGNA VULNERA EL ARTÍCULO 18.1 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA EN RELACIÓN CON LOS ARTICULOS 48.2 Y 54.2 DE LA L.O. 5/2000

Se autoriza reglamentariamente la elaboración de registros policiales con datos íntimos del menor (artículo 3.5 del Reglamento) facultad ésta que no está contemplada en la L.O. 5/2000 y no se determina quien es el tercero que no puede

consultarlos. Se limita reglamentariamente la intimidad del menor y se deja vía libre para que cualquier tercero, y como mínimo, los contemplados en el art.283 de la LECrim puedan acceder al registro o ejercer ese derecho ante el Juez por el simple hecho de investigar un caso en “trámite”.

Asimismo, reglamentariamente, se prevé la posibilidad de un registro central, además de las bases de datos aludidas anteriormente, que no se contemplan en la L.O. 5/2000 por lo que supone una extralimitación reglamentaria innovadora y no de desarrollo o ejecución de la propia Ley. ¿Si el menor resulta absuelto qué sucedería con dichas reseñas y fotografías? Nada se dispone sobre la cancelación de datos.

III

EL ARTICULO 2.4 DEL REGLAMENTO QUE SE IMPUGNA VULNERA EL ART.17.1 DE LA CONSTITUCIÓN Y EXCEDE LO DISPUESTO EN EL ART.17 DE LA L.O.5/2000

Se dispone constitucionalmente que sea la Ley la que establezca la forma de privación de libertad, no un Reglamento. Establece el art.17 de la Ley Orgánica 5/2000 que las autoridades y funcionarios públicos practicarán la detención en la forma menos perjudicial para el menor y averiguarán los hechos. El art.2.4 del Reglamento extiende la forma de la detención al facultar a los Policías a tomar reseña de las impresiones dactilares y fotografías del rostro de los menores y sin permiso judicial. Ni la Ley de Enjuiciamiento Criminal es capaz de delegar tales facultades (art.375, 376, 379, 292 287)

El artículo impugnado es contrario al interés del menor, lo intimida. Supone una intervención contraria a la naturaleza educativa y con efecto contraproducente para el menor y además es contraria al principio de intervención mínima y a las medidas previstas en la Reglas de Beijing 6.1 y 17.4.

IV

EL ARTICULO 2.9 DEL REGLAMENTO QUE SE IMPUGNA VULNERA EL ARTICULO 24.2 DE LA CONSTITUCIÓN en cuanto al derecho del menor al Juez de Menores determinado por la Ley y ello en relación con los artículos 2.1 y 3; 16.5; 17.4.5 y 6 y 33.d) de la Ley Orgánica 5/2000

En efecto, dispone la Ley Orgánica 5/2000 por delegación constitucional un Juez específico para el menor, prevé el supuesto de hechos cometidos conjuntamente entre mayores y menores, encauza la detención, agiliza el “Habeas Corpus” y atribuye al Juez de menores la remisión de la actuaciones al Juez de Instrucción cuando él considere que no le corresponde el asunto. Y es por vía reglamentaria por la que se determina que al menor se le puede poner a disposición del Juzgado de Instrucción porque la Policía duda de su minoría de edad. Por medio del Reglamento se modifica una competencia legalmente establecida haciéndola depender del criterio de la Policía.

V

EL ARTICULO 3.4 DEL REGLAMENTO QUE SE IMPUGNA VULNERA EL ARTICULO 27.4 y 5 DE LA CONSTITUCIÓN EN RELACIÓN CON LOS ARTICULOS 17.1 y 3 y 56.2.b) y f) de Ley Orgánica 5/2000

Se recoge constitucionalmente la obligatoriedad de la enseñanza básica. Se determina por Ley Orgánica que mientras dure la detención el menor recibirá medidas de protección y asistencia. Se establece también en la Ley Orgánica 5/2000, art.17.1, igual que en el art.520 de la LECrim, que la forma de la detención debe ser lo menos perjudicial, incluso se determina el ámbito de lo perjudicial en la persona y en la representación. Sin embargo el Reglamento amplía el ámbito de la detención al permitir su afectación en horas escolares básicas obligatorias y al no garantizar la disposición de esas horas durante su duración.

De nuevo el Reglamento se orienta fuera de la órbita del interés del menor y de su marco menos perjudicial para su persona y reputación, desprotegiendo al menor de su obligación a la enseñanza y no garantizando su dispensación y regula una cuestión relacionada con la limitación de la libertad que constitucionalmente se debe producir con las máximas garantías y de la forma que menos perjudique

VI

LOS ARTICULOS 5.3, 8.7 Y 15 DEL REGLAMENTO QUE SE IMPUGNA VULNERAN LO ESTABLECIDO EN LOS ARTICULOS 19.3 y 51.2 DE LA Ley Orgánica 5/2000

Establece la Ley Orgánica 5/2000 que las funciones de mediación, tanto para sobreseer el expediente como para dejar sin efecto la medida, corresponde al Equipo Técnico del Juzgado (art.19.3 y 27.3). Se extiende el Reglamento en el art.15 atribuyendo competencia única, en las funciones de mediación, con menores internados, a la Entidad Pública cuando, en todo caso, la Ley Orgánica 5/2000, en su art.51.2, contempla la intervención expresa del Equipo Técnico siempre junto con la representación de la entidad pública.

Por vía reglamentaria, sin delegación expresa dada por Ley, se modifica la competencia atribuida expresamente por una Ley Orgánica a personas dependientes funcionalmente del Ministerio Fiscal y del Juzgado de Menores. El art.49.1 de la Ley Orgánica 5/2000 contempla los informes, únicos, de la Entidad pública pero solo aquellos referidos a la ejecución de la medidas y sus incidencias

VII

EL ARTICULO 30.1 DEL REGLAMENTO QUE SE IMPUGNA VULNERA LOS ARTICULOS 10 y 25.2 DE LA CONSTITUCION EN RELACIÓN CON EL PUNTO 4,5,6 Y 7 DE LA EXPOSICIÓN DE MOTIVOS Y EL ART.56.1 DE LA Ley Orgánica 5/2000

Constitucionalmente las medidas privativas de libertad, como el internamiento en un Centro, estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción. Por Ley Orgánica se establece que las medidas tendrán una naturaleza materialmente sancionadora educativa, un elemento determinante el interés del menor y un carácter primordial de intervención educativa frente a la de los adultos, es decir, que éstos derechos sólo pueden verse mejorados por razón de la especialidad del sujeto menor pero nunca limitados o disminuidos respecto a los que rigen en el proceso penal de adultos y además por ley se establece el derecho del menor a que se respete su propia personalidad e intereses legítimos no afectados por el contenido del fallo.

Y es por vía reglamentaria, de nuevo, que se modifica lo dispuesto en la Ley y en la Constitución disponiendo que la normativa de funcionamiento interno de los Centros tendrá como finalidad, una distinta que la anteriormente referida, la consecución de una convivencia ordenada que permitirá la ejecución de los diferentes programas de intervención educativa y las funciones de custodia y la igualdad de trato. Abandona el Reglamento los criterios y principios científicos y educativos para exigir que para convivir ordenadamente se tengan que ejecutar los

programas individuales educativos y sanciona el libre desarrollo de la personalidad del menor que no quiera cumplir o ejecutar los programas educativos, al calificar esta decisión como falta a la convivencia ordenada.

El Reglamento hace de peor condición al menor al disminuir sus derechos con respecto a los que rigen en la Ley Orgánica General Penitenciaria 1/79 en los artículos 59.1 y 2; 61.1 y 71.1 que establecen que la convivencia ordenada es la adecuada para el éxito del conjunto de las actividades en las que se fomentará la participación, el estímulo, el interés y la colaboración de los internos y no se considera la ejecución de la medida como caracterizadora de lo que es convivencia ordenada.

Tal limitación y disminución sufren los derechos del menor que en el art.45.4.c) se establece como requisito objetivo para el disfrute del permiso la participación del menor en las actividades, requisito que no se requiere a los adultos, y eso que la Ley Orgánica 5/2000 no recoge como deber de los menores interesados el deber de participar (art.57)

VIII

EL ARTICULO 31.1C) DEL REGLAMENTO QUE SE IMPUGNA VULNERA LOS ARTICULOS 56.2e) Y 46.3 DE LA Ley Orgánica 5/2000 Y EXCEDE EL AMBITO DE SU DELEGACION LEGAL.

Se establece en la Ley Orgánica 5/2000 el derecho del menor a estar en el Centro más cercano a su domicilio y a

no ser trasladado fuera de su Comunidad Autónoma excepto en los casos y con los requisitos previstos en esta Ley y sus normas de desarrollo. Determina la Ley Orgánica 5/2000 que sólo podrá fundamentarse el traslado en el interés del menor de ser alejado de su entorno familiar y social.

Por vía reglamentaria se modifica y amplía el fundamento del traslado: en las razones temporales de plena ocupación de sus Centros y” por otras causas” se carezca de plaza disponible. Se abandona el interés del menor y se obstaculizan los principios educativos. Y son criterios organizativos, espurios al interés del menor, los que pueden fundamentar un traslado y por ende hacer que el contenido de la condena se agrave por habilitación reglamentaria.

IX

EL ARTICULO 41.6 DEL REGLAMENTO QUE SE IMPUGNA VULNERA LOS ARTICULOS 24.1 y 2 DE LA CONSTITUCIÓN EN RELACIÓN CON LOS ARTICULOS 56.2.d) i) y l) DE LA Ley Orgánica 5/2000

Se reconoce constitucionalmente el derecho al ejercicio de derechos legítimos para obtención de tutela judicial y la asistencia letrada. Se dispone por Ley Orgánica el derecho de los menores al ejercicio de derechos civiles, a comunicarse reservadamente con sus letrados y el derecho a recibir información personal y actualizada de sus derechos y obligaciones, y de su situación personal y judicial.

De nuevo por vía reglamentaria se modifica y limita el ejercicio de esos derechos estableciendo como requisito para acreditar la condición de abogado habilitado para comunicarse con el menor la presentación de designación o documento en el que consten como defensor o representante del menor en las causas que se sigan contra él o por las cuales estuviera internado. Se excluye de nuevo el interés del menor y se limita el derecho a la comunicación sin disponer de habilitación legal y se posibilita que la ejecución de la medida pueda afectar el contenido de la condena.

Por otro lado se vuelve por vía reglamentaria a restringir o disminuir los derechos del menor interno con respecto a los de los adultos. Véase el art.51 de la Ley Orgánica General Penitenciaria que permite la comunicación con el abogado expresamente llamado en relación a asuntos personales y el art.48.1.2ª requiere solamente volante del Colegio como requisito de presentación además de que en el propio art.48.2 se autoriza en esas condiciones la comunicación de los abogados antes de personarse en la causa.

X

**EL ARTICULO 45, 45.2,4c) y 7 DEL
REGLAMENTO QUE SE IMPUGNA VULNERA LOS
ARTICULOS 10.1.y 2 Y EL 25.2 DE LA CONSTITUCION
ESPAÑOLA EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 56.1 y 2 DE
LA Ley Orgánica 5/2000**

En primer lugar se reconoce constitucionalmente el derecho al libre desarrollo de la personalidad y el respeto a la dignidad de la persona y se orienta la limitación de la libertad a la reinserción y reeducación. Se dispone por Ley Orgánica el derecho del menor a que se respete su propia personalidad y al disfrute de salidas y permisos. Por vía reglamentaria se establece como requisito objetivo para el disfrute que el menor participe en las actividades y ello supone una limitación, restricción y modificación al desarrollo libre y personal del menor.

Ni que decir tiene que este requisito no se le exige al adulto (véase art.47.2 de la LOGP)

Asimismo por vía reglamentaria se limita el derecho al disfrute de permisos y salidas del menor respeto a los que rigen en el proceso de ejecución de medidas restrictivas de libertad en adultos (véase el art.47.2 de la LOGP y el art.152 y siguientes del Reglamento Penitenciario) que concede permisos de hasta 48 días al año a presos que cumplen en régimen ordinario, es decir, con residencia y desarrollo de actividades en el Centro Penitenciario

Se vuelve por vía reglamentaria, en el art.47.2, del Reglamento que se impugna, a disminuir los derechos del menor con respecto al adulto, al limitar el tiempo de disfrute de permisos extraordinarios a cuatro días mientras que el Reglamento penitenciario que rige para el adulto pone el límite hasta siete días.

XI

EL ARTICULO 53.4 DEL REGLAMENTO QUE SE IMPUGNA VULNERA EL ARTICULO 25.2 EN RELACIÓN CON EL 53.1 DE LA CONSTITUCION Y ARTICULO 56 b) d) y f) de la Ley Orgánica 5/2000

Constitucionalmente se dispone que las personas privadas de libertad gozarán de los derechos fundamentales del Capítulo II y tendrán derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios de la Seguridad Social y se establece que cualquier regulación del contenido esencial de esos derechos se hará por Ley. Por Ley Orgánica se establece el derecho del menor a la protección específica que por su condición le dispensan las leyes, al ejercicio de los derechos sociales y a las prestaciones que pudieran corresponderles.

Es por la vía reglamentaria, que impugnamos, por la que se regula el contenido esencial del derecho al trabajo y a los beneficios de la Seguridad Social, careciendo de habilitación legal para modificar el régimen jurídico aplicable a la relación laboral de los menores desarrollada en los Centros de internamiento y para regular una acción protectora de la Seguridad Social distinta de la que pueda corresponder a los restantes trabajadores por cuenta ajena que realizan las mismas actividades.

El art.2.1c) del Estatuto de los Trabajadores y el R.D.782/2005 de 6 de julio se refieren a un colectivo distinto del que abarca la L.O. 5/2000. Los menores no son penados, no se les aplican penas sino medidas para educar, no se les interna en Centros penitenciarios sino en Centros específicos para

menores infractores (art.54.1 de la Ley Orgánica 5/2000). Muestra de la distinción entre penados y menores responsables penalmente es el art.215.1 d) de la Ley General de la Seguridad Social, R.D.L 1/94 de 20 de junio, que considera como beneficiario de subsidio al liberado de prisión.

El art.2.1 i) de Estatuto de los Trabajadores R.D.L.1/95 de 24 de marzo, establece que para incrementar los supuestos de relaciones laborales especiales se precisa norma con rango de Ley.

El art.1.1 del Estatuto de los Trabajadores establece lo que se entiende por relación laboral cualquier prestación que cumpla las condiciones, estar sometida al Estatuto y al resto de ordenamiento laboral, salvo que por norma de rango laboral se establezca otra cosa.

La realización de cualquier actividad cualificada como relación laboral implica la inclusión en el campo de aplicación de la Seguridad Social como trabajadores por cuenta ajena (art.7 de la Ley 1/94 de 20 de junio)

No hay en definitiva cobertura legal para modificar reglamentariamente la protección de la Seguridad Social respecto de los menores responsables penalmente e internados en Centros específicos que realizan allí una actividad que debe ser considerada de carácter laboral.

XII

EI ARTICULO 54.4.6 y 8 DEL REGLAMENTO VULNERA EL ART.59.1 y 2 DE LA Ley Orgánica 5/2000

Se ordena por Ley Orgánica que reglamentariamente se establezca la periodicidad de las actuaciones de vigilancia y seguridad. El Reglamento lejos de ello a su vez delega el criterio de periodicidad en la Entidad Pública o Director del Centro. A través de una potestad legalmente establecida para un Reglamento se amplía el ejercicio de esa potestad al Director de un Centro privado.

Se establece en la Ley Orgánica el control judicial de la ejecución de medidas (art 44.1). Se dispone además que la forma de las inspecciones se establecerá reglamentariamente. Por esta vía sin embargo se desliga la actuación de inspección de los locales y dependencias de la posterior obligación de formular informe escrito y dirigirlo al Juez, dando por ello la posibilidad de que dichas inspecciones queden fuera del control judicial. De nuevo se abandona el interés del menor por motivos espurios al espíritu de la Ley y máxime si reparamos que el art.68 del Reglamento Penitenciario obliga a la formulación de parte escrito después de realizar cualquier control (requisas, registros, cacheos, desnudo integral). Una vez más se disminuyen las garantías de legalidad de la ejecución del menor con respecto a la del adulto.

Se establece en la Ley Orgánica 5/2000 que se pueden utilizar medios de contención ,sin embargo por vía reglamentaria, aunque se dispone que la utilización de los

medios de contención (55.6 R.) será previamente autorizada por el Director y que esos medios serán depositados en un lugar idóneo ,se modifica el modo de utilización establecido legalmente añadiendo la posibilidad de que el personal que dependa funcionalmente del Director pueda portar por el interior del Centro los medios de contención.

Otra vez, de nuevo, se deprecia el interés del menor y se le pone en peor condición que la del adulto (véase el art.72 R.D.) dando posibilidad al Centro de procurar la intimidación del menor o de que por un error del portador se desencadene un mal peor que el que se pretendía evitar con el parte.

Por otra parte, el Reglamento articula en contra de las Reglas de las Naciones Unidas para la protección del menor privado de libertad que en el punto 65 señala que deberá prohibirse el recurso a instrumentos de coerción y a la fuerza con cualquier fin prohibiendo al personal portar y utilizar armas.

XIII

EL ARTICULO 55.2 y 5 DEL REGLAMENTO QUE SE RECURRE VULNERA LOS ARTICULOS 10 y 15 DE LA CONSTITUCIÓN

Consideramos atentatorio a los principios del Derecho Penal de Menores el aislamiento provisional como medio de contención y sobre todo que se permita su adopción ante la resistencia pasiva de un menor a las instrucciones del personal del Centro, carece dicho medio de razón científica y

educativa y, al contrario, su aplicación en la persona del menor provoca unos efectos científicamente diagnosticados de perniciosamente irreversibles en el desarrollo integral del menor

El marco establecido en el art.59.2 de la Ley Orgánica 5/2000, en cuanto a que sea el Reglamento el que concrete los medios de contención, ha sido sobrepasado en el art.55.2 al permitirse el empleo de medios ajenos a la contención: defensas de goma, sujeción mecánica, aislamiento.

La sujeción mecánica supone el empleo de medios más amplios que el de las simples esposas a las que exclusivamente se refiere el Reglamento Penitenciario del Adulto en el art.71.1

La regulación que hace el art.55 del Reglamento en cuanto a las medidas de contención que se pueden emplear es contrario a la normativa intencional aplicable a los menores, y concreto el punto 67 del Reglamento de la Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad (adoptado por la Asamblea General en su resolución 45/113 de 14 de diciembre de 1990) que establece la prohibición de medidas tales como los castigos corporales la reducción en celdas oscuras o el aislamiento o celda solitaria, así como cualquier otra que pueda poner en peligro la salud física o mental del menor.

XIV

NULIDAD DEL CAPITULO IV TITULADO “DEL REGIMEN DISCIPLINARIO DE LOS CENTROS”, POR VULNERAR EL ART.25.1 EN RELACIÓN CON EL ART.60.2 DE LA Ley Orgánica 5/2000 Y EL 127 Y 129 DE LA LEY 30/92 Y POR SER CONTRARIO AL ART.37 DE LA CONVENCION DE DERECHOS DEL NIÑOS Y DE LOS ARTICULOS 63, 64, 65 Y 66 DE LAS REGLAS PARA LA PROTECCION DE MENORES PRIVADOS DE LIBERTAD

La tipificación de la infracción en el Reglamento impugnado no respeta el principio de tipicidad (principio de legalidad) del art.25.1 de la Constitución concretado en el art.127 de la Ley 30/92, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC)

El artículo 25.1 de la Constitución establece que las conductas constitutivas de infracciones sancionables por la Administración deben de tipificarse en norma con rango de Ley, con la con la característica de Orgánica, si afecta al desarrollo de derechos fundamentales (art.81 C.E.)

Si bien el Tribunal Constitucional ha declarado la admisibilidad constitucional conforme al art.25.1 de la tipificación en norma con rango inferior a Ley, lo ha hecho con anterioridad a la vigencia del art.127 de la LRJAP-PAC de 1992 que lo exige expresamente.

El art.129 de la LRJAP-PAC de 1992, norma aplicada por mandato del art.60 de la Ley Orgánica 5/2000,

determina la reserva de ley para tipificación de infracciones administrativas. La Ley Orgánica 5/2000 sólo delega en el Reglamento el procedimiento de corrección disciplinaria que traspasa el límite de la intervención en la libertad del menor, haciéndolo de incluso de un modo más restrictivo que el art.109 del Reglamento Penitenciario del Adulto. El art.63 m) del Reglamento del menor sanciona como falta grave el incumplimiento de condiciones y medidas de control en las salidas autorizadas, cuando en los adultos, para esa conducta, no se contempla la sanción disciplinaria, y, aún encima, con dicho Reglamento, en el art.45.4 b) se le objetiviza como causa denegatoria para la concesión de permisos. También el art.62 g) y h) del Reglamento del menor considera falta muy grave introducir o poseer drogas u objetos prohibidos, cuando el art.109 del Reglamento Penitenciario califica tales conductas simplemente como graves. Por otra lado se deja en manos de la normativa de funcionamiento interno o de la autoridad del Centro la entrada y salida de objetos sin especificar cuales, pues objeto lo es todo, incluso un documento (art.63 i) y j)) se posibilita la limitación del derecho del menor a la intimidad y a la comunicación libre con sus familiares y allegados, haciéndola depender de que esté o no autorizado o de que solicite autorización, para hacer salir del Centro un objeto que puede ser íntimo o personal.

Por vía del art.60.1 del Reglamento impugnado se deja en manos de la autoridad pública la atribución de la potestad disciplinaria que a su vez se la puede atribuir a un particular, ya sea Director o cualquier otro cargo de un centro privado. Este proceder es contrario al art.127 y siguientes de la L.R.J.A.E. y P.A.C. que exige la atribución de la potestad sancionadora por norma con rango de Ley. Repárese en el

art.10 R.D. 1398/1993 referido al procedimiento sancionador que considera que esa potestad debe tenerla un órgano administrativo. En todo caso el art.44.2 y de Ley Orgánica 5/2000 atribuye al Juez, como medio para ejercer el control de la ejecución, la adopción de las resoluciones que en relación con el régimen disciplinario le atribuya el art.60 de la propia Ley y es por vía reglamentaria que se modifica la mencionada competencia.

Por otra parte la regulación del procedimiento sancionador no respeta el derecho a la asistencia letrada.

Uno de los aspectos más criticables del procedimiento disciplinario es la devaluación del derecho de defensa y del derecho a la asistencia letrada (art.24.2 CE) del menor en el procedimiento administrativo sancionador; 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 puede en el caso concreto de dar lugar a 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.

Los aspectos cuestionables del Reglamento del menor son la imprevisión de un sistema eficaz 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 exiguuo plazo para interponer Pliego de descargos, 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 de 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”

La jurisprudencia constitucional es constante y reiterada al declarar, no sólo la aplicabilidad a las sanciones administrativas de los principios sustantivos derivados del art.21 C.E. 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 CE, 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, el derecho de defensa, que proscribiera cualquier indefensión; el derecho a la asistencia Letrada.

El Tribunal Constitucional 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” y concretando el alcance de esta regla general, en la aplicación en los procedimientos disciplinarios penitenciarios del derecho de defensa y a la actividad probatoria.

Como en múltiples sentencias, el Tribunal Constitucional ha declarado que 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”

De la jurisprudencia constitucional se deduce que no hay derecho a asistencia Letrada gratuita pero sí a la asistencia Letrada que se procure el propio interno o cuando exista jurista que deba realizar dicha función, como es el caso de los juristas criminólogo

No parece congruente con la relevancia de los derechos de asistencia Letrada y de defensa que la posibilidad de eficacia de los mismos dependa de las posibilidades

económicas del menor internado. Además hay que tener en cuenta las dificultades del menor para defenderse por sí mismo. Por tanto el Reglamento del menor debería haber articulado un mecanismo.

En todo caso, el menor tiene un Letrado que le defendió en la causa por la que esté internado, por lo que se debería garantizar la posibilidad de comunicación con éste el plazo más breve, adaptando los plazos procedimentales a la efectividad del asesoramiento, o diseñar por la entidad pública un sistema para ofrecer asesoramiento por un jurista independiente.

Lo dicho es aún más relevante respecto al asesoramiento letrado para la presentación del recurso contra la sanción al juzgado de menores. Si bien es cierto que la jurisprudencia constitucional no reconoce el derecho a la asistencia jurídica y gratuita en el recurso al juzgado de vigilancia penitenciaria por no establecerse preceptivamente la asistencia letrada en la LOGP, parece evidente que una correcta comprensión del derecho defensa, aún en los reducidos efectos que se concede al art.24 CE en el derecho sancionador, exige que el Reglamento garantizase la asistencia letrada en el recurso al juzgado de menores, bien mediante abogado designado en la causa por la que se está internado, bien mediante la provisión por la entidad pública de un asesoramiento letrado independiente, ya sea mediante acuerdos con la comisiones de asistencia penitenciaria de los colegios de abogados, ya sea mediante otro sistema. En todo caso, parece que la notificación de la resolución sancionatoria al letrado del menor debe entenderse como preceptiva y en todo caso, no en unos casos sí y en otros no (art.76.2

Reglamento del menor) máxime considerando que el Reglamento del menor no indica en qué casos debe realizar la entidad pública dicha comunicación.

XV

EL PÁRRAFO 1 DEL ARTICULO 62 DE LA LEY 30/92 (modificado por Ley 4/99) sanciona con nulidad de pleno derecho a las disposiciones generales que se encuentren afectadas por alguna de las siguientes infracciones:

.- Que vulneren la C.E., Leyes o Disposiciones de superior rango.

.- Que regulen materias reservadas a la Ley

Serán nulos de pleno Derecho, dice Chinchilla Martín, los reglamentos que sean contrarios, por cualquier motivo, a la Constitución, a las Leyes o a otros Reglamentos de rango superior. La nueva ley así lo dispone y añade a continuación la reserva de ley, cosa que no era necesaria especificar, al ser la reserva de ley una previsión constitucional; el hecho de regular por Reglamentos materias que la Constitución reserva a la Ley es claramente una vulneración de la propia Constitución.

La resolución administrativa contraria a las leyes es anulable. Mientras que la disposición administrativa contraria a las leyes es nula de pleno derecho. Ello se debe a que la disposición de contenido ilegal, al situarse entre las leyes y la realidad impide que la voluntad del legislador sea la que impere en la vida social

Es reconocido que el Reglamento puede incorporar nuevas reglas de derecho al Ordenamiento, pero lo puede

hacer en el sentido de aclarar, desarrollar y concretar los preceptos legales, dictar normas de procedimiento y regular la organización, cuestiones todas ellas que forman parte del contenido de los Reglamentos e indirectamente inciden en los derechos y deberes de los menores lo que pueden hacer, incluso, condicionándoles.

Pero ello es cosa distinta de que sobrepasen el modo como ha delimitado la ley la esfera jurídica de los menores, extendiendo restrictivamente, y en definitiva modificando, el ejercicio o reconocimiento de derechos en orientación o finalidad y sus principios de aplicación, todos ellos recogidos expresamente en la Ley Orgánica 5/2000 en su articulado y exposición de motivos.

Por lo expuesto,

SUPlico AL JUZGADO: Que teniendo por presentado este escrito se sirva admitirlo, y en consecuencia tener por deducido en tiempo y forma, la preceptiva demanda en el presente Recurso Contencioso Administrativo y después de seguir los trámites pertinentes, dicte en su día Sentencia por la que estimando el Recurso Contencioso Administrativo **DECLARE NO AJUSTADO A DERECHO EL REAL DECRETO 1774/2004 de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 5/2000, del 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (BOE de 30 agosto) EN SU TOTALIDAD, o subsidiariamente, SE DECLARE LA**

NULIDAD DE LOS ARTICULOS SIGUIENTES: Art.2.3 y 2.6; art.2.4; art.2.9; art.3.4; art.5.3, 8.7 y 15; art.30.1; art.31.1c); art.41.6; art.45, 45.2, 45.4c), 45.7; art.53.4; art.54.4, 54.6 y 54.8; art.55.2 , 55.5 Y CAPITULO IV DEL REGIMEN DISCIPLINARIO DE LOS CENTROS

Es Justicia.....

PRIMERO OTROSI DIGO: En alusión a lo dispuesto en el art.42.2 de la LJCA se estima la cuantía del recurso como indeterminada pues se trata de impugnar una Disposición General.

SEGUNDO OTROSI DIGO: Que a tenor de lo que se dispone en el art.57 de la LJCA expresamente interesamos que se conceda el trámite de vista o en su defecto, el de conclusiones por escrito.

TERCERO OTROSI DIGO: Que en base a lo dispuesto en el art.129.2 y concordantes de la LJCA, SOLICITAMOS LA SUSPENSIÓN DE LA VIGENCIA DEL R.D. 1774/2004 de 30 de julio por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (BOE de 30 de agosto) o subsidiariamente la SUSPENSIÓN DE LA VIGENCIA DE LOS PRECEPTOS IMPUGNADOS y previos los trámites oportunos, con apertura de pieza separada para este incidente, ACUERDE LA ADOPCIÓN DE LA MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN

SOLICITADA por conllevar la aplicación del Reglamento la pérdida de la finalidad legítima del presente recurso contencioso administrativo en cuanto que se trata de proteger el interés del menor y preservarlo de los efectos perniciosos que de la vulneración de los derechos fundamentales ,referidos en esta demanda, produce en el desarrollo integral de su personalidad.

Regular la responsabilidad penal del menor es una cuestión de interés público necesario, el art.19 del C.P., aprobado por Ley 10/95 de 23 de noviembre, estableció su aplicación a los mayores de 18 años, previó para los menores una regulación propia para su responsabilidad penal cuyo marco jurídico viene determinado por la Constitución, en particular, en el art.39 punto 4 que dispone que” los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”.Para la interpretación constitucional de cualquier derecho del menor debe acudir al auxilio de los textos internacionales.

La Ley Orgánica 5/2000 del Menor se atribuye, en su exposición de motivos, una naturaleza formalmente penal pero materialmente sancionadora educativa, se descarta la intimidación de sus destinatarios y prevé que se articule un reglamento de desarrollo que explicitara los principios científicos y criterios educativos a los que han de responder las medidas susceptible de ser impuestas a los menores.

Con estos antecedentes jurídicos, la suspensión solicitada, más que perjudicar el interés público, supondría una garantía del mismo en cuanto a garantía de sujeción del reglamento al principio de legalidad y jerarquía normativa y de

su adecuación al ordenamiento jurídico aplicable (art.1.3 de la L.O.5/2000)

Los recurrentes, con sujeción a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, tienen como fin la promoción de las condiciones reales y eficaces para que los menores gocen de la protección prevista en la normativa internacional que vela por sus derechos y procuran que no se le irroguen, con apariencias de legalidad, perjuicios que en materia de menores y su responsabilidad penal son siempre irreversibles o de difícil reparación por tratarse de un ser en formación.

Cierto que rige la ejecutividad inmediata de las disposiciones generales, pero es más cierto que en la materia rige la superioridad del interés del menor y cuando éste se cuestiona por, como en el presente recurso, su conflictiva regulación, se impone la suspensión de la vigencia del Reglamento o de los artículos impugnados, porque su aplicación al menor le crearía situaciones jurídicas de mayor perjuicio, por su irreparabilidad e irreversibilidad, que aquellos que pueden derivarse de la no suspensión.

Se prevé, en el Reglamento que se impugna, formas en la ejecución de las medidas, tales como los registros, fichas policiales, aislamiento, separación, limitación del derecho a la salud y a la educación, disciplina, traslados....., que estigmatizan el desarrollo integral del menor, se prevé una alternancia de forma sustancial de la situación competencial existente a la entrada en vigor del reglamento y también se prevé una desjudicialización del control de la ejecución de las medidas extendiendo el “ius punendi” del estado a entidades privadas o a

particulares(director)que perturba al Estado de Derecho y a su valor superior de igualdad.

Existían con anterioridad al Reglamento y aún en la actualidad, la Ley Orgánica 5/2000 y las disposiciones reglamentarias autonómicas que regulan la ejecución de medidas judiciales impuestas a menores y estas serian suficientes para salvaguardar y no perturbar el interés público y en todo caso mientras dure la tramitación del recurso.

En definitiva, el interés público esta cubierto por la legislación anterior al Reglamento que se impugna y ninguna perturbación se le causaría ya que las medidas judiciales impuestas al menor se ejecutarían bajo la vigencia de la Ley Orgánica 5/2000 y las Disposiciones Autonómicas en la materia. El interés del menor, además de ser superior al de la situación anterior, se afecta en el Reglamento que se impugna, de modo que se le anteponen(o contraponen) intereses de vigilancia, seguridad, disciplina y ordenada convivencia que, en todo caso, le van originar al menor situaciones jurídicas en las que los Derechos legalmente reconocidos van a resultar intensamente atenuados pudiendo incluso afectar al propio sentido legal de la medida judicial a cumplir.

Por lo tanto aplicando el criterio, establecido en el art.130.2 de la Ley Jurisdiccional, de ponderación de intereses concurrentes en éste conflicto jurídico no hay perturbación grave (ni siquiera alguna, al menos conocida) de intereses generales y si resulta evidente el perjuicio al desarrollo integral del menor al que se le sitúa con la vigencia del Reglamento en situaciones jurídicas que le afectan de modo irreversible.

Las demandas que impugnan el Reglamento están fundamentadas en la vulneración de derechos fundamentales. Las posiciones y fundamentaciones jurídicas de las pretensiones son coincidentes, consistentes y eficaces para poner en entredicho la presunción de legalidad del Reglamento impugnado y se justifica una manifiesta nulidad de pleno Derecho. De prosperar el Recurso contencioso administrativo resultaría ilusoria su finalidad legítima en cuanto a los menores a los que se les hubiera aplicado el articulado impugnado.

El extenso expediente administrativo, que consta en autos, es una muestra más de la diversidad y pluralidad de críticas, objeciones, irregularidades y rechazos que provoca el articulado del reglamento.

Instituciones como el Defensor del Pueblo y el Consejo General de la Abogacía presentan informes denunciando aspectos del Reglamento contrarios al interés del menor y la conculcación de Derechos Fundamentales.

Actualmente el Consejo de Ministros ha recibido un informe del Ministerio de Justicia sobre el Anteproyecto de Ley que introduce reformas en la Ley de Responsabilidad Penal del Menor. Se dice, en dicho informe, que es "momento en el que resulta necesario y oportuno un balance de los aciertos y las carencias" y que "el criterio rector primordial es el interés superior del menor". En este Anteproyecto se introducen una serie de "mejoras", algunas tendentes a regular las medidas de internamiento.

Todo ello denota la deficiente e inoportuna regulación del Reglamento que se impugna y la apariencia del buen derecho que hace que sea de justicia cautelar adoptar la resolución de suspensión conforme a lo solicitado en este Otrosí.

Es Justicia.....